
Asunción de riesgos extravagantes: una revisión del caso Thyrén desde las leyes del azar

ASSUMPTION OF EXTRAVAGANT RISKS: A REVIEW OF THE THYRÉN CASE THROUGH THE LAWS
OF CHANCE

LORENA VARELA

*Profesora Dra. de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja
Logroño (La Rioja)
España*

Recepción 30 de julio de 2025 – Aceptación 30 de julio de 2025

lorena.varela@unir.net

RESUMEN: El artículo aborda el caso Thyrén desde múltiples perspectivas doctrinales, analizando los argumentos ofrecidos para su resolución en términos de atribución objetiva e imputación subjetiva. Además, integra consideraciones procedentes de la teoría de la probabilidad, los juicios de certeza y las leyes del azar, todo ello encaminado a respaldar la propuesta defendida en este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Atribución objetiva, cálculo de probabilidades, caso del tirador inexperto, caso Thyrén, dolo, imprudencia, imputación subjetiva, intención, juicios de certeza, leyes del azar, riesgos extravagantes, sesgos cognitivos.

ABSTRACT: this article examines the Thyrén case through various doctrinal perspectives, analyzing the arguments presented for its resolution in terms of objective attribution and subjective imputation. Additionally, it incorporates considerations from the theory of probability, certainty judgments, and the laws of chance, all aimed at supporting the proposal advanced in this work.

KEYWORDS: Cognitive biases, extravagant risks, inexperienced shooter case, intent, intention, judgments of certainty, laws of chance, negligence, objective attribution, probability calculations, recklessness, subjective imputation, Thyrén case.

I. Presentación del problema

El sujeto *A*, que es completamente inexperto en el manejo de armas de fuego, dispara con intención de matar a *B* a una distancia en la que le sería muy difícil acertar, incluso a un tirador experto. A pesar de la incompetencia de *A* el disparo alcanza fatalmente a *B*.

El caso ha sido formulado por el jurista sueco *Johan-Carl Wilhelm Thyréen* en su obra *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie* del año 1894¹ para explicar la diferente gravedad entre la responsabilidad intencional y la culposa dentro del pensamiento causalista. En la doctrina hispánica, el supuesto ficticio, conocido como caso Thyréen o caso del tirador inexperto²,

1 * Gran parte de las reflexiones que aquí se presentan tienen su origen en mi etapa de investigación doctoral en la Universidad Pompeu Fabra, así como en las estancias realizadas en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo y en el Instituto Max-Planck. El caso Thyréen, además, ha tenido una presencia constante en las clases de grado de la Facultad de Derecho en UNIR, consolidando su importancia en el ámbito académico. Recientemente, mi participación en el Congreso «Sobre la problemática del dolo y las ciencias cognitivas» de la Universidad de Oviedo (octubre, 2024) reavivó mi interés por el caso, llevándome a profundizar en las diferentes perspectivas teóricas ofrecidas para su resolución. Este recorrido investigativo, prolongado en el tiempo y enriquecido por múltiples contextos, ha afianzado el protagonismo del caso en mi formación y docencia y me lleva hoy día a dar el siguiente paso: su publicación, con el objetivo de compartir algunas reflexiones y tomas de postura con la comunidad científica.

** Las correcciones de estilo del texto fueron realizadas por la autora, con el soporte técnico de *Copilot*, asistente de inteligencia artificial de Microsoft. Todas las traducciones y reformulaciones han sido realizadas por la autora, con apoyo asistido de herramientas automáticas.

*** Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento por la oportunidad de contribuir con la Revista *Ius Criminale* (Editorial Colex), así como por el riguroso proceso de revisión editorial que ha acompañado la preparación del texto. En particular, agradezco profundamente las observaciones críticas y sugerencias formuladas por los revisores, las cuales han resultado sumamente valiosas para enriquecer el enfoque del trabajo. Algunas de sus recomendaciones han sido incorporadas en esta versión, mientras que otras, de mayor calado teórico, se reservan para futuros escritos, en atención tanto a las limitaciones de extensión indicadas por la editorial como al tiempo que requeriría abordarlas con el detalle que merecen. Los comentarios me han llevado a reflexionar sobre la necesidad de continuar investigando en torno a los fundamentos dogmáticos del dolo, especialmente en contextos de riesgos de baja probabilidad y azar imputable.

Johan-Carl Wilhelm THYRÉEN, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie*, N. Fr. Carlströms, Lund, 1894, pág. 126: «... A mit einem geladenen Gewehr auf X zielt und abdrückt, genügt für die Verantwortlichkeit eine sehr geringe Möglichkeit (man setze den Fall, A sei ein sehr schlechter Schütze, das Gewehr schlecht eingeschossen und noch dazu die Entfernung sehr weit)». El mismo, con una versión mínimamente reformulada en la edición sueca de su obra, Johan-Carl Wilhelm THYRÉEN, *Principerna för en Strafflagsreform i Straffets Sociala Uppgift. Straffsystemet*, Berlingska Boktryckeriet, Lund, 1910, pág. 18: «Om en dålig skytt med en dålig bössa, i storm och på långt afstånd, skjuter på sin rival och dödar honom, så föreligger naturligen uppsåt alldeles lika väl, som om han skjutit honom med revolvern intill tinningen» («Si un mal tirador con una mala pistola, en medio de una tormenta y a larga distancia, dispara a su rival y lo mata, entonces, naturalmente, existe intención, tan bien como si le hubiera disparado con el revólver cerca de la sien»). En la literatura española, se han introducido algunas variantes: Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Editorial Reus, Madrid, 1966, pág. 150 lo hace del siguiente modo: «(...) que incluso un campeón de tiro acertaría muy pocas veces». También, Enrique Gimbernat Ordeig, «La causalidad en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 15, núm. 3, 1962, pág. 572: «(...) que incluso a un buen tirador le sería muy difícil acertar».

2 La variabilidad terminológica del caso ilustra la pluralidad de aproximaciones que el mismo ha suscitado en distintos marcos normativos. Lo llama «caso de Thyréen», Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 2025, págs. 725 (10/69), passim; el «caso del francotirador afortunado», Marta PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Mar-

ha sido ampliamente utilizado como «banco de prueba» en numerosas cuestiones relacionadas con la teoría jurídica del delito³: juicio de previsibilidad, de adecuación y de peligrosidad objetiva, riesgos mínimos o insignificantes, causalidad e imputación objetiva, tentativa idónea e inidónea, dolo, intención, imprudencia y, por último, pena proporcional a la gravedad del injusto penal⁴. El caso Thyré ha demostrado ser una fuente invaluable para la reflexión jurídica desde hace más de un siglo y medio y ha evolucionado como caso arquetípico para el análisis de la imputación penal en escenarios improbables. La paradoja jurídica surge al intentar conciliar la incompetencia técnica del autor con la producción efectiva del resultado lesivo. En este texto se abordarán algunos argumentos, sobre todo jurídicos, del caso Thyré con la finalidad de ofrecer un fundamento a favor de la imputación de un dolo atenuado al autor del hecho por la asunción de un riesgo extravagante basado en el azar. Este debate no solo encuentra raíces en la teoría jurídica, sino también en la sabiduría popular, que a menudo subraya el papel impredecible del azar. Como advierte la sabiduría popular recogida por *Eduard Gans* en los añadidos a *Hegel*: «la piedra que ha salido de la mano pertenece ya al diablo»⁵, subrayando, así como el azar, una vez puesto en marcha por la acción humana, se emancipa del control racional del sujeto. Este refrán enfatiza que el azar puede escapar al control humano porque al actuar el hombre se entrega a la exterioridad, recordando la necesidad de asumir responsabilidad en el uso consciente del mismo⁶. En este sentido, la libertad y previsión en el actuar se convierten en los pilares de la atribución jurídica de la responsabilidad penal, incluso cuando el resultado emerge desde el azar⁷.

cial Pons, Madrid, 2022; «mal tirador», Gabriel PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pág. 769; y «pésimo tirador», Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed. renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 469.

- 3 De esta expresión, Luis GRACIA MARTÍN, «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, 1999, pág. 340.
- 4 La problemática del caso del tirador inexperto también plantea interrogantes en el *metaplano* de las normas de conducta y de las reglas de imputación en sus perspectivas *ex ante* y *ex post delicto*.
- 5 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho, o, Derecho natural y Ciencia política*, Juan Luis Verma (traductor), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, pág. 124. Aclaración: la traducción se realiza sobre la versión alemana del texto de Hegel de 1821 y los añadidos de sus discípulos, que fue preparada por Hoffmeister (1955). Algunos de los discípulos que incorporaron correcciones y añadidos fueron: Eduard Gans (versión de 1833), Gerardus J. P. J. Bolland (versión de 1902) y Georg Lasson (versión de 1930).
- 6 El párrafo original del que se habla en este texto se encuentra en Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts: oder Naturrecht und Staatwissenschaft im Grundrisse*, Eduard Gans (editor), Editorial Duncker & Humblot, Berlin, 1833, § 119, pág. 162: «Zusatz: es ist allerdings der Fall, dass bei einer Handlung mehr oder weniger Umstände zuschlagen können: es kann bei einer Brandstiftung das Feuer nicht auskommen: oder auf der anderen Seite dasselbe weiter greifen, als der Thäter es wollte. Trotzdem ist hier keine Unterscheidung von Glück und Unglück zu machen, denn der Mensch muss sich handelnd mit der Äusserlichkeit abgeben. Ein altes Sprichwort sagt mit Recht: der Stein der aus der Hand geworfen wird, ist des Teufels. Indem ich handle, setze ich mich selbst dem Unglück aus: dieses hat also ein Recht an mich, und ist ein Dasein meines eigenen Wollens» (cursivas añadidas).
- 7 Con consideraciones relacionadas, HEGEL, G. W. F., 2004, ob. cit., págs. 120 y ss. Estos fragmentos de la obra hegeliana constituyen parte del núcleo filosófico desde el cual se puede reflexionar sobre la emancipación del azar en el marco de la acción penalmente relevante.

II. Leyes del azar y responsabilidad penal

La posibilidad de un suceso trasciende la mera representación o deseo del sujeto; se halla regida por las leyes naturales y dinámicas sociales que interactúan con su obrar⁸. Desde una perspectiva empírica, la posibilidad se redefine como legalidad: esto es, la adecuación objetiva del suceso a leyes científicas verificables. «Algo es posible si y sólo es legal» (sic)⁹, lo que implica una conexión nomológica objetiva y estable, ajena a la repetición y al accidente¹⁰. La legalidad de un proceso se expresa en su conformidad con principios nomológicos estables —como causalidad, sucesión, probabilidad o aleatoriedad— que regulan el comportamiento de los sistemas físicos y sociales. Todas estas leyes condicionan o desencadenan los sucesos y acontecimientos del mundo físico y social¹¹. Las posibilidades derivadas de la acción humana se ven moduladas por las leyes del azar¹², ya sea en su dimensión intrínseca —como la «ley única del azar»¹³ o el «principio de indiferencia»¹⁴— o en su interacción con la causalidad¹⁵. Estas leyes, aunque formuladas en clave científica, serán incorporadas al análisis penal como criterio para evaluar la significancia o la exclusión del riesgo. Los eventos azarosos plantean un desafío constante para la comprensión humana, representando una zona de ignorancia nomológica que desborda los modelos predictivos clásicos¹⁶. En el ámbito penal, los

8 Mario BUNGE, «Azar, probabilidad y ley», en *Diánoia*, vol. 15, núm. 15, 1969, págs. 149 y ss.

9 BUNGE, M., 1969, ob. cit., págs. 149 y ss.

10 BUNGE, M., 1969, ob. cit., págs. 149 y ss., pág. 159.

11 BUNGE, M., 1969, ob. cit., págs. 159, *passim*. Sobre las leyes de la probabilidad, Émile BOREL, *Las probabilidades y la vida*, Gustave Malecot (edición puesta al día), Antonia Giralt Pont (traductor), Oikos-Tau Ediciones, Barcelona, 1971.

12 BUNGE, M., 1969, ob. cit., págs. 160, *passim*. También, Mario BUNGE, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Hernán Rodríguez (traductor), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997, págs. 31 y s.

13 BOREL, É., 1971, ob. cit. La ley única del azar enseña que los casos de improbabilidad objetiva de producción de un evento o resultado, normalmente, no se producen: «*los acontecimientos cuya probabilidad es suficientemente escasa, nunca se producen*; o, por lo menos, en todas las circunstancias, deben ser tratados como *imposibles*».

14 El principio de indiferencia o de razón insuficiente de *Jacob Bernoulli*, explicado en BUNGE, M., 1997, ob. cit., pág. 331, declara que «los sucesos fortuitos son por igual probables (...) si no sabemos de ninguna razón para que uno de los dos sucesos excluyentes deba esperarse con preferencia al otro». En el caso del lanzamiento equilibrado de una moneda se puede suponer que «las alternativas mutuamente excluyentes ‘cara’ y ‘cruz’ son por igual probables, pues no tenemos razón o fundamento para esperar la aparición de una de ellas con preferencia a la otra». El principio de indiferencia hace referencia por eso mismo a la «equitativa distribución de ignorancia entre alternativas mutuamente excluyentes», haciéndolas equiprobables.

15 Para BUNGE, M., 1969, ob. cit., pág. 170, «la causalidad deja en el universo los suficientes huecos como para darle al azar la oportunidad de que opere como categoría ontológica (coincidencia de líneas causales independientes, o de procesos recíprocamente impertinentes)».

16 Sobre el tema, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Responsabilidad jurídica y libertad: una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad*, Colección de Estudios núm. 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 102-103 (en referencia al pensamiento de Laplace). También, con la definición de fortuito como «todo aquello que se nos presenta como causado por una fuerza desconocida o incalculable, pero no por ello menos existente», Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Hacia una nueva

sucesos azarosos solo adquieren relevancia cuando han sido deliberadamente incorporados por el sujeto en su cálculo volitivo¹⁷, convirtiéndose así en parte estructural del injusto subjetivo. En los próximos epígrafes, se analizará cómo esta dimensión activa del azar —cuando es convocado por el sujeto— transforma la imputación penal, a partir del paradigmático caso Thyren¹⁸.

III. Posibilidades y cálculo de probabilidades

En el lenguaje profano, los conceptos de posibilidad y probabilidad suelen asimilarse por razones prácticas dada su similitud general. Sin embargo, en el ámbito técnico, esta equivalencia requiere especificaciones más precisas. La posibilidad, concebida en términos binarios —posible o imposible—, resulta ambigua y limitada como herramienta técnica de evaluación. Como máximo puede determinarse si un suceso es o no posible, sin ir más allá. Aunque intuitivamente es empleada en contextos cotidianos¹⁹, el concepto de posibilidad carece de mayor precisión, lo que lleva a considerar el grado de posibilidad como un indicador más práctico. Por ello, el análisis penal privilegia el grado de posibilidad, medido a través de la probabilidad, como instrumento más refinado para estimar el riesgo creado. Mientras la *existencia de la posibilidad* depende de la legalidad, el *grado de posibilidad* se define por la probabilidad²⁰: *x* es posible si, y solo si, la probabilidad de *x* es mayor que cero²¹. Como axioma penal, la fórmula podría presentarse bajo el *principio de probabilidad*

interpretación de la eximente del caso fortuito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 16, 1963, pág. 274.

- 17 En cita a F. Carrara, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 1963, ob. cit., pág. 277: el único escenario donde el azar puede interesar al Derecho penal es «cuando el hombre lo haya *coadyudado* en sus operaciones».
- 18 Distinto el caso fortuito, que excluye la responsabilidad penal. Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., 1963, ob. cit., *passim*. Recientemente, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit., pág. 714 (10/46), lo define como un resultado imprevisible intersubjetivamente *ex ante* y, como tal, configura un supuesto de ausencia de riesgo penalmente relevante por razones cuantitativas. En este texto, también, por razones cualitativas.
- 19 María del Puy, PÉREZ ECHEVERRÍA, *Psicología del razonamiento probabilístico*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990, pág. 21, señala que, desde el punto de vista del uso lingüístico de estas expresiones, ordinariamente, posibilidad y probabilidad suelen equipararse. No obstante, «la diferencia parece radicar en que lo “probable” es aquello que ocurre tras unas condiciones o razones determinadas previas, mientras que lo posible alude solo a la existencia ontológica».
- 20 BUNGE, M., 1969, ob. cit., pág. 151, considera que para precisar los grados de posibilidad es menester reemplazar la noción tosca de posibilidad por la precisa de probabilidad, así como el discurso impreciso de posibilidades por un cálculo de probabilidades. También, señala Mario BUNGE, *Diccionario de filosofía*, 3.ª ed., María González (traductora), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005, pág. 171, que es incorrecto identificar probable con posible porque probable designa un concepto cuantitativo y posible uno cualitativo.
- 21 De este concepto, BUNGE, M., 1969, ob. cit., pág. 154. Para Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *El concepto de peligro y la teoría del delito*, texto monográfico inédito, Madrid, 2008, págs. 8-10, en el lenguaje de la calle suele identificarse probabilidad con una «posibilidad relevante»; esto significa, que generalmente se considera probable solo aquello que tiene más posibilidades de suceder que de no suceder (matemáticamente, lo que supera el 50 % de probabilidad). Pero, en el lenguaje científico, la probabilidad expresa la medida de la posibilidad, incluso mínima. De allí que, si probable equivaliera solo a posibilidad relevante, sería una contradicción hablar de una probabilidad mínima. En consecuencia, es preferible sostener que probable es la medida de cualquier posibilidad, incluso de una muy remota, aunque no supere el 50 %).

mínima: un resultado penalmente relevante será posible siempre que su probabilidad sea mayor que cero. Los distintos grados de probabilidad indican que cualquier suceso, por improbable que sea, conserva la posibilidad de ocurrir, incluidos los sucesos raros, tal como lo señala la fórmula de Poisson²². Este criterio técnico permite sostener que, incluso los eventos altamente improbables conservan un espacio operativo en el universo de la responsabilidad penal. La presencia del azar, incluso en contextos de probabilidad mínima, no puede descartarse, pues sigue siendo una variable relevante en la producción de resultados penalmente significativos. Esta perspectiva subraya la importancia de distinguir entre posibilidad y probabilidad, destacando cómo las leyes del azar otorgan sentido práctico a eventos incluso improbables. La diferencia entre abrir una puerta (posibilidad) y encontrar algo detrás (probabilidad) ilustra la necesidad de que el Derecho penal opere con criterios que evalúen no solo la admisibilidad lógica del resultado, sino también su concreción lesiva. Como se ha mencionado, para el Derecho penal, los grados de probabilidad o escenarios de posibilidad que resultan relevantes son aquellos determinados por las acciones de un individuo, en contraste con los generados por otros factores externos. Frecuentemente, las personas recurren al razonamiento probabilístico, a menudo basado en cálculos intuitivos y heurísticos²³, para tomar decisiones tanto rutinarias como significativas, incluso cuando no cuentan con un conocimiento completo de la realidad o ignoran múltiples factores²⁴. Con la llegada de las máquinas autómatas y la inteligencia artificial, la toma de decisiones humanas ha comenzado a apoyarse cada vez más en indicadores tecnológicos. Esto, aunque reduce la brecha de incertidumbre en algunos aspectos, introduce nuevos desafíos como los sesgos algorítmicos (*algorithmic bias*)²⁵, que pueden alterar los cálculos probabilísticos y contaminar los parámetros de la imputación penal²⁶. En el ámbito jurídi-

La razón de esta elección se debe a que el peligro penalmente relevante no es solo aquel cuya probabilidad supera el 50 % sino cualquiera que supere lo permitido.

- 22 Algunos acontecimientos no son lo suficientemente poco probables como para ser despreciados y para afirmar que no se producirán. A estos acontecimientos no se les aplica la ley única del azar. Véase, BÖREL, E., 1971, ob. cit. La distribución de Poisson también recibe el nombre de ley de eventos o sucesos raros.
- 23 Véase, Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, «Subjective probability: a judgment of representativeness», en *Cognitive Psychology*, vol. 3, núm. 3, 1972, pág. 431.
- 24 La causación es una categoría ontológica y la predecibilidad una categoría gnoseológica, donde «tanto la clase como la probabilidad de toda predicción depende de nuestro conocimiento de las leyes generales y de las situaciones específicas». Así, BUNGE, M., 1997, ob. cit., pág. 457. En la discusión jurídica, señala, que las personas obran sobre la base de conjeturas y con mayores o menores niveles de ignorancia; caso contrario, las mismas estarían destinadas a la inactividad. Véase, Bernardo Feijoo Sánchez, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», en *Indret Penal*, núm. 3, 2015, pág. 5.
- 25 Los algoritmos constituyen la «mente» de los sistemas computacionales autónomos y como tales no son necesariamente neutrales e imparciales al provenir de programadores humanos. Esto implica que la toma de decisiones mediada por estos sistemas puede arrastrar sesgos cognitivos o ideológicos que, en el campo jurídico, dificultarían la imputación penal justa y objetiva. En efecto, actualmente, los sesgos algorítmicos (raciales, sociales, políticos, etcétera) no supervisados ni entrenados son un añadido de riesgo en la toma de decisiones humanas y de los sistemas autónomos. Así, David DANKS y Alex John LONDON, «Algorithmic Bias in Autonomous Systems», en *Proceedings of the 26th International Joint Conference on Artificial Intelligence*, IJCAI, 2017, págs. 1 y ss.
- 26 Frente al sesgo algorítmico, el juicio humano conserva una dimensión volitiva y normativa que permite reconstruir la imputación penal con mayor densidad moral. En otras palabras, mientras los algoritmos calculan riesgos y correlaciones sin intención o motivación, el juicio humano —cuando se ejerce con

co-penal, las teorías de la posibilidad y probabilidad han desempeñado un papel crucial, especialmente al valorar el injusto penal. Su aplicación se acomoda a las funciones propias de cada nivel: la de la atribución objetiva de la conducta típica²⁷ y la de diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en la imputación subjetiva²⁸. En el nivel objetivo, el juicio de desvalor penal del comportamiento del autor actúa como criterio intersubjetivo de lesividad social. En este contexto, la probabilidad del riesgo o resultado se evalúa bajo estándares intersubjetivos: persona razonable y persona razonable del sector. Por el contrario, en el nivel subjetivo, el juicio de desvalor penal se centra en la subjetividad concreta del autor, teniendo en cuenta su conocimiento individual y sus errores vencibles. El juicio de desvalor de la subjetividad concreta del autor cumple la función de criterio subjetivo de lesividad social. El razonamiento probabilístico del injusto subjetivo asume la posición individual del autor²⁹ y se mide a través del baremo de la «mejor versión del autor»³⁰, esto es, la evaluación desde los conocimientos que el sujeto debería tener conforme a sus mejores condiciones intelectuales y contextuales³¹. En el ámbito del Derecho penal, los riesgos objetivamente improbables o escasos se consideran generalmente insignificantes o inidóneos, desplazados, por ello, al campo de acción del riesgo permitido. Sin embargo, estas probabilidades no se evalúan de manera aislada, sino en relación con el valor del bien jurídico en peligro. Por ejemplo, disparar a una ventana con una probabilidad ínfima de impacto no tiene el mismo peso jurídico-penal que hacerlo contra una persona humana, donde incluso el riesgo poco probable adquiere relevancia al involucrar un bien jurídico de máxima jerarquía. En conclusión, la relevancia penal de un riesgo no depende exclusivamente de su probabilidad, sino del valor del bien jurídico en juego: cuanto mayor jerarquía, menor margen de tolerancia al azar.

-
- responsabilidad— aporta una mirada más personal e intencional, ajustada a la complejidad de lo penal.
- 27 Desde lo penal, define probabilidad como el grado mayor o menor de producción de un acontecimiento, José María ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, JM Bosch Editorial, Barcelona, 1976, pág. 26.
- 28 Ya con esta distinción Konrad HAGEN, «Der Vorsatz und seine Feststellung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 19, 1899, págs. 177 y ss. En la dogmática del dolo, también señala las diferencias entre posibilidad y probabilidad, Marcelo SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 1.ª ed. 1991, 2.ª reimpr., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 155.
- 29 «La probabilidad subjetiva es el grado de creencia que tiene una persona sobre un acontecimiento, basada en una evaluación sobre el mejor uso de toda la información de la que dispone y de sus propias habilidades», así, Bruno DE FINETTI, «The true subjective probability problem», en *The concept of probability in psychological experiments*, Carl-Axel S. Staël von Hollstein (editor), vol. 8, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1974, pág. 16: «Subjective probability is one's degree of belief in an outcome, based on an evaluation making the best use of all the information available to him and his own skill». Este tipo de probabilidad subjetiva permite entender las decisiones del tirador inexperto como parte de una lógica *creencial* más que racional, donde la intención se disfraza de esperanza.
- 30 La distinción entre baremo objetivo y baremo subjetivo —evaluado desde la mejor versión del autor— ha sido desarrollada originalmente por la autora en su tesis doctoral, presentada en la Universitat Pompeu Fabra en el año 2016. Para una exposición completa de esta propuesta, véase, Lorena VARELA, *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2016, págs. 363 y ss.
- 31 VARELA, L., 2016, ob. cit., págs. 360 y ss.

IV. Probabilidades y certezas

En el juicio de atribución del conocimiento típico, los cálculos de probabilidades relevantes son aquellos que el autor formula basándose en datos empíricos y en conocimientos estandarizados sobre el funcionamiento del mundo³². Así como la probabilidad objetiva, basada en leyes físicas, explica el mundo natural, los cálculos probabilísticos expresan el modo en que los individuos procesan posibilidades en entornos condicionados por lo social y lo normativo. Para garantizar un mínimo de razonabilidad, estos cálculos deben aproximarse lo más posible a las probabilidades objetivas del suceso³³. Esto se evalúa en el injusto objetivo a través de criterios de intersubjetividad, como la figura de la persona razonable, promedio o sensata, y en el injusto subjetivo mediante el baremo de la «mejor versión del autor». En este último escenario, se requiere primero una representación subjetiva del grado de probabilidad que esté lo más alineada posible con su grado objetivo. Esto implica que el sujeto evalúe correctamente, en primer lugar, la magnitud del riesgo y su idoneidad en relación con el objeto de la lesión y, en segundo lugar, que concurra un juicio de certeza sobre el grado de probabilidad³⁴. En este contexto, las personas asumen posturas cognitivas que van más allá de una mera representación, integrando factores tanto subjetivos como intersubjetivos para determinar la razonabilidad de sus acciones. Los juicios de certeza e incerteza representan verdaderas coordenadas epistémicas desde las cuales el sujeto valora el riesgo, operando con filtros cognitivos ante el cálculo de probabilidades. Por ejemplo, un conductor reconoce la elevada probabilidad de colisión al exceder el límite de velocidad, una probabilidad objetiva común a toda conducción riesgosa en abstracto. Sin embargo, a pesar de ello, el conductor mantiene incerteza sobre si el resultado efectivamente ocurrirá, debido a factores como su experiencia personal, pericia en el manejo o condiciones momentáneas. El autor no descarta por completo el desenlace lesivo, sino que lo mitiga mediante su habilidad, que opera como un contrapeso racional que neutraliza la concreción del riesgo inicialmente abstracto³⁵. Este tipo de intervención del conductor permite

-
- 32 El juicio del individuo se construye sobre la base de criterios objetivos de probabilidad. Véase, PÉREZ ECHEVERRÍA, M. del P., 1990, ob. cit., pág. 22.
- 33 Las probabilidades siempre son «aproximadas» (aunque se pueda acertar), BOREL, É., 1971, ob. cit.
- 34 Las teorías de la probabilidad, por sí solas, no pueden establecer con precisión los límites entre el dolo y la imprudencia. Para abordar esta cuestión, es necesario incorporar el enfoque subjetivo del razonamiento probabilístico basado en los juicios de certeza. En el ámbito de la doctrina penal, se reconoce que estas enfrentan serias dificultades para delimitar con exactitud lo probable de lo improbable, y con ello, la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. De forma general, se asume que una elevada probabilidad corresponde al dolo, mientras que una baja probabilidad indica imprudencia. Sin embargo, el desafío radica en definir dónde se traza exactamente esa frontera. La teoría de la probabilidad, por sí misma, no ofrece una respuesta definitiva, requiriéndose para ello la consideración de criterios normativos adicionales. Véase, Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed. a cargo de Víctor Gómez Martín, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, pág. 274.
- 35 La doctrina suele considerar este supuesto como un caso de confianza racional del autor. En este trabajo, la confianza puede operar como base de la certeza o incerteza del autor junto a otros criterios condicionantes como la experiencia vital con desenlace favorable, el conocimiento lógico de las reglas del azar, etcétera. La doctrina distingue entre la confianza racional y la confianza irracional según las circunstancias del caso. La confianza racional está basada en criterios razonables, mientras que la confianza irracional carece de fundamento lógico y contextual. En la variante propuesta sobre el caso Thyrés, la confianza del sujeto podría considerarse racional por dos motivos: la remota probabilidad de acertar, derivada de la

justificar su incerteza dado un sólido control del riesgo concreto. Es decir, es el ejercicio de control lo que transforma el riesgo abstracto en una probabilidad gestionada, desplazando la imputación del resultado hacia la esfera del error vencible. Este tipo de análisis proyecta claridad sobre el caso Thyren, donde la aparente incerteza del sujeto es atravesada por intenciones que desafían el azar con voluntad homicida. En el ámbito penal, el grado de certeza o incerteza del autor sobre la probabilidad de un resultado influye en la imputación del dolo. Si actúa con incerteza razonable podría atribuirse dolo eventual si el resultado se produce. En cambio, la certeza de que no ocurrirá, basada en un sistema razonable de contrapeso, podría derivar en un error vencible. Es decir, esta certeza —fundada en condiciones objetivamente dominables— activa el régimen del error —de tipo— vencible, desplazando la imputación dolosa y reconfigurando el tipo penal aplicable. Por otro lado, la incerteza sin un sistema válido de control del riesgo habilitaría la imputación por dolo directo. Para un mayor análisis, se propone otro ejemplo: se presentan dos sujetos con una misma probabilidad objetiva del 30 % de producir un resultado lesivo (probabilidad baja en términos profanos). El primer sujeto tiene certeza de que el resultado se producirá, mientras que el segundo, en función de los datos disponibles, está convencido de lo contrario. Aunque el sentido común favorece la postura del segundo, ambas valoraciones conservan legitimidad desde la lógica contingente que gobierna la interpretación del riesgo penal, donde la misma probabilidad objetiva derivará en imputaciones distintas según sea el sistema racional de contrapeso, la convicción del sujeto y la razonabilidad de su juicio. Así, mientras la probabilidad describe lo que el mundo permite, la certeza refleja lo que el sujeto estima posible desde su horizonte cognitivo y valorativo³⁶. En este cruce entre lo ontológico y lo interpretativo, el Derecho penal examina no solo el hecho acontecido, sino el modo en cómo el agente lo percibe, lo anticipa y lo gestiona.

V. Sesgos y probabilidades

A pesar del rigor técnico de las teorías probabilísticas, el ser humano interpreta y aplica estas reglas bajo la influencia de sesgos, intuiciones y expectativas, que inciden directamente en la imputación penal. En la vida cotidiana, las personas realizan cálculos de probabilidades de forma consciente o inconsciente, de manera reflexiva o mecánica. Sin embargo, conocer con exactitud estos cálculos es imposible, a la vez que innecesario, para las actividades diarias. Normalmente, estos razonamientos se basan en aproximaciones construidas a partir del sentido común, la experiencia personal o ajena, y a veces mediante conocimientos impuestos por sistemas educativos o culturales³⁷. Tan arraigada está la probabilidad en la conducta humana, que ha sido calificada como un auténtico instinto psíquico (*probability instinct*) —un dispositivo mental que regula juicios, decisio-

considerable distancia entre el sujeto y la víctima, así como de la falta de destreza del sujeto en el uso de armas de fuego; y, el contexto de la acción del sujeto no permite concluir con seguridad que se trata de un riesgo prohibido. Estos dos criterios proporcionan una base sólida para sustentar la creencia de que el resultado no ocurrirá. En principio, las consecuencias de la confianza racional derivan en la aplicación del tipo imprudente. Por otro lado, la confianza irracional conduce a la aplicación del tipo doloso en su modalidad eventual. La confianza en el ámbito del delito doloso es objeto de discusión en la doctrina, como lo analiza Ramon RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999, *passim*, especialmente, págs. 105 y ss.

36 VARELA, L., 2016, ob. cit., pág. 287.

37 BOREL, É., 1971, ob. cit.

nes y percepciones, recuerdos y expectativas personales³⁸. A nivel social, los cálculos de probabilidades han sido fundamentales para el desarrollo de las sociedades. A nivel individual, estos cálculos están sujetos a la influencia de sesgos y heurísticos cognitivos. En el cálculo de probabilidades humanas algunos de los más comunes son:

Tabla 1: sesgos y heurísticas

Sesgo	Descripción resumida
Sesgo de sobreconfianza (<i>overconfidence bias</i>)	Creencia en el control total de los cursos causales; exceso de autoconfianza en el manejo de riesgos
Ilusión de control (<i>illusion of control bias</i>)	Tendencia a calcular probabilidades según los propios intereses sin base objetiva. Caso Thyrés
Sesgo del resultado (<i>outcome bias</i>)	Juicio contaminado por el resultado deseado, más que por la evidencia objetiva. Caso Thyrés
Sesgo de recencia ³⁹ (<i>recency bias</i>)	Juicio condicionado por experiencias recientes, no por datos estructurales, que pueden neutralizar las probabilidades reales
Sesgo de la ley de los pequeños números ⁴⁰ (<i>law of small numbers bias</i>)	Creencia errónea sobre la representatividad de muestras pequeñas, esto es, sobre el valor generalizante de datos aislados
Heurística de representatividad ⁴¹ (<i>representativeness heuristic</i>)	Tendencia a evaluar o juzgar acontecimientos representativos como más probables, independientemente de la realidad

38 Bart KOSKO, *Pensamiento borroso: la nueva ciencia de la lógica borrosa*, Juan Pedro Campos (traductor), Crítica-Grijalbo, Barcelona, 1995, págs. 63-64.

39 También sobre esto BOREL, É., 1971, ob. cit.

40 Sobre la ley de los pequeños números, KAHNEMANN, D. y TVERSKY, A., 1972, ob. cit., pág. 435; más detalladamente, Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMANN, «Belief in the law of small numbers», en *Psychological Bulletin*, vol. 76, núm. 2, 1971, págs. 105 y ss. Así, los sesgos cognitivos señalados por estos autores —como la heurística de representatividad o el sesgo de los pequeños números— explicarían cómo las personas sobre o subestiman el valor penal de resultados improbables por error en la percepción del riesgo.

41 KAHNEMANN, D. y TVERSKY, A., 1972, ob. cit., pág. 431. Este sesgo también está presente en el ámbito de la investigación científica: «La significancia estadística suele considerarse como la representación de la verdad científica. (...), se asume que un efecto real en la población se refleja en un resultado significativo dentro de la muestra, sin tomar en cuenta el tamaño de la misma. Como consecuencia, los investigadores tienden a sobreestimar la probabilidad de que una hipótesis significativa resulte ser falsa» (pág. 433). Este mismo mecanismo de sobreestimación operaría en la atribución de certeza jurídica en contextos de baja probabilidad penal.

En definitiva, las personas tienden a razonar sobre probabilidades en términos cualitativos (alta, media o baja) y a centrar su atención en las consecuencias de sus decisiones más que en el nivel real del riesgo asumido. Estas distinciones, aunque técnicas, se proyectan directamente sobre el juicio de responsabilidad penal, especialmente en escenarios donde la baja probabilidad exige valorar la razonabilidad del riesgo percibido —como el caso Thyré—.

VI. El caso Thyré como riesgo extravagante

Según el Diccionario de la Real Academia Española, «extravagante» se define como algo «fuera del orden o común modo de obrar», asociado a lo «raro, extraño o excesivamente peculiar». En el ámbito jurídico-penal los riesgos extravagantes pueden entenderse como aquellos riesgos de baja, remota o excepcional probabilidad. Se trata de riesgos raros fuera del orden común del resto de riesgos; una especie de «riesgo de lotería», cuya remotidad se activa únicamente cuando el sujeto incorpora deliberadamente el azar como mecanismo causal, transformando la improbabilidad en posibilidad penalmente relevante, creando una nueva frontera entre azar e imputación. Alguna línea doctrinal apunta que al autor no se le imputará el resultado en aquellos casos en que el curso causal haya sido «especialmente extravagante»⁴². La doctrina penal tradicional tiende a excluir los riesgos de baja probabilidad como candidatos a configurar un tipo penal. Cuando los incluye, suele reservarlos a supuestos acompañados de dolo eventual o imprudencia. Excepcionalmente, podrían considerarse dolo directo si se basan en la intención del autor, como en el caso Thyré. A estos riesgos se les ha atribuido diferentes alcances y términos, tales como riesgos insignificantes, riesgos mínimos, relativamente inidóneos, o riesgos ínfimos según su baja peligrosidad⁴³. Aunque generalmente se espera que los resultados más probables sean los que acontezcan⁴⁴, los resultados menos probables o extravagantes también pueden materializarse, como lo evidencia el caso Thyré. Desde una perspectiva *ex ante*, el riesgo de producción del resultado se presentaba como remoto; no obstante, la irrupción del azar *ex durante* desplazó la improbabilidad hacia la concreción penal, reconfigurando la relación entre riesgo abstracto y resultado típico⁴⁵. Resulta crucial aclarar que en

42 En comentario a la tesis de la imputación objetiva de *Frisch*, de esta idea Claus ROXIN, *Derecho penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (traductores), Civitas, Madrid, 1997, pág. 365.

43 Otras expresiones, como «grado no demasiado alto de posibilidad», «mínima probabilidad», o «posibilidad no excesivamente pequeña» en Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Editorial Edersa, Madrid, 1992, pág. 97.

44 KOSKO, B., 1995, ob. cit., pág. 58.

45 Este tipo de riesgos ha sido tratado en la jurisprudencia española, como lo muestran los casos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comentado en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1997, págs. 137 y ss.; José-Ramón SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, «Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 60, 1998, págs. 122-123; y GRACIA MARTÍN, 1999, ob. cit., págs. 335-360. También, en casos provenientes del Tribunal Supremo, referenciados en José-Antonio CHOCLÁN MONTALVO, «Imputación objetiva e imputación dolosa de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (comentario a la STS de 27 de junio de 1995)», en Colección Poder Judicial, núm. 39, 1995, págs. 507-524; y Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El concepto «significativo» de dolo: un concepto volitivo normativo», en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. Ma-*

el caso Thyrés, el acierto al objetivo se produjo con el primer disparo y no tras varios intentos y que no se trata de un caso de ausencia de previsibilidad intersubjetiva *ex ante*⁴⁶. Por tanto, el caso Thyrés no puede ser encuadrado como un supuesto de imprevisibilidad intersubjetiva, sino como una acción que, aunque improbable, se inscribe dentro del espectro de riesgos penalmente relevantes. Desde la perspectiva del autor, pueden darse diversas posturas frente a la remota probabilidad. Por ejemplo, el sujeto1 podría tener certeza de que, pese a lo remoto, alcanzará su objetivo al confiar en la suerte, mientras que el sujeto2 podría mostrar incerteza basándose en datos objetivos. En otras palabras, el sujeto1 puede estar seguro de que la improbabilidad no es un obstáculo para confiar el acierto a la suerte (buena suerte, dado que quiere el resultado), mientras que el sujeto2 puede dudar teniendo en cuenta los datos objetivos. Ambas posturas (sujeto1-certeza y sujeto2-incerteza), aunque divergentes en su representación del riesgo, revelan cómo la certeza subjetiva —incluso frente a probabilidades ínfimas— puede configurar una voluntad típica susceptible de imputación dolosa. En conclusión, aunque las probabilidades objetivas sean escasas, la certeza subjetiva del autor respecto a su actualización puede constituir el núcleo del dolo penal⁴⁷.

VII. Resoluciones jurídico-penales al caso Thyrés

La complejidad conceptual del caso Thyrés ha desencadenado múltiples interpretaciones, que han dado lugar a diversas resoluciones tanto en la dimensión objetiva como subjetiva del injusto penal. A partir del posfinalismo las resoluciones se ubican entre la atribución objetiva y la imputación subjetiva del tipo penal. Algunos autores argumentan que la configuración de la parte objetiva del tipo —esto es, la estructura del hecho típico— se mantiene constante en delitos dolosos e imprudentes, diferenciándose únicamente por la presencia o ausencia de elementos subjetivos de imputación⁴⁸. En esta postura, se sostiene que un riesgo objetivo insuficiente para configurar la imprudencia tampoco puede fundar el dolo, aun cuando exista voluntad lesiva⁴⁹. Por otro lado, posturas opuestas sostienen que la peligrosidad objetiva varía entre el tipo doloso y el tipo imprudente, por cuanto los tipos dolosos pueden incluir riesgos objetivamente insignificantes a efectos de imputación⁵⁰, mientras que los tipos imprudentes requieren una mayor magnitud de riesgo obje-

ría del Mar Díaz Pita, Francisco Muñoz Conde (director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, nota al pie 79, págs. 364-365.

- 46 Como lo sería la figura del caso fortuito, que desplaza el riesgo penalmente relevante. Para estos supuestos, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit., pág. 715 (capítulo 10/46), señala que «debe negarse la existencia de un comportamiento intersubjetivamente desaprobado *ex ante*».
- 47 Como lo explica BUNGE, M., 1997, ob. cit., pág. 449: «Es casi seguro que ocurra un suceso de probabilidad uno, o sea, éste ocurrirá casi siempre; mientras que un suceso de probabilidad cero *casi* nunca ocurrirá, aunque no es imposible (...)».
- 48 José Manuel PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, págs. 120-121.
- 49 PAREDES CASTAÑÓN, J. M., 1995, ob. cit., pág. 121.
- 50 Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pág. 380; Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, JM Bosch Editorial, Barcelona, 1989, pág. 31; Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte general: teoría jurídica del delito*, Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986, págs. 68, 92 y ss.

tivo⁵¹. Con ello, esta corriente considera que el dolo opera con independencia de la magnitud del riesgo objetivo, siempre que exista una dirección volitiva clara por parte del autor. Con base en estos enfoques, se han ofrecido diversas resoluciones al caso Thyrén, las cuales se detallan según el nivel de la teoría del delito en que han sido abordadas.

1. Resoluciones en el nivel de la dimensión objetiva

Desde la óptica de la dimensión objetiva, pueden distinguirse dos tesis relevantes: una que niega la configuración del tipo en función de la conducta, y otra que lo niega atendiendo al resultado.

1.1. Tesis que niega el tipo objetivo o la atribución objetiva de la conducta

Esta tesis parte de que la conducta no presenta una peligrosidad objetiva relevante, lo que lleva a la atipicidad penal por falta de atribución objetiva. Su fundamento radica en que el juicio de previsibilidad objetiva y la adecuación de la conducta carecen de relevancia suficiente para generar un riesgo penalmente relevante, que quede abarcado en el ámbito de protección de la norma penal⁵². Este juicio no solo valora la adecuación causal de la conducta, sino también su compatibilidad con el ámbito de protección previsto por la norma penal. Así, desde esta postura, se afirma que en el caso Thyrén no se genera un riesgo típicamente relevante «por no ser objetivamente previsible el resultado»⁵³, requisito que debe concurrir tanto en delitos dolosos como imprudentes⁵⁴. En sentido inverso, un riesgo penalmente relevante concurre cuando «en una primera aproximación, aumenta de manera *no insignificante* las posibilidades de su producción»⁵⁵ (cursiva añadida). Según esta perspectiva, sería injusto castigar al sujeto por la creación de un riesgo mínimo con bajas probabilidades de lesionar un bien jurídico, ya que no habría proporcionalidad entre la gravedad del castigo y la irrelevancia del riesgo⁵⁶. Esta postura argumenta que la ausencia de castigo en situaciones de riesgo ínfimo no afectaría negativamente los efectos preventivo-generales, ya que ni la norma

51 Para Ángel Torío López, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, núm. 1, 1986, pág. 38, una mínima peligrosidad puede fundamentar la imputación por dolo, pero, no por imprudencia; y, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Concepción significativa de la acción y nueva teoría jurídica del delito», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 33, págs. 147-183, 2019, pág. 164.

52 Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1992, ob. cit., pág. 108, pág. 112, niega la responsabilidad del tirador inexperto desde la siguiente fundamentación: «la peligrosidad de la conducta constituye el requisito mínimo para la relevancia penal del comportamiento» (doloso e imprudente), de forma tal que en el caso Thyrén no puede haber imputación objetiva del resultado cuando no existe adecuación entre la conducta y el resultado. En efecto, no existe adecuación cuando la conducta *ex ante* del sujeto A presenta un grado bajísimo de posibilidades de producir la muerte de B y, por ello, no es objetivamente previsible que A acierte con el disparo a B.

53 Rafael ALCÁZER GUIRAO, «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 49, núm. 2, 1996, pág. 492.

54 ALCÁZER GUIRAO, R., 1996, ob. cit., pág. 492.

55 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1992, ob. cit., pág. 79. En igual sentido, ALCÁZER GUIRAO, R., 1996, ob. cit., pág. 483.

56 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1992, ob. cit., pág. 116.

jurídica se desestabilizaría, ni la sociedad se conmocionaría por hechos de tan minúscula magnitud⁵⁷. No obstante, el principal flanco débil de esta tesis radica en la exclusión de aquellas conductas que, aunque se consideren remotamente peligrosas, podrían efectivamente llegar a materializarse, adquiriendo así relevancia penal. En consecuencia, aunque la probabilidad de ocurrencia inicial sea ínfima, el resultado resulta objetivamente previsible. Surge entonces una cuestión central: ¿con qué criterio se traza el umbral de lo penalmente relevante en escenarios de baja probabilidad lesiva?⁵⁸. En muchos supuestos, la imputación objetiva de un resultado no requiere que el peligro sea considerable, sino que se encuentre dentro del radar de la prohibición normativa⁵⁹. En el caso Thyrés, la norma jurídica vinculada al tipo de homicidio parece incluir en su ámbito de prohibición cualquier riesgo que coloque al «bien jurídico vida humana» en algún peligro posible, independientemente de su magnitud objetiva. Para determinar el grado de relevancia del riesgo que contraría la prohibición normativa, este debe ser suficiente para afectar las expectativas de uso y disfrute de los bienes jurídicos, consolidando su impacto en el análisis penal (lesividad inmaterial)⁶⁰. Otra línea doctrinal entiende que el riesgo creado en el caso Thyrés es un riesgo próximo, no remoto⁶¹, que, *ante actum*, desde el enfoque de la norma, se erige como un riesgo adecuado para producir el resultado buscado, «*por mucho que entre el desarrollo de la parte dominada por el autor y su efecto se interpongan condiciones adicionales que hagan más o menos probable la causación efectiva del resultado*»⁶² (cursiva en el original). En conclusión, aunque la tesis resulta coherente desde una perspectiva *ex ante* de previsibilidad, enfrenta objeciones por excluir conductas que, si bien improbable, resultaron efectivamente lesivas —y, por tanto, jurídicamente significativas—.

1.2. Tesis que niega el tipo objetivo o la atribución objetiva del resultado

En estrecha conexión con la postura anterior, esta tesis propone un argumento singular que desplaza la imputación del resultado por ausencia de dominio sobre el curso causal. Parte del supuesto del

57 Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1992, ob. cit., págs. 117-118.

58 Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, «Intentos de extraer dinero de un cajero sin tener la clave: el problema del dolo directo con baja probabilidad y su trascendencia para la dogmática del dolo y la imprudencia», en *El principio de responsabilidad penal por el hecho*, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (directores), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, págs. 747-748, en crítica a esta postura, se pregunta muy atinadamente «por qué no es desaprobado un riesgo, por nimio que sea, de producir un mal con una acción no solo prescindible, sino directamente intencional, que eleva sin motivo alguno la probabilidad de lesión; cómo explicamos que, en los (...) casos tipo Thyrés, no se impute el resultado por falta de imputación objetiva general; y, en fin, en qué momento empieza el riesgo a ser desaprobado: a qué distancia ya no sería lícito disparar en Thyrés». También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2019, ob. cit., pág. 163, quien señala que no puede excluirse la imputación objetiva cuando existe una «posibilidad *real* de producción del resultado por muy pequeña que esta fuese», máxime cuando el autor obró con dolo de producir el resultado (como en el caso Thyrés).

59 Esta tesis, a criterio de algunos autores, choca con la sensibilidad jurídica, «no tanto por la intención de matar como por la puesta en marcha concienzuda de un proceso causal adecuado para matar, ..., si bien de incierta materialización». Así, Joaquín CUELLO CONTRERAS, «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, núm. 2, 2009, pág. 41.

60 VARELA, L., 2016, ob. cit., págs. 43 y ss.

61 El riesgo próximo del caso Thyrés es idéntico al riesgo de matar que emprende el que busca matar a su enemigo mientras duerme, tal como lo señala CUELLO CONTRERAS, J., 2009, ob. cit., pág. 42.

62 CUELLO CONTRERAS, J., 2009, ob. cit., pág. 42.

tirador inexperto, considerándolo como un caso donde ninguna persona podría ejercer dominio sobre el curso causal, lo que implica que el resultado se produce por mera intervención del azar. Así, mientras la resolución precedente excluye la imputación objetiva de la conducta por tratarse de un riesgo débil —esto es, de baja probabilidad—, la presente resolución desplaza la imputación objetiva del resultado debido a la ausencia de control humano sobre la secuencia causal. Este planteamiento señala que el tirador sin experiencia en armas, que «dispara con voluntad homicida contra otro desde una distancia en que un tirador muy experto no podría acertar» no puede aspirar a conducir el curso causal, «pues no existe técnica disponible para disparar con cierto margen de certeza en esas condiciones»⁶³. En este contexto, el acierto del disparo se atribuye al azar, entendido como la imposibilidad de conducir la causalidad en condiciones técnicas y físicas extraordinarias⁶⁴. La premisa de esta tesis consiste en que el tirador asume una acción peligrosa (dolo homicida), pero no puede imputarse el resultado, debido a la imposibilidad de controlar la causalidad en las condiciones en las cuales se desarrolla el hecho. Las reflexiones críticas que pueden dirigirse a esta postura son al menos tres. En primer lugar, el ejemplo citado como «caso Thyren» parece distanciarse significativamente del modelo paradigmático sobre el cual ha trabajado la doctrina mayoritaria. Si bien es cierto que el caso Thyren no proporciona demasiados detalles, el ejemplo presentado por esta tesis se aparta cualitativamente de su versión original. En efecto, se propone una hipótesis en la que «un sujeto dispara a trescientos metros de distancia con un rifle con caño torcido, en terreno escarpado, con fuerte viento y en movimiento y lo hace hacia un blanco también en movimiento», poniendo «en curso una causalidad que nadie puede dominar»⁶⁵. Lo que se desprende de este planteamiento no es la existencia de una probabilidad baja, remota o ínfima de producción del resultado —que, para algunos autores, carecería de relevancia penal—, sino la presencia de un riesgo que excede las capacidades humanas ordinarias y las habilidades técnicas incluso de un tirador experimentado, configurando así un escenario de indominabilidad causal. Dichas condiciones distan significativamente de las circunstancias tradicionalmente consideradas en la doctrina para evaluar el caso Thyren. En segundo término, esta tesis establece una analogía entre el caso del tirador inexperto y el de la tormenta de *Welzel*, supuestos que tradicionalmente han sido empleados en la doctrina como ejemplos contrapuestos, no asimilables. Desde esta perspectiva, se sostiene que en ambos escenarios ningún observador objetivo podría inferir *ex ante* la existencia de un plan homicida por parte del autor, debido a la ausencia de tipicidad objetiva. Sin embargo, esta afirmación resulta difícil de aceptar. La posición predominante ha indicado que, en el caso del sobrino ambicioso, solo se identifican expectativas y deseos —pero no una intención criminal concreta—, mientras que en el supuesto del tirador enemistado sí puede apreciarse una voluntad dirigida a la producción del resultado. Finalmente, en tercer término, no resulta del todo pertinente excluir la imputación objetiva —y, en consecuencia, el dolo—, en el caso Thyren, por tratarse de un supuesto de *ausencia de dominio sobre el curso causal* bajo intervención del azar, especialmente cuando existe una concordancia

63 Eugenio ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA y Alejandro SLÓKAR, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., 1.ª reimpr., Ediar, Buenos Aires, 2007, págs. 397-398.

64 ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLÓKAR, A., 2007, ob. cit., pág. 398.

65 ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLÓKAR, A., 2007, ob. cit., pág. 398. Otra versión ofrecida del caso Thyren, que precisa detalles no incluidos en la versión original, en SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 208: «el autor que tira con un revólver calibre 22 corto, con el propósito de matar a quien se halla a más de 200 m, con el “firme deseo” de que esa rara vez el proyectil resulte mortal, aunque reconoce que científicamente eso no puede pasar, actúa sin dolo (...)». También, Carlos DAZA GÓMEZ, «Teoría de la imputación objetiva», en *Vniversitas Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad Autónoma de México, 1998, pág. 46: «A es un tirador inexperto con una pistola de calibre 22 y quiere matar a B, quien se encuentra a una distancia, que ni un experto en tiro ni con un arma de alto calibre puede matarlo, pero, sin embargo, dispara y priva de la vida».

plena entre lo planeado y lo efectivamente acontecido⁶⁶. La ausencia de dominio causal no excluye automáticamente la generación de un riesgo penalmente relevante (ni posiblemente, la configuración del dolo), salvo que concurra una inidoneidad absoluta, circunstancia que no parece caracterizar este caso (el azar, como factor extrínseco, no configura inidoneidad absoluta⁶⁷). Por ende, si bien la falta de control sobre el curso causal podría excluir la responsabilidad por el resultado, ello no implica necesariamente la exclusión de la responsabilidad por la conducta peligrosa emprendida con voluntad homicida⁶⁸. No obstante, la tesis comentada se abstiene de atribuir cualquier tipo de responsabilidad penal al tirador inexperto, sin ofrecer argumentos respecto de la no punición de la tentativa⁶⁹ —la cual sería aplicable—, considerando que si dicha tesis afirma que «el dolo presupone el conocimiento de la *dominabilidad*»⁷⁰ (cursiva en el original), entonces, debe admitirse como corolario ineludible la afirmación inversa: el dolo también implica el conocimiento de la indominabilidad del curso causal sometido al azar⁷¹. Así, la omisión de argumentos sobre la no punición de la tentativa revela una debilidad estructural en la tesis, que ignora la posibilidad de atribuir responsabilidad por la conducta peligrosa emprendida con voluntad homicida, aun cuando el resultado se haya producido por azar.

2. Resoluciones en el nivel de la dimensión subjetiva

En este grupo se identifican cuatro enfoques que combinan el tipo objetivo o atribución objetiva con el tipo subjetivo o imputación subjetiva, reflejando diferentes fundamentos. Estas tesis son: la tesis que afirma el dolo como un elemento de la culpabilidad; la tesis que niega el tipo objetivo o

66 Aunque concurre indominabilidad del curso causal no existe disparidad entre el plan y el resultado, por ende, parecería ser plausible la concurrencia del dolo, que estos autores niegan. Véase, ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLÓKAR, A., 2007, ob. cit., pág. 418.

67 No puede hablarse de inidoneidad absoluta en Thyrés por la intervención del azar, teniendo en cuenta que la inidoneidad hace referencia a circunstancias intrínsecas del riesgo, el medio o el sujeto, siendo el azar un factor extrínseco que puede operar en favor o en contra de lo buscado o representado por el autor.

68 ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLÓKAR, A., 2007, ob. cit., pág. 397. Estos autores explican el juicio de la causalidad en el momento *ex post*, como parte del criterio de dominabilidad de la imputación objetiva.

69 Para que el caso ofrecido por esta tesis pueda defenderse como ausencia de responsabilidad debería abarcarse el resultado dentro de alguna clase de desvío esencial del curso causal que, aunque previsible, no resulta controlable y depende exclusivamente del azar. Si el riesgo se ha realizado en el resultado es porque ha intervenido el azar, no el dominio humano.

70 ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLÓKAR, A., 2007, ob. cit., pág. 416.

71 En este enfoque, el criterio del azar es empleado tanto para desplazar la responsabilidad como para atraerla, lo que no deja muy en claro su aplicación. Por ejemplo, para distinguir la confianza que habilita la imprudencia y la que habilita el dolo eventual se coloca el siguiente ejemplo: el conductor que cree que evitará el resultado, confiado en su experiencia y en la potencia de sus frenos, obra de forma imprudente (confianza basada en datos objetivos), mientras que obra de forma dolosa quien apela al azar para evitar el resultado, como el conductor que pasa el semáforo con los ojos cerrados, considerando que no pasará nada malo. Así, ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLÓKAR, A., 2007, ob. cit., pág. 407. La diferencia del azar en este caso, a diferencia del azar de Thyrés, es que el azar en el conductor influye sobre un curso causal dominable, entretanto, el azar en el tirador inexperto sobre un curso causal indominable. Pero, resulte el curso causal dominable o no, entregar el mismo a la decisión del azar es lo que debe conducir a la imputación penal. Además, por razones obvias, la ausencia de dominabilidad del curso causal entregado al azar resulta del todo más reprochable que el azar combinado con la dominabilidad del curso causal.

la atribución objetiva de un tipo doloso; la tesis que afirma tanto el tipo objetivo o atribución objetiva como el tipo subjetivo o imputación subjetiva; y, la tesis que *niega* la imputación objetiva, pero afirma la imputación subjetiva. Cada una de estas tesis aporta un enfoque distinto al análisis penal, destacando la complejidad de integrar elementos objetivos y subjetivos en la evaluación de conductas típicas.

2.1. Tesis que afirma el dolo como un elemento de la culpabilidad

La primera interpretación que abordó el caso del mal tirador como conducta intencional proviene de su propio creador, *Thyrén*. Desde la corriente causalista del delito y desde la prevención especial del castigo, este autor entendía que lo único relevante para imputar responsabilidad era la voluntad del autor como elemento parte de la culpabilidad. La probabilidad de ocurrencia del resultado —así como su representación en la conciencia del autor— era irrelevante desde la óptica causalista cuando concurría intención directa. En efecto, para *Thyrén* resultaba completamente indiferente a efectos del castigo, que el autor del disparo considere como más o menos probable acertar en el blanco y alcanzar a cumplir su propósito⁷². La conciencia sobre la presencia del riesgo, por mínima que sea, constituye la condición habilitante para que el autor pueda abstenerse de actuar, lo cual activa su responsabilidad desde el prisma voluntarista. En consecuencia, la omisión voluntaria deviene en responsabilidad penal plena. La figura del tirador como «egoísta decidido», que desafía abiertamente el orden normativo con su comportamiento antisocial, representa en esta tesis el paradigma del sujeto merecedor de reproche penal⁷³. Así, la figura del autor egoísta se erige como símbolo clave del reproche penal en términos causalistas: intención férrea, indiferencia al riesgo y desafío abierto al orden normativo. En suma: este enfoque cimienta la imputación exclusivamente sobre la voluntad del autor, desatendiendo el análisis probabilístico o la idoneidad del medio empleado para matar.

2.2. Tesis que niega el tipo objetivo o la atribución objetiva de un tipo doloso

Desde esta perspectiva, la conducta del tirador inexperto, aunque con cierto grado de peligrosidad objetiva, no alcanza para fundar la configuración dolosa del delito de resultado⁷⁴. Desde esta perspectiva, el dolo —como eje de la imputación subjetiva— se estructura sobre la peligrosidad inherente al tipo objetivo, más que sobre la mera representación cognitiva del autor; el dolo exige no solo voluntad dirigida, sino también un curso causal que, desde estándares objetivos, sea idóneo

72 THYRÉN, J.-C. W., 1910, ob. cit., pág. 18; en el mismo sentido, Christoffer Wong, «Tahallisuuden topologia ThyrenisHi Tdiskmaniin», en *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, núm. 3-4, 2004, pág. 536, citando la postura de *Thyrén*.

73 THYRÉN, J.-C. W., 1910, ob. cit., págs. 30-31; también, WONG, C., 2004, ob. cit., págs. 536-537, recogiendo y comentando la postura de *Thyrén*.

74 *Sancinetti* sostiene que «(...) el carácter directo del dolo —el propósito— no puede por sí mismo ayudar en nada para asegurar la existencia de dolo. Previamente, hay que saber si el plan de acción supera aquel grado de peligro concreto que sería suficiente, aun en el caso de que (...) el dolo fuera eventual». Véase, SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., págs. 202 y ss., pág. 207 (nota al pie 113). También, *Safferling* considera que para los supuestos de resultados intencionados el autor debe conocer las circunstancias típicas (en particular, los criterios de imputación objetiva, al menos en los términos del dolo eventual). Véase, Christoph J.-M. SAFFERLING, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, págs. 182, 181.

para producir el resultado. Por eso mismo, algunos autores argumentan que «no es cierto que el dolo requiera un determinado grado “elevado” de riesgo»⁷⁵; por el contrario, un grado insignificante de riesgo lesivo no es suficiente para enervar la imputación objetiva del delito doloso⁷⁶. En el caso Thyrén el autor no obra con dolo por más directa que sea su voluntad, al tratarse de una voluntad aparente. El peligro aparente, no real, que genera conscientemente el tirador, solo puede ser parte de una voluntad aparente, no de un dolo⁷⁷. Como consecuencia del déficit en la imputación objetiva del riesgo lesivo, esta tesis concluye que el caso Thyrén no puede ser calificado como doloso, ni siquiera en grado de tentativa (inidónea), aun cuando haya existido voluntad de lesionar⁷⁸. Dentro de esta tesis, otras corrientes similares asumen que un riesgo «no cubierto remoto», o descubierto y lejano, tampoco puede dar lugar al dolo⁷⁹. El núcleo argumental reside en que la remota peligrosidad del caso Thyrén convierte la producción del resultado en un evento azaroso, no atribuible a la voluntad dominante del autor⁸⁰. Se tratará, en todo caso, de un infortunio, pero no de una acción dolosa. En el caso Thyrén, el tirador no domina la realización del tipo, por lo que no se le podría castigar de la misma forma que al autor doloso que sí controla dicha realización⁸¹. Para esta línea, en el dolo, el autor no solo debe conocer las circunstancias acompañantes, sino también tiene que controlar el riesgo que emprende, de forma tal que si el autor obra solo con voluntad, pero no conoce ni domina la ejecución del tipo, entonces, no hay intención en términos dolosos⁸². En otras palabras, no concurre dolo cuando el mismo se sustenta en peligros de una probabilidad objetiva mínima o en estrategias inidóneas para causar el resultado⁸³. Las críticas que pueden dirigirse a las posturas

75 SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 208.

76 SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 208.

77 SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 208, señala que el peligro aparente del tirador «se halla —incluso desde el punto de vista de su propio conocimiento— solo en sus deseos, pero no en la realidad conscientemente asumida».

78 SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 208.

79 Rolf-Dietrich HERZBERG, «Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des objektiven Tatbestandes», en *Juristische Schulung*, 1986, pág. 256. Este autor clasifica los riesgos prohibidos en dos categorías: «peligro blindado» o cubierto (*abgeschirmte Gefahr*) y «peligro no blindado» o no cubierto (*unabgeschirmte Gefahr*). En principio, los peligros blindados afirman la imprudencia y los no blindados afirman el dolo. El peligro blindado es definido por circunstancias que permiten al sujeto confiar objetivamente en que el resultado no se producirá, ya sea por su propio control o por intervención de la víctima. Si el resultado ocurre, se imputará imprudencia. Por otro lado, en el peligro no cubierto no concurren circunstancias objetivas que permitan confiar racionalmente en que el resultado no se producirá, quedando su evitación al mero azar. En principio, si ocurre el resultado, se imputará dolo. Sin embargo, *Herzberg* señala una excepción dentro de los peligros no cubiertos. Puede suceder que el azar no inter venga para evitar el resultado, sino para producirlo. En estos casos de peligros no cubiertos, remotos, el sujeto no puede ejercer control alguno sobre la situación de azar por lo que no se imputará dolo debido a esta falta de dominio (págs. 254 y ss.).

80 HERZBERG, R.-D., 1986, ob. cit., pág. 254 y ss.

81 LUÍS GRECO, «Dolo sin voluntad», en *Revista Nuevo Foro Penal*, Elisa Alemán (traductora), vol. 13, núm. 88, 2017, págs. 21 y ss.

82 JACSON ZILIO, «Conhecimento, vontade, erro e dúvida no direito penal», en *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. J.-M. Terradillos Basoco*, Mayda Goite Pierre (coordinadora), UNIJURIS, La Habana, 2015, pág. 186.

83 INGEBORG PUPPE, *Vorstaz und Zurechnung*, Decker und Müller, Heidelberg, 1992, pág. 63, señala que el dolo se define como la utilización consciente de una estrategia idónea para realizar el tipo penal. También,

dentro de esta tesis se resumen en los siguientes argumentos: en primer término, la justificación de atipicidad subjetiva por dolo no se deriva de los supuestos de error e ignorancia invencibles, sino de la ausencia de imputación objetiva suficiente para fundamentar un delito doloso, como si fuera posible determinar según la representación del autor qué riesgos son objetivamente dolosos y cuáles no. En segundo término, la intervención del azar no puede admitirse como una excusa válida para desplazar la imputación subjetiva cuando el sujeto ha contemplado el azar en su acción de forma consciente. Finalmente, en tercer término, esta tesis tampoco se pronuncia con claridad sobre la posibilidad de imputación imprudente, pese a que el autor dirigió su acción de forma consciente hacia el resultado lesivo, lo que deja vacíos interpretativos relevantes. Así, la ausencia de dominancia o de idoneidad no solo excluiría el dolo, sino que transformaría la acción del sujeto en una conducta penalmente irrelevante o susceptible de reproche imprudente, según el caso.

2.3. Tesis que afirma tanto el tipo objetivo o atribución objetiva como el tipo subjetivo o imputación subjetiva

Esta tesis sostiene que en el caso del tirador inexperto concurre un riesgo tanto objetivo como subjetivamente típico. Este enfoque exige distinguir entre las corrientes que atribuyen responsabilidad dolosa y aquellas que optan por una interpretación imprudente del riesgo. Dentro de las posturas dolosas, se deben diferenciar todavía los enfoques volitivista y cognitivista, además de las modalidades de dolo. Estas diferenciaciones son esenciales para determinar la configuración adecuada de la responsabilidad subjetiva en casos complejos como el del tirador inexperto.

2.3.1. Posturas a favor del tipo doloso o de la imputación dolosa

El caso Thyren se clasifica como un supuesto de imputación dolosa, dentro de la cual emergen dos modelos interpretativos del dolo: el enfoque volitivista, que incorpora voluntad y conocimiento; y el enfoque cognitivista, que reduce el dolo al componente cognitivo. En primer lugar, el enfoque volitivista (de la corriente clásica y del posfinalismo), el cual contempla la voluntad del autor como un elemento esencial del dolo junto al conocimiento y, en segundo lugar, el enfoque cognitivista, que solo considera el conocimiento como elemento del concepto. Además, se deben tener en cuenta las modalidades del dolo directo (de primer grado), en el cual el autor busca de manera deliberada la producción del resultado y, del dolo eventual, en donde el autor asume el riesgo del resultado como una posibilidad o como parte de su aceptación. A continuación, se exponen los diferentes enfoques en relación con las modalidades de dolo.

2.3.1.1. Enfoque desde el elemento volitivo del dolo

Quienes defienden la concurrencia de dolo en el caso Thyren desde una perspectiva volitiva, fundamentan su postura según la modalidad de dolo que adopten. En las siguientes secciones, las posturas exploran cómo la articulación entre conocimiento, voluntad y peligrosidad puede configurar —o excluir— la imputación dolosa en contextos de riesgo técnico como el caso Thyren.

en Ingeborg PUPPE, *La distinción entre el dolo y la imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal alemán*, Marcelo Sancinetti (traductor), Hammurabi, Buenos Aires, 2010, págs. 107 y ss., esta autora afirma que la intención solo se desvalora cuando descansa en un peligro idóneo.

2.3.1.1.1. Tesitura de la intención o dolo directo de primer grado

Según la doctrina finalista, el caso Thyré presenta una acción que, pese a su baja probabilidad de éxito, contiene dolo en términos de intención penal⁸⁴. No se trata de una mera *voluntad mala*, vacía de realización, sino de una voluntad que se actualiza en un hecho externo⁸⁵, es decir, una voluntad objetivada en la acción concreta, donde el dolo cumple una función final-objetiva en la configuración del tipo⁸⁶. Según esta interpretación, se atribuye dolo intencional al *tirador de gran distancia* desde el siguiente razonamiento: «quien pretende matar a un hombre de un tiro desde gran distancia, tiene voluntad homicida, aunque solo le otorgue a su disparo una muy pequeña chance de alcanzar al otro (solo en el caso que considere la producción del resultado como una mera casualidad existe únicamente un tener esperanza, pero no un querer realizar)»⁸⁷. Esta afirmación cobra particular relevancia en la doctrina finalista, para la cual el dolo penal no se configura únicamente como una «voluntad tendiente a la realización típica», sino como una voluntad con *capacidad efectiva* de realización del tipo⁸⁸. Desde esta perspectiva, no basta con la mera intención abstracta, sino que se exige una aptitud concreta para objetivizar la acción típica. Por otra parte, las modernas tesis posfinalistas caracterizan el dolo volitivista —en su modalidad directa de primer grado—, como la expresión de una intención típica⁸⁹ o de una decisión contraria al bien jurídico protegido⁹⁰. En esta concepción coexisten dos dimensiones del dolo: una volitiva, intensamente dirigida a la afectación del bien jurídico⁹¹, y una intelectual, que puede presentarse de forma atenuada o marginal⁹². Tanto

84 Hans WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11.ª ed., Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (traductores), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pág. 98.

85 WELZEL, H., 1970, ob. cit., pág. 93.

86 WELZEL, H., 1970, ob. cit., pág. 95: «el dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el Derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo».

87 WELZEL, H., 1970, ob. cit., pág. 98.

88 WELZEL, H., 1970, ob. cit., pág. 95.

89 Santiago MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 19.

90 ROXIN, C., 1997, ob. cit., pág. 434; Esther Hava García, «Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores», en *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*, José Hurtado Pozo (director), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pág. 148.

91 Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pág. 297.

92 En el dolo directo de primer grado no es esencial que el autor esté seguro que su acción producirá el resultado, ni que el resultado sea su único propósito. Véase, MIR PUIG, S., 2011, ob. cit., pág. 271. Sostiene que en la intención el grado de probabilidad de la realización del resultado es irrelevante, Horst SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», en *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, Wilhelm Sauer (editor), De Gruyter, Berlin, 1949, pág. 224. También, Friedrich-Christian SCHROEDER, «§ 16», en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 11.ª ed., 1992, pág. 46. Por su parte, Diethard ZIELINSKI, *Dolo e imprudencia: comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, Marcelo Sancinetti (traductor), Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 80, señala que, para hablar de intención, es irrelevante si el autor considera seguro o solo probable alcanzar la meta, siempre que el riesgo generado para el bien jurídico resulte socialmente inadecuado. Bern Schünemann, «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», en *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Mariana Sacher y Carlos Suárez González (traductores), Tecnos, Madrid, 2002, págs. 106, 116 y ss., entiende, desde su concepto tipológico de dolo, donde los elementos integrantes se compensan

la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias sostienen que, en el dolo directo de primer grado, el propósito del agente se orienta a la realización de los elementos objetivos del tipo, ya sea la acción, el resultado o ambos⁹³. La realización de la acción típica con resultado efectivo se sanciona como homicidio doloso consumado⁹⁴; en cambio, si el resultado no se produce, la conducta se configura como tentativa acabada⁹⁵. Este análisis del caso Thyrén refuerza la tesis según la cual el dolo directo de primer grado fundamenta su desvalor de acción en la dimensión volitiva, incluso cuando la probabilidad de producción del resultado es mínima⁹⁶. Así, la baja probabilidad de ocurrencia del resul-

mutuamente, que incluso ante una probabilidad mínima de producción del resultado, se configura el dolo si existe una intención clara de lesionar el bien jurídico. Por su parte, Roxin, C., 1997, ob. cit., pág. 418, señala lo siguiente: «cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe intención, aun cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino solo como posible». En la doctrina italiana, entiende que en el *dolo intenzionale* no es necesario que el agente tenga la certeza de que se producirá el resultado, sino que basta «*la coscienza della possibilità*», Antonio PECORARO-ALBANI, *Il dolo*, Jovene Editorial, Nápoles, 1955, pág. 260. Desde un punto de vista iuscomparativo propone un ejemplo muy similar, Hermann MANNHEIM, «*Mens Rea in German and English Criminal Law I*», en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 17, 1935, págs. 87-88, aclarando, que solo hay intención si el individuo se representa el resultado como muy improbable, pero no cuando se lo representa como completamente imposible.

- 93 JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., 1996, ob. cit., pág. 297; Diego-Manuel Luzón Peña, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Colección Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, Madrid, 1999, pág. 123.
- 94 Además de los autores previamente ya mencionados, Mercedes PÉREZ MANZANO, «Concepto de dolo, atribución de intenciones y modelo angloamericano de estados mentales: ¿qué datos aportan los estudios empíricos?», en *El principio de responsabilidad penal por el hecho*, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (directores), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, pág. 182; CUELLO CONTRERAS, J., 2009, ob. cit., págs. 39 y ss.; María Rosa MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 165-166, pág. 366; Esteban SOLÁ RECHE, *La llamada «tentativa inidónea de delito». Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, págs. 199, 200 y 207, argumenta que en el ejemplo Thyrén la acción es peligrosa, aunque la probabilidad de producción del resultado sea ínfima.
- 95 Para SOLÁ RECHE, E., 1996, ob. cit., págs. 199 y ss. basta la mera posibilidad de producción del resultado para castigar el caso del tirador inexperto como delito doloso consumado. Si el resultado no se produce se castiga como delito doloso en grado de tentativa acabada. También, Carmen ALASTUEY DOBÓN, «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, núm. 5, págs. 13-54, 2011, pág. 33, nota al pie 46, pág. 34; MORENO-TORRES HERRERA, M. R., 1999, pág. 366. Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER, E., 1999, ob. cit., pág. 469 señala: «el autor ha tenido un plan que, objetivamente considerado, es racionalmente apto para causar el resultado, pues intentar matar con un arma tiene la posibilidad racional de causar el resultado y expresa, por lo tanto, la negación de la norma que fundamenta la punibilidad de la tentativa» (referencia el caso como un *pésimo tirador*, que con gran nerviosismo apunta mal a una considerable distancia).
- 96 MIR PUIG, S., 1994, ob. cit., pág. 199. Este autor sostiene que es plausible que para «la imputación objetiva del hecho se exija un grado de peligro menor en ciertos casos de intención», como sucede en el ejemplo del tirador inexperto que dispara con ánimo de matar, aunque reconociendo la mínima probabilidad de acertar; LUZÓN PEÑA, D.-M., 1996, ob. cit., pág. 380, nota al pie 1, asegura que en el caso Thyrén concurre una conducta lo suficientemente peligrosa como para considerar la posibilidad de que se cause la muerte del sujeto; LUZÓN PEÑA, D.-M., 1999, ob. cit., pág. 124.

tado solo permite calificar la conducta como dolosa cuando el sujeto actúa con intención o dirige su conducta guiado por una voluntad típica⁹⁷. En este marco, la intención que acompaña a un riesgo insignificante —pero idóneo— compensa el déficit objetivo del riesgo creado⁹⁸, consolidando así la imputación subjetiva correspondiente. En este enfoque, la «presencia de intencionalidad a pesar de la inseguridad del resultado» se considera suficiente para la imputación dolosa⁹⁹. A efectos de esta imputación, basta con que el autor esté convencido de su capacidad para influir en el resultado, dado que la intención de producirlo compensa únicamente un déficit de riesgo relevante, pero no su ausencia absoluta¹⁰⁰. Desde esta perspectiva, el dolo directo de primer grado no requiere que el sujeto considere «segura la producción del resultado»; es suficiente que lo perciba como «no absolutamente improbable», es decir, que exista al menos una mínima probabilidad de lesión¹⁰¹. La objeción más significativa a esta tesis señala que el dolo no puede suplir la imputación objetiva meramente porque el sentimiento de justicia demande una mayor pena en el caso concreto¹⁰². En efecto, la atribución dolosa se construye en esta postura mediante una operación previa de compensación entre elementos objetivos y subjetivos, lo que dificulta una delimitación analítica precisa del contenido del dolo. Se sustituye el conocimiento de una probabilidad objetiva remota por una voluntad intensificada de producir el resultado (compensación subjetiva), haciendo depender la relevancia penal de la conducta de la intención concurrente. En este sentido, se cuestiona que dicha tesis fundamente el castigo más en intuiciones morales¹⁰³ —o en una voluntad mala¹⁰⁴ seguida de un resultado lesivo¹⁰⁵—, que en la exigencia técnica de un mínimo grado de riesgo necesario para considerar el dolo.

-
- 97 En contra, GRECO, L., 2017, ob. cit., pág. 22, quien señala que en el caso Thyrés «la mera voluntad no puede transformar en dolosa una realización de tipo objetivo que el autor no domina». En igual sentido, PUPPE, I., 1992, ob. cit., págs. 62 y ss.; y, MARIO VILLAR, *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Didot, Buenos Aires, 2016, pág. 125, nota al pie 247, para quien resulta equivocado que el dolo actúe como una fuerza directora del resultado pretendido por el autor, de forma tal que el autor doloso no tiene mayores probabilidades de lograr el resultado que el autor imprudente, sino las mismas.
- 98 MIR PUIG, S., 1994, ob. cit., pág. 199; y, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2019, ob. cit., pág. 163.
- 99 CUELLO CONTRERAS, J., 2009, ob. cit., pág. 40.
- 100 JOSÉ CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, BdeF, Buenos Aires, 2008, pág. 454.
- 101 CEREZO MIR, J., 2008, ob. cit., pág. 453. Este autor enfatiza que el tirador quiere el resultado y «se atribuye alguna influencia en su producción», es decir, algún grado de control y dominio sobre el curso causal. En la postura original de WELZEL, H., 1970, ob. cit., pág. 97, ya se distinguía que «como voluntad de realización, el dolo presupone que el autor se asigne una posibilidad de influir sobre el acontecer real» (citando como ejemplo de no influencia el caso de la tormenta).
- 102 Para GRECO, L., 2017, ob. cit., págs. 21 y ss., la mera voluntad no puede transformar en dolosa la realización del tipo objetivo que el autor no domina (para este autor el dolo es conocimiento, y este, a su vez, comporta dominio, a diferencia de la imprudencia).
- 103 MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1992, ob. cit., pág. 108, afirma que algún sector de la doctrina da mayor peso a la intuición que a los argumentos materiales, como para convencer de que en el caso Thyrés hay que castigar. De esta forma la intuición indica que se cometería una gran injusticia si A quedara exento de pena, a pesar de haber causado intencionalmente la muerte de B. Igualmente, GRECO, L., 2017, ob. cit., pág. 21, considera que en el caso Thyrés se castiga más intuición que por otra cosa.
- 104 Crítico a la imputación por la «voluntad mala», SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., págs. 202-203.
- 105 SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., págs. 135, 137, indica que las formulaciones resultatistas generan prejuicios en la comprensión de un caso penal. Estas «preconcepciones deformantes», señala, permiten entender

2.3.1.1.2. Tesitura del dolo eventual

El dolo eventual, desde una concepción volitiva, se define por una voluntad de baja intensidad —no entendida como propósito directo, sino como aceptación del resultado posible— acompañada de un conocimiento de su eventual producción. El aspecto volitivo como aceptación puede quedar referido a la capacidad de la conducta de producir el resultado o a la posibilidad de que el resultado se produzca por azar u otros factores¹⁰⁶. Se descarta la elevada probabilidad por cuanto esta forma parte del campo de acción del dolo de consecuencias necesarias (o directo de segundo grado). Bajo esta conceptualización, el caso Thyrén se alejaría del dolo eventual, dado que el tirador actúa con una intención firme de matar, no con una actitud resignada o con aceptación marginal del resultado. No obstante, algunos autores sostienen que, ante una probabilidad ínfima, la intensidad de la voluntad se desvanece, lo que convertiría la intención en dolo eventual, más por defecto estructural que por elección consciente del riesgo¹⁰⁷. Si bien la participación subjetiva del caso Thyrén radica en la voluntad típica dirigida a producir el resultado, ante un riesgo remoto de producirlo, la intensidad de la voluntad se «desinfla» y como tal no puede dirigir idóneamente el riesgo. Desde esta perspectiva, aunque el sujeto desee producir el resultado, no es lógico afirmar, en términos jurídico-penales, que realmente lo quería producir cuando su representación se basa en la certeza de su baja probabilidad. De allí su menor desvalor. En suma, desde esta mirada volitiva, el caso Thyrén podría interpretarse como dolo eventual no porque falte la voluntad, sino porque su escasa eficacia representativa la convierte en una aceptación abstracta más que en una intención concreta.

2.3.1.2. Enfoque desde el elemento cognitivo del dolo

Una alternativa para calificar el caso Thyrén como hecho doloso surge desde la teoría cognitiva, que define el dolo por la sola concurrencia del conocimiento del riesgo. En este enfoque los grados de conocimiento, normalmente, quedan referidos a los grados de probabilidad objetiva, siendo el dolo más grave el que abarca un conocimiento de la elevada probabilidad de producir el resultado y el dolo más leve el que contempla la remota o baja probabilidad¹⁰⁸.

2.3.1.2.1. Tesitura de la intención o dolo directo de primer grado

Algunas concepciones cognitivistas resuelven en caso Thyrén como un supuesto de dolo directo de primer grado o intención, aunque sus fundamentos difieren del enfoque volitivista. Desde esta tesitura se argumenta que la intención del tirador inexperto compensa la baja probabilidad objetiva

que el resultado sea puesto en reemplazo del dolo.

- 106 De esta tesitura, la jurisprudencia alemana comentada en ROXIN, C., 1997, ob. cit., pág. 450; MIR PUIG, S., 2011, ob. cit., pág. 276, señala que no se exige la aceptación del resultado delictivo, sino la aceptación de la conducta capaz de producirlo.
- 107 Podría compatibilizar con esta afirmación la concepción volitivo-normativa del dolo de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2008, ob. cit., págs. 364-365, nota al pie 79. Desde este enfoque, el caso Thyrén puede interpretarse como dolo eventual, en tanto la voluntad del autor —aunque dirigida al resultado— carece de fuerza normativa suficiente por la representación consciente de su baja probabilidad. Lo que subsiste es una aceptación del riesgo, no una intención eficaz.
- 108 Otro enfoque propone graduar la gravedad del conocimiento típico desde los juicios de certeza sobre los grados de probabilidad: certeza o incerteza sobre la elevada, intermedia o baja probabilidad serían algunos de los grados de conocimiento típico. Sobre esta idea, véase, VARELA, L., 2016, ob. cit., págs. 306 y ss.

de producir el resultado y fundamenta la imputación a título de dolo directo de primer grado. Según este enfoque, el «juicio significativo intersubjetivo [del hecho intencionado] puede concluir que concurre una conducta penalmente desaprobada»¹⁰⁹. Este juicio se fundamenta en la «dimensión expresiva de la conducta» y en la «interioridad del agente»¹¹⁰; la intención no se considera como una manifestación interna del ánimo, sino como un hecho intersubjetivo que adquiere relevancia penal por su dimensión expresiva en el plano social. Por ejemplo, la intención del tirador inexperto, combinada con otros factores como el uso de un arma de fuego, atribuye al comportamiento un significado social de desvalor jurídicamente relevante¹¹¹. Algunos pronunciamientos judiciales, en referencia al dolo homicida, sostienen que la «intencionalidad (el *animus*) se objetiva en conductas externas significativas, de modo que la intención del autor forma parte de la configuración objetiva (intersubjetiva) y pública (social-institucional) del acto»¹¹². Es importante aclarar que, según esta tesis, la intención no se desvalora como un hecho subjetivo, sino intersubjetivo. La «intención del agente tiene relevancia significativa» ya «en el juicio sobre la tipicidad objetiva de su conducta»¹¹³, mientras que en la imputación subjetiva «lo decisivo es que el sujeto se represente el sentido de su hecho»¹¹⁴. Asimismo, dado que la conducta del tirador inexperto es *ex ante* objetivamente menos peligrosa, la pena debe ser atenuada en concordancia con el desvalor objetivo tanto en caso de consumación como en el supuesto de la tentativa¹¹⁵. También, dentro de esta tesitura se presenta

109 SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit., pág. 725 (10/69).

110 SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit., pág. 725 (10/69).

111 SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit., pág. 725 (10/70). De modo bien claro: «la apreciación intersubjetiva de una intención en el agente puede compensar un déficit de idoneidad lesiva de la conducta que realiza», incluso, también puede compensar la de «una representación de una posibilidad de lesión inferior a la propia del dolo eventual», pág. 863 (12/18).

112 Véase, la STSJ AND 12414/2021, del 29 de septiembre. Ponente: José Manuel de Paul Velasco. ECLI:ES:TS-JAND:2021:12414. El tribunal entendió que «la intencionalidad homicida del agente, cuando menos a título de dolo eventual, fluye sin margen razonable de duda del conjunto de circunstancias concomitantes, y en especial de la propia objetividad de sus dos acciones (...)». En el caso, el acusado había realizado en dos oportunidades dos cortes del latiguillo de freno en dos vehículos distintos de dos víctimas (de su esposa y de su amiga), lo que evidenció un «riesgo cierto y evidente de un accidente grave» en potencia y la inequívoca intención del autor, que «si no buscaba directamente la muerte de los sujetos pasivos, cuando menos la asumía como consecuencia probable» (FJ Tercero). Los riesgos no llegaron a materializarse, quedando el hecho caratulado como tentativa idónea de dos homicidios, por cuanto «el corte de un latiguillo de freno, con la consiguiente anulación del sistema de frenado hidráulico del automóvil, es una acción con aptitud genérica para producir un accidente de posible resultado mortal, que genera una posibilidad, pequeña si se quiere, pero no irreal, de que se produzca ese resultado» (FJ Cuarto).

113 SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit., pág. 862 (12/17). Las voliciones y estados desiderativos (deseo positivo, indiferencia, deseo negativo), que acompañan a las cogniciones del sujeto «no afectan a la imputación subjetiva», sino que deben ser de consideración en el «juicio sobre el significado de la conducta del agente, que es propio de la doctrina del comportamiento desaprobado» de la atribución objetiva, págs. 864-865 (12/22).

114 SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit., pág. 862 (12/17). Sobre este concepto de dolo, así, también, VARELA, L., 2016, ob. cit., págs. 239 y ss., *passim*.

115 El castigo de la tentativa del caso Thyrén en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Seminario de Derecho penal e Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela (coordinadores), Santiago de Compostela, 1989, págs. 684-685, nota al pie 26.

el argumento que el caso Thyré se castiga como un supuesto de dolo directo de primer grado, pero sin desvalorar la intención¹¹⁶. Desde el prisma social, el caso del tirador inexperto se considera doloso, encajando en las tesis funcionalistas basadas en argumentos normativos del dolo. Estas postulan que el resultado debe imputarse con base en los fines de la prevención general de la pena. Según esta doctrina, todas las conductas humanas tienen un significado social en función de su exteriorización, y algunas de ellas son particularmente aptas para generar resultados que la sociedad consideraría merecedores de castigo. Desde esta perspectiva comunicativa, el caso del tirador inexperto se presenta como una conducta característica de homicidio doloso, que debe ser sancionada en el caso de la consumación¹¹⁷, pero, no necesariamente en el supuesto de la tentativa, justamente, por la ausencia de suficientes razones preventivas¹¹⁸. En el caso Thyré el sujeto realiza un «juicio de concreta aptitud lesiva», por lo que el dolo se atribuye sin tener en cuenta la intención¹¹⁹. El tirador actúa sobre la base del conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado, por lo que ante esta situación el autor debería desistir de su acción. Si no lo hace, porque busca el resultado, entonces, se imputa dolo¹²⁰. Algunas de las críticas dirigidas a esta postura pasan por el concepto de aptitud lesiva de la conducta, que parecería no encajar demasiado bien con el caso Thyré. En casos de probabilidad ínfima —como Thyré—, difícilmente el autor pueda asignar racionalmente a su conducta una *aptitud lesiva* efectiva. Esto dificulta que el conocimiento del riesgo se convierta en base sólida para un juicio penal típicamente desaprobado. Por el contrario, lo que terminaría por enervar el dolo en estos casos sería la impresión que la acción de *disparar a otro* causaría ante la sociedad, que, dado los conocimientos estandarizados, percibiría el caso Thyré como un supuesto doloso grave. Así, algunas posturas cognitivistas acaban reafirmando una concepción híbrida, donde la intención persiste como criterio de desvalor, a pesar de que el modelo exige cen-

Señala este autor: «expresado en forma de tesis: hay casos en los que la presencia de dolo determina que, pese a la escasa probabilidad *ex ante* de producción del resultado, concluyamos que se trata de riesgos penalmente relevantes (y, por tanto, no meras tentativas irreales impunes). Ahora bien, dichos casos, tanto si se quedan en meras frustraciones como si llegan a consumarse, merecen, dado su inferior contenido de injusto respecto a los casos «standard», una atenuación, eventualmente desbordante del marco típico». En este planteamiento, la tentativa del caso Thyré merecería una doble atenuación: una por la menor potencialidad lesiva del riesgo y otra por el grado de ejecución, que no ha alcanzado al resultado. También en, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en *Indret Penal*, núm. 2, 2007, págs. 10 y ss. A favor de la atenuación de la pena en Thyré, desde la concepción significativa de la acción, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., 2019, ob. cit., pág. 163.

- 116 GIMBERNAT ORDEIG, E., 1962, ob. cit., págs. 566, 572; GIMBERNAT ORDEIG, E., 1966, ob. cit., págs. 39, 149-150, 156.
- 117 Así, por todos, RAGUÉS I VALLÉS, R., 1999, ob. cit., pág. 476. Este autor afirma que, el disparar apuntando a otra persona se [des]valora desde un prisma social como *especialmente apto* para producir un resultado de muerte. A favor del castigo como homicidio doloso en supuestos idénticos al caso Thyré, Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, München, 1983, pág. 21; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Heiner Alwart (colaborador), Mohr Verlag, Tübingen, 1982, pág. 206.
- 118 RAGUÉS I VALLÉS, R., 1999, ob. cit., pág. 476. Este autor parece no estar a favor del castigo de la tentativa dolosa de riesgos mínimos no permitidos (pág. 170).
- 119 RAGUÉS I VALLÉS, R., 1999, ob. cit., pág. 476; cursivas en el original.
- 120 Mauricio RETTIG ESPINOZA, «Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal», en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 6, 2024, pág. 138.

trar la imputación exclusivamente en el *conocimiento certero* del riesgo. Esto debilita su consistencia intelectualista y la aplicación autónoma del dolo más allá del resultado¹²¹.

2.3.1.2.2. Tesitura del dolo eventual

Desde el enfoque cognitivo, el dolo eventual se fundamenta en la teoría de la probabilidad (o representación), entendiéndolo que el autor advierte el resultado como muy probable o altamente probable de producirse. Sin embargo, en el caso del tirador inexperto, el autor no se representa una elevada probabilidad de acertar, sino una muy remota de dar en el objetivo. En consecuencia, el dolo eventual fundado en la probabilidad representada no sería aplicable al caso Thyrés. Así, una aplicación rigurosa de esta teoría remite la solución a la esfera de la culpa consciente o con previsión, dado el carácter remoto del resultado. Existen, sin embargo, posturas que amplían el radio interpretativo del dolo eventual, admitiendo representaciones del riesgo incluso cuando la probabilidad de resultado es baja, pero no insignificante¹²². En clave comparativa, el concepto norteamericano de *recklessness* permite encuadrar el caso Thyrés como dolo eventual, al asumir que el tirador incurre en una conducta que representa una desviación grosera de los estándares prudenciales exigibles; esto es, un riesgo socialmente irracional e injustificado, asumido con conciencia de sus posibles consecuencias lesivas¹²³. En conclusión, desde ciertas concepciones cognitivas y normativas, el caso Thyrés podría ser subsumido como dolo eventual, no por la intensidad de la voluntad del agente, sino por el juicio social y técnico sobre la irracionalidad del riesgo conscientemente emprendido contra un bien jurídico de relevancia penal.

-
- 121 Algo muy similar sostiene SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 145, cuando explica el dolo eventual: «pues resolver si el autor actúa con dolo o sin él, tendría que ser —aun para el más terco resultatista— un punto necesariamente independiente de si se terminó matando, al final, a un ciervo o a un hombre, o rompiendo una manzana o la cabeza del amigo».
- 122 Los riesgos con resultados no improbables dan lugar al dolo eventual. Así, Günther JAKOBS, *Derecho Penal, Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. corregida, Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo (traductores), Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 327. También, desde la perspectiva del dolo eventual como conocimiento del peligro concreto, Patricia LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 431 y ss., siempre que el autor haya comprendido el riesgo inherente a su conducta, aunque lo perciba como remoto. Con algunas críticas a la teoría de la probabilidad, José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, núm. 2, 1986, pág. 397. Este autor señala que, los resultados a los que conduce esta teoría resultan poco convincentes en aquellos supuestos en donde «el autor produce el resultado que desea obtener con medios que hacen improbable alcanzarlo, v. gr., el mal tirador, a gran distancia y apuntando mal, de todos modos da en el blanco y mata a quien quería matar».
- 123 El ejemplo de laboratorio, que se puede asimilar a Thyrés, señala: sobre una mesa hay mil pistolas de las cuales solo una se encuentra cargada con sus respectivos proyectiles. El sujeto1 conociendo esta circunstancia escoge al azar una de ellas y dispara contra el sujeto2, a quien mata. La solución al caso argumenta que el sujeto1 ha creado un riesgo de muerte muy pequeño (un décimo del 1 %), pero un riesgo socialmente injustificado e inútil, que se desvía de los estándares intersubjetivos de prudencia, dando lugar a una pena por homicidio con *recklessness*. Este ejemplo se toma de la obra de Nicolás OXMAN VILCHES, «El elemento volitivo del dolo: una investigación de Derecho penal comparado y filosofía del lenguaje», *Tesis doctoral leída en la Universidad de Valencia*, España, 2016, págs. 244-245 (disponible en TESEO), en mención al caso de *Wayne LaFave*.

2.3.2. Posturas a favor del tipo imprudente o de la imputación imprudente

Otros argumentos asumen que el caso del tirador inexperto debería resolverse como un supuesto de homicidio imprudente¹²⁴. Esto se debe a que, el conocimiento de una probabilidad objetivamente ínfima de causar el resultado no configura dolo, aunque concurra una intención homicida¹²⁵. Según esta visión, los principales fundamentos son los siguientes: el riesgo representado por el autor y su sentido social no pueden objetivarse a los fines de la imputación. En su lugar, se considera el sentido social que el hombre medio, en lugar del autor, otorgaría a ese tipo de riesgos ínfimos, concluyendo que se trata de un delito imprudente. En contextos donde el riesgo es cuantitativamente insignificante y se trata de peligros de entidad menor, que no superan el umbral del riesgo permitido, solo puede hablarse de un delito imprudente y no doloso, aunque el autor actúe con intención¹²⁶. Esto se explica porque tales conductas reflejan «pretensiones objetivamente extravagantes», aunque «compatibles con una base epistémica o afectiva individual»¹²⁷, pero, evidentemente incompatible con los estándares racionales de conductas exigibles. Este apartamiento normativo del tirador, aunque defraudador de expectativas, no alcanza la intensidad comunicativa propia del dolo. Por tal razón, en el caso Thyrén, donde el riesgo generado es insignificante desde una perspectiva objetiva, esta postura sostiene que la imputación más ajustada sería por imprudencia¹²⁸, en tanto la atribución dolosa resultaría desproporcionada frente al estándar social de valoración del peligro.

2.4. Tesis que niega la atribución objetiva, pero afirma la imputación subjetiva

Esta tesis sostiene que, el tirador inexperto no genera un riesgo penalmente relevante desde una perspectiva objetiva, pero sí desde una perspectiva subjetiva. Como consecuencia, se postula una responsabilidad penal fundada exclusivamente en la tipicidad subjetiva. En particular, algunos sectores del finalismo moderno afirman que la imputación dolosa puede proceder incluso cuando no concurren los presupuestos tradicionales de la imputación objetiva. El análisis se desplaza desde la peligrosidad abstracta de la conducta hacia las características volitivas del autor, atribuyendo especial peso a su intención de producir el resultado¹²⁹. Según esta postura, el juicio de previsibilidad

124 Así, Max-Ludwig MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr Verlag, Tübingen, 1912, págs. 45, 46, 52. Para este autor, en este caso, concurren tanto la contrariedad objetiva como la subjetiva a la norma, y aunque existe una intención homicida, se trata en realidad de un caso de imprudencia. Esto se debe a que el nivel de peligro generado por la acción, que fundamenta la contrariedad a la norma jurídica, no alcanza el grado necesario para configurarse el dolo. También, para Wilhelm SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre: eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3.ª ed., De Gruyter, Berlin, 1955, pág. 178 (uno de los pocos autores que defienden un concepto cognitivista puro del dolo) los casos de posibilidad remota solo se tienen en cuenta en la imprudencia (la intención no define el dolo). Algunas consideraciones al respecto en RAGUÉS I VALLÈS, R., 1999, ob. cit., págs. 68 y ss., pág. 71.

125 Así, MÜLLER, M.-L., 1912, ob. cit., pág. 51.

126 Marco Antonio BUSTINZA SUI, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, ARA Editores, Lima, 2016, pág. 195.

127 PÉREZ BARBERÁ, G., 2011, ob. cit., págs. 767, 768 y ss.

128 PÉREZ BARBERÁ, G., 2011, ob. cit., págs. 769, 770, 774 y ss.

129 María Ángeles RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, págs. 150-151. Para esta autora el elemento

no puede construirse solo sobre parámetros objetivos —como el grado de probabilidad de ocurrencia—, sino que debe incluir factores subjetivos, como la voluntad de realización¹³⁰. De hecho, esta tesis responde a una preocupación normativa: cuando el sentimiento de justicia clama por un reproche, la dogmática busca justificarlo mediante la peligrosidad integrada en la intención del autor¹³¹. Así, se argumenta que la conducta del tirador, aunque objetivamente *ex ante* no peligrosa, revela un dolo con sentido social típico de matar en términos abstractos¹³². La intención —entendida como voluntad eficaz dirigida a la producción del resultado— se convierte en el eje central de la imputación, compensando la falta de un riesgo típicamente relevante¹³³. Desde este enfoque, el dolo funciona como guía de la acción y condiciona el tipo objetivo¹³⁴. En consecuencia, el peligro se interpreta en función de las representaciones del autor y de las circunstancias cognoscibles que influyen en la ejecución¹³⁵. Bajo esta tesis, el resultado penal se atribuye a título de dolo, incluso si la acción no supera el umbral del riesgo permitido desde una óptica objetiva¹³⁶. Sin embargo, esta resolución genera tensión dogmática. La crítica principal radica en que sustituye el juicio objetivo de imputación por la mera concurrencia de la intención del autor¹³⁷. Surge así un dilema jurídico: ¿puede afirmarse dolo directo en quien «quiere mucho», pero se «representa poco»? En otras palabras, resulta cuestionable cómo una probabilidad objetiva inocua para producir el resultado,

volitivo del dolo «se caracteriza por contener un momento objetivo que se refiere a la posibilidad de influir sobre el acontecer en tanto en cuanto pone a su disposición una relación de causalidad tendente, según el conocimiento nomológico disponible, a la producción de un resultado» (pág. 152).

- 130 RUEDA MARTÍN, M. A., 2001, ob. cit., pág. 140. Para la doctrina finalista, tal como lo señala Luis GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 246, la peligrosidad objetiva de la acción no es en el esquema finalista ningún elemento del tipo de los delitos dolosos. Por el contrario, el desvalor penal del homicidio doloso consumado que se sanciona en el caso Thyrén radica en la intención del autor, *objetivada* en el mundo exterior mediante el acto de disparar con ánimo de matar y lograr efectivamente ese resultado.
- 131 RUEDA MARTÍN, M. A., 2001, ob. cit., pág. 135 con nota al pie 47.
- 132 RUEDA MARTÍN, M. A., 2001, ob. cit., págs. 152 y ss. Véase un comentario crítico a la tesis de *Rueda Martín* en Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Recensión a Rueda Martín, María Ángeles: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto, JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, 479 páginas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 13, 2004, págs. 488 y ss.
- 133 Fundamenta la pena del caso Thyrén en la peligrosidad subjetiva del autor, RUEDA MARTÍN, M. A., 2001, ob. cit., págs. 140, 139, 136. Esta autora, aunque niega la peligrosidad objetiva concreta de la conducta del sujeto, concluye que, dado que este desea el resultado (peligrosidad subjetiva), el hecho debe imputarse como un homicidio doloso. También, GRACIA MARTÍN, L., 1999, ob. cit., págs. 353, 358 y 360, considera que en el caso Thyrén no hay acción peligrosa (la producción del resultado aparece *ex ante* como una consecuencia absolutamente improbable), pero sí hay tentativa inidónea punible a la luz del art. 16.1 del CPes.; de forma tal que, si el resultado se produce, el hecho se castigará como un homicidio consumado. Similar, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, págs. 104-105, 146. Este autor considera que se trata de un caso de tentativa inidónea, pero no punible a la luz del art. 16.º 1 del CP español.
- 134 RUEDA MARTÍN, M. A., 2001, ob. cit.
- 135 RUEDA MARTÍN, M. A., 2001, ob. cit., pág. 146.
- 136 RUEDA MARTÍN, M. A., 2001, ob. cit.
- 137 Para una crítica más detallada de la postura de *Rueda Martín*, véase, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2004, ob. cit., págs. 486 y ss.

combinada únicamente con la intención del autor, puede ser suficiente para sostener un reproche basado en el dolo¹³⁸. La problemática se acentúa si el resultado no se produce. Según esta lógica, el autor respondería por tentativa de homicidio doloso, a pesar de que la peligrosidad objetiva de su conducta sea insignificante. Esta extensión del dolo plantea dudas sobre la validez jurídica del reproche y sobre el equilibrio necesario entre los elementos objetivos y subjetivos en la fundamentación penal. En definitiva, este enfoque revela los límites teóricos de las construcciones normativas cuando el deseo de castigo supera la racionalidad estructural del tipo. El debate permanece abierto: ¿hasta qué punto puede la voluntad compensar la ausencia de peligro?

3. Recapitulación de las resoluciones jurídico-penales al caso Thyrén

A lo largo del estudio del caso Thyrén, se han identificado diversos enfoques que coinciden en señalar la baja peligrosidad objetiva respecto de la producción del resultado lesivo. Para algunos autores, esta insuficiencia impide afirmar la atribución objetiva del hecho, en tanto la conducta se percibe como penalmente atípica. Sin embargo, otras perspectivas sostienen que incluso un riesgo *ex ante* reducido puede justificar la atribución penal, siempre que se encuentre acompañado por elementos como la intención del autor, su disposición al dominio del peligro o, en ciertos casos, por una estructura fáctica fundada en probabilidades o razonamientos basados en las leyes del azar. La divergencia interpretativa se acentúa al abordar el aspecto subjetivo, en particular, los componentes del dolo que podrían habilitar la imputación. Las posturas volitivas —clásicas y modernas— colocan el énfasis en la voluntad de realización como elemento determinante, mientras que otras corrientes, de corte cognitivista, priorizan el conocimiento del riesgo como base de la imputación dolosa. Así, el debate central se despliega en el equilibrio dogmático entre la peligrosidad objetiva de la conducta y los factores subjetivos del autor. La figura del tirador inexperto se convierte en catalizador de este dilema, al plantear la tensión entre lo socialmente considerado como insignificante y lo internamente querido o representado. En conclusión, el caso Thyrén demuestra cómo ciertos riesgos improbables —aunque no imposibles— pueden generar consecuencias penalmente relevantes, lo que demanda una renovación de las herramientas dogmáticas empleadas para su análisis.

VIII. Resolución propuesta

Las siguientes circunstancias acompañantes resultan esenciales para delimitar la relevancia penal del caso Thyrén y su adecuada imputación jurídica: (i) uso de arma de fuego como medio especialmente peligroso y determinante en la configuración de la conducta; (ii) inexperiencia del autor en el manejo de armas de fuego; (iii) amplia distancia entre el punto de disparo y la ubicación de la víctima; (iv) un único intento que, no obstante, alcanza su objetivo; y, (v) afectación de un bien jurídico personalísimo: la vida humana o la integridad física. Estos elementos poseen implicancias singulares en la construcción de los fundamentos de la responsabilidad penal atribuible al caso.

138 Desde esta perspectiva, el disparo del tirador no constituye un riesgo penalmente significativo para la vida humana, ya que no puede considerarse peligrosa la abstracta posibilidad de que un factor imprevisible provoque el resultado. Este comentario es de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 2004, ob. cit., pág. 487 en referencia a la solución de *Rueda Martín*.

1. Perspectivas de análisis: *ex ante* y *ex post*

En el examen penal posterior a un hecho delictivo como el ocurrido en Thyrés, emergen dos enfoques metodológicos fundamentales: la perspectiva *ex ante* y la *ex post*. La perspectiva *ex ante* sitúa al juzgador en el momento de la asunción del riesgo por parte del autor, proyectando una mirada evaluativa hacia el instante en que se toma la decisión de actuar. El riesgo, en este modelo, se analiza desde el punto de partida subjetivo y situacional del autor. Por su parte, la perspectiva *ex post* reubica el análisis en el momento de la producción del resultado, valorando retrospectivamente las consecuencias efectivamente generadas por la conducta. A efectos expositivos, se propone distinguir ambas perspectivas mediante formulaciones simbólicas: el «tirador inexperto»¹³⁹, «pésimo tirador»¹⁴⁰ o «mal tirador»¹⁴¹ encarna la mirada *ex ante*, focalizada en el diseño y valoración del riesgo asumido. En cambio, el «francotirador afortunado»¹⁴² representa el enfoque *ex post*, centrado en el resultado efectivo y sus implicancias normativas. Estas nomenclaturas facilitan la vinculación conceptual entre los momentos temporales y los distintos planos de análisis de la responsabilidad penal. En conjunto, ambas perspectivas proveen herramientas complementarias para abordar de forma más precisa la resolución jurídica del caso Thyrés.

1.1. Perspectiva *ex ante*

La asunción de un riesgo de matar con baja probabilidad de éxito permite sostener dos lecturas contrapuestas: por un lado, se afirma que no existe peligro serio para el bien jurídico vida humana, pues los riesgos remotos rara vez se concretan¹⁴³ (ley única del azar). Por otro lado, se sostiene que incluso un peligro remotamente probable puede considerarse relevante penalmente, aun si el resultado no se produce (principio de indiferencia o de razón insuficiente). Si se adopta esta última perspectiva, el factor azar se incorpora al juicio de peligrosidad *ex ante* como parte del conocimiento atribuible a cualquier persona razonable. En consecuencia, incluso una probabilidad remota puede considerarse peligrosa para el bien jurídico¹⁴⁴, aunque no todo lo probable se materialice¹⁴⁵. En el caso Thyrés, si bien resulta previsible que el disparo alcance a la víctima, no puede asegurarse tal desenlace hasta que se complete toda la secuencia. Durante la ejecución, el suceso improbable abandona el plano abstracto y se materializa en el mundo causal, producto de una intervención

139 Así, la mayoría de la doctrina.

140 Así, BACIGALUPO ZAPATER, E., 1999, ob. cit.

141 PÉREZ BARBERÁ, G., 2011, ob. cit., págs. 769, *passim*.

142 Así, PANTALEÓN DÍAZ, M., 2022, ob. cit.

143 Un argumento similar se presenta en el fundamento del castigo de la tentativa supersticiosa, que por su absoluta irracionalidad produce más compasión que preocupación. Esta idea en Reinhart MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, José Córdoba Roda (traductor y notas de Derecho español), tomos I-II, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 195, quien enseña que en la tentativa con medios absolutamente irreales (en especial, la tentativa supersticiosa), no se daba «ni un peligro abstracto ni un peligro concreto; la voluntad de rebeldía del autor no produce preocupación sino compasión».

144 Así, en la STSJ CV 9532/2020, del 29 de junio. Ponente: José Francisco Ceres Montes. ECLI:ES:TSJ-CV:2020:9532, se desestimó la apelación a la condena por un delito de abuso sexual en concurso ideal con un delito de lesiones. En la sentencia recurrida se afirmó, que no se puede descartar la realización de un resultado poco probable: «(...) aportando datos objetivos sobre dicha posibilidad, que, aunque remota, no es descartable por el mero hecho de su escasa probabilidad» (FJ Segundo).

145 Sobre la posibilidad, y sus grados, BUNGE, M., 1969, ob. cit., págs. 149, 148 y ss.

voluntaria que activa el azar. La intervención del tirador en las leyes del azar¹⁴⁶ es lo que permite que una probabilidad remota pueda concretarse¹⁴⁷. Este acto de darle una oportunidad al azar constituye el desvalor de acción del autor, por introducir conscientemente un riesgo en el curso causal. La asunción consciente de un riesgo extravagante, aunque menos lesivo que uno regular¹⁴⁸, puede entenderse como darle una chance al azar¹⁴⁹, penalmente relevante. Por ejemplo, si un sujeto lanza una piedra desde su terraza hacia la calle, representándose una probabilidad remota de lesionar a un transeúnte —pero también la posibilidad de que no ocurra daño alguno— su acción podría interpretarse como un dolo alternativo entre lesión y no lesión, dentro del campo del dolo eventual¹⁵⁰. El

-
- 146 Véase Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, «El dolo eventual», en *Colección de Estudios de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 26, 2002, pág. 25: «para imputar la realización de un tipo a título de dolo no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino simplemente saber que la realización del hecho típico queda en manos del azar y que se ha hecho o se hará lo suficiente o necesario para lesionar a otro». En la filosofía hegeliana, se asume que actuar significa entregarse a la ley de la contingencia.
- 147 Un planteamiento de esta naturaleza se aproxima a las teorías de la posibilidad de Felix Friedrich BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Wilhelm Koebner, Breslau, 1885, pág. 17; ya antes, Adolf VON WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», en *Archiv des Criminalrechts*, 1857, pág. 599 (que empleaba el término posibilidad como sinónimo de «no improbabilidad»). Actualmente, a favor de las teorías de la posibilidad, Jakobs, G., 1997, ob. cit., págs. 316 y ss., pág. 327; Eberhard SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (dolos eventualis und bewußte Fahrlässigkeit)», en *Juristische Schulung*, 1980, págs. 241-242 y ss. (quien exige una concreta posibilidad de realización del tipo penal). En contra de aplicar el dolo en riesgos simplemente posibles, requiriendo que el resultado haya sido previsto como probable, HAGEN, K., 1899, ob. cit., págs. 177 y ss. En todo caso, lo que se advierte de algunos partidarios de la teoría de la probabilidad es que esta opera con un correctivo: cuando concurre intención en el sujeto basta la mera posibilidad, como en el caso del tirador inexperto. Así, por ejemplo, W. LACMANN, «Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1911, pág. 121. Advierte también esto último, RAGUÉS I VALLÉS, R., 1999, ob. cit., pág. 69. Del mismo modo, compensando el indicador objetivo «baja probabilidad» (-) con el indicador subjetivo «intención» (+), puede darse lugar al dolo, así, Lothar PHILIPPS, «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en Bernd Schünemann y otros (editores), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlin, 2001, pág. 375. Similarmente, SCHÜNEMANN, B., 2002, ob. cit., pág. 107, que afirma que frente a una probabilidad mínima puede afirmarse el dolo, solo si concurre una intención dirigida a lesionar el bien jurídico.
- 148 También considera que en este caso concurre ya *ex ante* un riesgo penalmente relevante, al que cabe imputar objetivamente el resultado, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 1989, ob. cit., págs. 684-685, nota al pie 26.
- 149 En la época de la fiebre amarilla la cura de la misma podría haberse entendido como un milagro, cuando en verdad el enfermo pudo haber consumido la fruta que contenía la medicina natural del virus, pero para ese entonces dicha circunstancia era desconocida. Sobre el azar como la ignorancia de las causas reales, véase BUNGE, M., 1997, ob. cit., págs. 318, 316 y ss. En verdad, la falta de explicación de un suceso puede deberse al propio desconocimiento del que quiere explicarlo o a ciertas limitaciones epistemológicas sobre lo cognoscible. Sobre ello, también, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2002, ob. cit., págs. 92 y ss.
- 150 Sobre el dolo alternativo, Jan C. JOERDEN, «Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 95, núm. 3, 1983, págs. 565 y ss.; también, Martin FISCHER, *Wille und Wirksamkeit: Eine Untersuchung zum Problem des «dolus alternativus»*, Peter Lang AG, Frankfurt am Main,

tratamiento de estos riesgos remotos depende del modelo de análisis asumido: algunos enfoques sostienen que deben ser castigados si comprometen bienes jurídicos relevantes, mientras que otros plantean que el Derecho penal no debe intervenir, dado que no alcanzan a amenazar la estructura social ni a perturbar expectativas legítimas de protección. Sea cual fuere el enfoque, se reconoce que el ser humano no domina el azar como tal, sino que controla la oportunidad que le concede para desempeñar un papel en el desenlace. Este es el punto neurálgico donde se fundamenta la atribución objetiva, y con ella, la imputación subjetiva¹⁵¹ en casos como Thyrés. Por ello, el debate gira en torno a cuán penalmente relevantes son los riesgos remotos, y cómo deben integrarse en los juicios de imputación, equilibrando las exigencias de prevención con las limitaciones del reproche penal. Estas aproximaciones subrayan la complejidad del análisis, aportando herramientas dogmáticas para abordar casos límite que desafían el entendimiento tradicional del dolo y del riesgo.

1.2. Perspectiva *ex post*

Cuando el disparo no alcanza a la víctima, podría sostenerse que el resultado no era siquiera mínimamente probable. Por el contrario, si el disparo logra el resultado, ello podría revelar una subestimación en el juicio *ex ante* respecto de la probabilidad del suceso. La primera conclusión es cuestionable, dado que muchas posibilidades peligrosas jamás se actualizan¹⁵²; la segunda, en cambio, se impone con la fuerza de un resultado consumado. Sin embargo, fundamentar el reproche penal exclusivamente desde una perspectiva *ex post*, soslayando el verdadero nivel de peligrosidad *ex ante*, conduciría a una punición desmesurada, donde cualquier resultado sería castigo merecido. El equilibrio entre ambos momentos, valorando tanto los imponderables del peligro como la voluntad de matar, muestra que el resultado pudo acaecer... o no. Desde la óptica dogmática, la tentativa resulta ineludible; aunque desde consideraciones político-criminales, la respuesta penal podría parecer excesiva. En estos escenarios, se torna imprescindible contar con fundamentos sólidos que legitimen el castigo. Por ejemplo, dadas las circunstancias excepcionales del hecho, podría sostenerse que la punición se restrinja a hipótesis de tentativa grave que involucren bienes jurídicos de máxima jerarquía —como la vida humana, la libertad individual, la salud pública o la seguridad colectiva— o en situaciones de urgente necesidad de prevención general. Omitir el reproche penal en estos casos podría llevar a afirmaciones contradictorias, como suponer que una acción dolosa de matar que concretó el resultado no puso en peligro la vida de la víctima. En conclusión, este análisis subraya la necesidad de articular las perspectivas *ex ante* y *ex post* bajo una lógica integradora entre la teoría del delito y las exigencias de la política criminal, para fundamentar de forma rigurosa la punición en escenarios complejos como el caso Thyrés.

1993; Alfonso GALÁN MUÑOZ, «El denominado „dolo alternativo“. Un caso entre el curso de leyes y el de delitos», en *Revista Penal México*, núm. 5, 2013, págs. 142 y ss.

151 Un argumento similar en la sentencia anteriormente comentada sobre los cortes del latiguillo de freno: la STSJ AND 12414/2021, del 29 de septiembre: «la producción del resultado mortal pretendido o asumido por el acusado dependía de que concurriera además toda una cadena de factores desfavorables imprevisibles, cada uno de los cuales no era en sí mismo especialmente probable y cuya concurrencia conjunta habría supuesto un caso extremo de mala fortuna» (FJ Quinto). Se entiende que mala fortuna sería para las dos víctimas de los hechos y buena fortuna para el acusado que obraba con intención homicida, pero que no pudo concretar.

152 BUNGE, M., 1969, ob. cit., págs. 148-149.

2. Resolución del caso Thyren

La resolución se abordará, en primer término, desde la atribución objetiva de la conducta y del resultado y, en segundo lugar, desde la figura del dolo directo de primer grado, contemplando los supuestos de tentativa y de consumación, así como la gravedad de la pena merecida y necesaria en proporción al injusto penal. Este trabajo propone una diferenciación valorativa entre las decisiones de voluntad que incorporan el azar como elemento estructural del plan delictivo y aquellas en las que dicho componente está ausente. Aunque el resultado pueda ser obra exclusiva de la causalidad, ello no impide que el autor cuente con el azar como parte de un proyecto idóneo para la producción del resultado. Cuando no existe margen alguno de realización azarosa, el riesgo asumido deviene en imposibilidad objetiva y, por tanto, impunidad jurídica. Ejemplos como disparar desde tierra con un arma de corto alcance hacia un avión que vuela a diez mil metros de altura, con la intención de abatir al piloto, configuran no un riesgo humano remotamente actualizable, sino un riesgo ontológicamente imposible, propio de una falsa intención o ilusión atípica. La concurrencia de la intención requiere, como condición mínima, la posibilidad efectiva de alcanzar el objetivo. El concepto de imposibilidad física o natural refiere a aquellos supuestos que exceden las leyes de la naturaleza, neutralizando cualquier capacidad operativa del plan delictivo¹⁵³. Este marco analítico enfatiza la necesidad de distinguir entre riesgos extravagantes —aquellos cuya actualización depende del azar— y riesgos imposibles —que, por su propia naturaleza, trascienden toda imputación penal—. Esta distinción resulta clave para una valoración dogmática rigurosa y para la delimitación de la imputación penal de la falsa intención.

2.1. Atribución objetiva

El principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*) establece que, en un Derecho penal fundado en el respecto a las libertades individuales¹⁵⁴, solo pueden prohibirse conductas que lesionen bienes jurídicos relevantes o intereses sociales protegidos¹⁵⁵. Su función consiste en legitimar —y simultáneamente limitar— el poder punitivo del Estado, trazando la frontera entre lo penalmente permitido y prohibido. Esta delimitación exige la consideración conjunta de factores empíricos y normativos: el tipo de actividad, los riesgos inherentes a su ejecución, la idoneidad para producir el resultado, el índice de probabilidad objetiva, la naturaleza del bien jurídico, la reacción social frente al peligro y sus consecuencias. Así, el grado de peligrosidad deviene de decisiones político-criminales que, dentro del marco del Derecho penal, regulan los riesgos aceptables según el contexto social y el tipo de criminalidad. Un riesgo se considera penalmente adecuado cuando supera el umbral de pretendibilidad objetiva¹⁵⁶, es decir, cuando cumple con los estándares probabilísticos y normativos exigidos que la norma penal exige¹⁵⁷. En términos sencillos: el riesgo será jurídicamente relevante si posee una dosis significativa de peligrosidad capaz de amenazar el bien jurídico en juego, según las valoraciones sociales dominantes. En el proceso de imputación objetiva

153 Jaime BALMES, *El criterio*, Imprenta de Antonio Brusi, Barcelona, 1845, pág. 25.

154 ALCÁCER GUIRAO, R., 1996, ob. cit., pág. 481.

155 Sobre el principio, también conocido como ofensividad o dañosidad, como punto de partida de la antijuridicidad penal, véase, MIR PUIG, S., 2011, ob. cit., págs. 140, 185; principio propio de un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Así, también, MIR PUIG, S., 1994, ob. cit., pág. 229.

156 Comentada por ROXIN, C., 1997, ob. cit., pág. 367, en referencia a sus creadores *Larenz* y *Honig*.

157 TORÍO LÓPEZ, Á., 1986, ob. cit., pág. 41, se refiere al juicio de pronóstico (dato empírico) y al juicio de valor (dato normativo).

del riesgo y el resultado, la doctrina recurre a la fórmula de la *previsibilidad objetiva*. Esta permite determinar, mediante un juicio hipotético, si la conducta generó un riesgo capaz de desencadenar una lesión jurídicamente reprochable¹⁵⁸. Para ello, se emplea la figura del observador o evaluador objetivo, situado en el lugar y momento de la acción (perspectiva *ex ante*), provisto de conocimientos: nomológicos, sobre el funcionamiento causal y social del entorno; ontológicos, sobre la acción del autor, y especializados, propios del sujeto activo¹⁵⁹. Sin embargo, por razones metodológicas, este trabajo adopta un enfoque restringido: el observador objetivo no incorpora los conocimientos especiales del autor, reservando estos para el análisis subjetivo¹⁶⁰. Solo se consideran conocimientos compartidos de forma intersubjetiva, derivados de la experiencia causal y social¹⁶¹. Aplicado al caso Thyrés, la imputación objetiva exige analizar la relación entre la conducta del tirador y el resultado producido. Desde la perspectiva *ex ante*, la conducta genera un riesgo penalmente relevante —aunque mínimo— dado el bien jurídico involucrado: la vida humana. Desde la perspectiva *ex post*, el riesgo asumido por el sujeto se actualiza en el resultado lesivo, confirmando su relevancia penal. Aunque el riesgo en Thyrés presenta características anómalas, se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma penal del homicidio: disparar un arma de fuego contra un tercero, incluso con baja probabilidad de acierto¹⁶². La peligrosidad se ve reducida por dos factores: la gran distancia entre autor y víctima, y la escasa pericia en el manejo de armas de fuego. Pero incluso un riesgo remoto necesita ser activado para materializarse. Para que el resultado se produzca hay que darle una oportunidad a la probabilidad¹⁶³ —y al disparar, el autor asume un compromiso con el curso causal¹⁶⁴—. Los llamados aquí riesgos extravagantes —riesgos anómalos, que se desvían de los estándares técnicos típicos— pueden resultar atípicos en su forma, pero no necesariamente inidóneos. Por el contrario, pertenecen al dominio objetivo del sujeto cuando existe posibilidad de concreción, aunque sea improbable. Desde la perspectiva *ex post*, la idoneidad se verifica con la producción del resultado. Desde la perspectiva *ex ante*, se evalúa mediante la creación de un estado de peligro abstracto para el bien jurídico. Se trata, por tanto, de un mismo riesgo con doble manifestación: una que evidencia su capacidad para generar un peligro jurídicamente relevante, y otra que refleja su relativa inidoneidad para concretar el resultado esperado. En ambos supuestos

158 ALCÁCER GUIRAO, R., 1996, ob. cit., pág. 484. La previsibilidad objetiva «viene a determinar el deber objetivo de cuidado» como «margen diferenciador entre lo permitido y lo prohibido», que opera tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes (pág. 485).

159 ALCÁCER GUIRAO, R., 1996, ob. cit., pág. 484.

160 Sobre el baremo de la «mejor versión del autor» a utilizar en la imputación subjetiva, VARELA, L., 2016, ob. cit., págs. 363 y ss.

161 Sobre esta postura véase la propuesta en VARELA, L., 2016, ob. cit., págs. 363 y ss.

162 El comportamiento contraría la norma jurídica en los siguientes términos: «cuanto más importante sea el fin señalado en la norma, y menos útil el fin que persigue la acción a juzgar, tanto menor ha de ser el grado de puesta en peligro en virtud del cual la acción, en consideración con la norma, ya será contraria a la norma jurídica». Así, MÜLLER, M.-L., 1912, ob. cit., pág. 38: «(...) je wichtiger der in der Norm gesetzte Zweck ist, und je weniger nützlich der Zweck ist, den die zu beurteilende Handlung verfolgt, umso geringer soll der Grad der Gefährdung sein, deretwegen bereits die Handlung im Hinblick auf die Norm rechtsnormwidrig ist».

163 BUNGE, M., 1969, ob. cit., pág. 148.

164 Para que una posibilidad se realice deben darse unas condiciones mínimas y esta condición mínima es poner en curso el proceso, Véase, BUNGE, M., 1969, ob. cit., págs. 148-149. En otra obra, BUNGE, M., 1997, ob. cit., pág. 152 señala: «(...) la causalidad bien entendida es precisamente uno de los fundamentos de la posibilidad: hace posible la posibilidad».

(acierto o fallo) el hecho resulta punible, ya sea por consumación o por tentativa, debido a la puesta en marcha de un riesgo penalmente significativo. En definitiva, la resolución del caso Thyré exige reconocer que la relevancia penal de un riesgo no se define exclusivamente por su probabilidad estadística, sino por su capacidad de activar un estado de peligro jurídicamente significativo respecto de un bien jurídico protegido. Conforme al *principio de probabilidad mínima*¹⁶⁵, incluso los riesgos extravagantes pueden ser penalmente relevantes si su probabilidad de concreción supera el umbral de cero y afectan a bienes de máxima jerarquía, como la vida humana. Así, el disparo efectuado por el autor, aunque técnicamente improbable, genera un riesgo que el Derecho penal no puede desatender, pues al abrir la puerta causal, se otorga al azar una oportunidad que, en este caso, se concretó en la lesión del bien jurídico más protegido. La imputación objetiva, por tanto, no se funda en la seguridad del resultado, sino en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, en tanto pone en jaque —aunque sea remotamente— un bien jurídico relevante, lo que sitúa la conducta dentro del ámbito de protección penal.

2.2. Imputación subjetiva desde una concepción cognitiva del dolo

Se descarta que el caso Thyré configure un supuesto de dolo directo de primer grado entendido como intención o voluntad lesiva¹⁶⁶. En este contexto, la intención del sujeto cumple una función meramente expresiva (extratípica) sin añadir un desvalor autónomo al hecho desde la perspectiva penal¹⁶⁷. Este trabajo asume que la imputación del dolo se compone únicamente del aspecto cogni-

165 Comentado anteriormente en el epígrafe III de este texto.

166 Véase, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 711.

167 *Silva Sánchez* propone considerar la intención como la «especial conducción final del proceso» que puede, por un lado, suponer el «incremento del riesgo objetivo» y, por otro, «intensificar el contenido de sentido lesivo del hecho», sin alterar la esencia cognitiva del dolo. Así, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed. con adiciones, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2010, pág. 650 (también, en SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2025, ob. cit.). Este enfoque llevaría a valorar la intención no como una forma agravada de dolo, sino como parte del tipo objetivo, interpretándola como un elemento subjetivo objetivizado en el desvalor social de la conducta del sujeto. Desde este planteamiento, la intención actuaría como un «intensificador» del sentido social, añadiendo mayor expresividad jurídico-penal a la conducta típica. *Mir Puig* había señalado previamente que el dolo directo de primer grado aporta un significado simbólico de desprecio o negación al bien jurídico. Véase, Santiago MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 41, núm. 3, 1988, págs. 666-667. Según este autor, la actitud del sujeto confiere a la conducta un mayor o menor grado de oposición al bien jurídico. Así, MIR PUIG, S., 1994, ob. cit., págs. 185 y ss. También, en Santiago MIR PUIG, «Límites del normativismo en Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-18, 2005, págs. 19 y ss. Con argumentos similares, *Molina Fernández* argumenta que la intención se justifica solo si condiciona la lesividad del hecho. Véase, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2001, ob. cit., págs. 722-723. Según este autor, la sociedad valora los actos atendiendo no solo a aspectos objetivos, sino también a la actitud del sujeto hacia el bien jurídico, lo que confiere al dolo directo un mayor grado de claridad respecto de dicha actitud. En la doctrina comparada, FRISCH, W., 1983, ob. cit., págs. 498 y ss. considera que los hechos cometidos con intención generan mayor peligrosidad y conmoción social, revelando una decisión consiente en contra del bien jurídico, lo que justificaría una mayor pena. En contraste, SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 92 argumenta que la distinción entre dolo directo y eventual radica únicamente en el carácter «deseado» de la meta de la acción». Según él, el dolo directo no hace la

tivo del autor. El tirador inexperto actúa desde la representación de un riesgo de baja probabilidad para producir el resultado¹⁶⁸. El grado de probabilidad representado por el sujeto coincide con el grado de probabilidad objetiva, lo cual indica que conoce el riesgo asumido y las circunstancias que condicionan su plan criminal (larga distancia y escasa destreza con armas de fuego). El conocimiento del autor se manifiesta en dos extremos: por un lado, *ex ante*, asume un riesgo idóneo para colocar en peligro abstracto el bien jurídico (vida humana o integridad física); por otro, reconoce la relativa inidoneidad del riesgo para producir el resultado. Esta dualidad se configura por la intervención del azar en el curso causal. Ambas manifestaciones del riesgo quedan integradas en la certeza del autor: por un lado, la certeza de la baja probabilidad de éxito; y por otro, la certeza de la elevada probabilidad de fracaso. Este juicio de elevada certeza sobre la remota probabilidad objetiva del resultado —y no la intención— es lo que configura el dolo directo de primer grado, bajo un enfoque exclusivamente cognitivo. Dado que la certeza recae sobre la baja probabilidad de lesión, el desvalor subjetivo de la acción se reduce proporcionalmente. El disparo, en estas condiciones, se explica por la inclusión del azar en los cálculos del autor —probablemente influido por el sesgo de ilusión de control¹⁶⁹— y no por una voluntad homicida autónoma. La asunción consciente del azar como factor favorecedor se interpreta como una estrategia racional para compensar las escasas probabilidades de éxito (un dolo con *acaso*), y no como una intención dolosa independiente. Así, invocar a la suerte como elemento funcional permite que se produzca la remota probabilidad de acertar¹⁷⁰. En este escenario, resulta imprescindible incorporar las coordenadas epistémicas que estructuran el juicio de certeza del autor, tal como se ha desarrollado anteriormente. La certeza no opera como una convicción absoluta sobre el resultado, sino como una postura cognitiva donde el sujeto gestiona racionalmente el azar dentro de la representación del riesgo. En el caso Thyré, el tirador actúa desde una certeza doble: por un lado, reconoce la baja probabilidad objetiva de éxito; por otro, confía en que el azar —como una variable funcional— pueda compensar la inidoneidad técnica de su riesgo. Esta certeza, atravesada por sesgos como la ilusión de control o el sesgo del resultado, no excluye la imputación dolosa, sino que la configura bajo una modalidad cognitiva en la que el autor, consciente del riesgo, decide actuar pese a su escasa eficacia. En este punto, cabe advertir que el razonamiento sobre el riesgo en contextos contemporáneos no se limita al procesamiento humano, sino que puede verse influido por sistemas de inteligencia artificial que participan en la toma de decisiones. Estos sistemas, lejos de ser neutrales, incorporan sesgos algorítmicos que pueden amplificar o distorsionar la percepción del riesgo asumido. Aunque en el caso Thyré no se verifica una intervención directa de la IA, la referencia resulta pertinente para comprender que la

acción más amenazante para el bien jurídico y, en ocasiones, un autor con dolo eventual asume una mayor probabilidad de producir el resultado.

- 168 La imputación subjetiva basada exclusivamente en la dimensión volitiva lleva, entre otros problemas, a castigar al sujeto por un aspecto de la peligrosidad subjetiva irreprochable en virtud del principio de autonomía. Por esta razón, la intención no afecta la probabilidad de que se produzca el resultado que la norma penal busca evitar.
- 169 El sesgo de ilusión de control explicado en párrafos anteriores lleva al sujeto a creer que puede influir o controlar los procesos causales, aun cuando se incluya el azar en los cálculos.
- 170 Algo similar sobre la intervención del azar como fundamento del dolo se ofrece para el caso *Lacmann* (tiro lúdico sin disparar a matar), en las teorías de *Mezger* y *Welzel*, comentado en Armin KAUFMANN, «El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Rodrigo Suárez Montes (traductor), tomo 13, núm. 2, 1960, pág. 197: si el autor abandonó el disparo «a su suerte, es decir, al azar, entonces obró dolosamente».

imputación subjetiva debe considerar no solo los sesgos humanos, sino también los tecnológicos que atraviesan la racionalidad del sujeto en escenarios actuales. Retomando el hilo argumentativo, la certeza sobre la improbabilidad del resultado no neutraliza el dolo, sino que lo redefine como una forma de conocimiento influido por la expectativa de azar y por sesgos cognitivos, suficiente para fundar la imputación subjetiva del tipo penal. En consecuencia, la resolución del caso Thyrrén debe encuadrarse como un supuesto de homicidio doloso bajo la modalidad de dolo directo de primer grado *menor*¹⁷¹, en tanto el autor actuó con conocimiento del riesgo y con expectativa racional de que el azar pudiera favorecer el resultado. En la hipótesis de no producción del resultado, la relativa inidoneidad del peligro desarrollado habilita la configuración de una tentativa inidónea punible, al haberse activado en conciencia un riesgo abstracto de escasa potencialidad lesiva¹⁷². En suma, la imputación subjetiva del dolo exige una lectura epistémica que contemple no solo la certeza del sujeto sobre el riesgo, sino también los factores —humanos y tecnológicos— que configuran dicha certeza en contextos de decisión cada vez más complejos.

3. El castigo del caso Thyrrén

El castigo del injusto en el caso del tirador inexperto —por homicidio doloso consumado o por tentativa inidónea relativa— se funda en la asunción consciente de un riesgo extravagante, acompañado por un conocimiento certero de sus bajas probabilidades de éxito y por la inclusión activa del azar en la configuración causal¹⁷³. El sujeto actúa voluntariamente a «riesgo y ventura», asumiendo las consecuencias previsibles —aunque estadísticamente improbables— de sus acciones¹⁷⁴. En este esquema, la sanción penal no se apoya en su intención, deseos o actitud interna, sino en la participación subjetiva en un curso de acción objetivamente riesgoso, que activa el reproche por haber

-
- 171 El dolo directo de primer grado *mayor* es el que abarca el conocimiento de la certeza de la elevada probabilidad. Véase, VARELA, L., 2016, ob. cit., pág. 306.
- 172 A pesar de la baja probabilidad de éxito, el dolo del tirador inexperto no se desplaza hacia una forma de peligro, sino que permanece en la categoría de dolo de lesión, en virtud de tratarse el homicidio de un delito de resultado lesivo. La acción dolosa de matar, aunque ejecutada mediante un medio relativamente inidóneo —dada su extravagancia—, se consuma en el resultado, consolidando la tipología del homicidio doloso. Solo en el plano de la tentativa —y desde una construcción teórica que admita el dolo de peligro como categoría autónoma en los delitos de resultado o en aquellas que permiten el castigo de la tentativa relativamente inidónea donde el autor crea un riesgo sin probabilidad seria de éxito— podría discutirse la figura de quien «comienza la ejecución de un riesgo (tentativa) representándose el fracaso (el no éxito)». Esta hipótesis, aunque conceptualmente posible, resultaría normativamente insostenible si se pretendiera exculpar al autor por haber «probado suerte», cuando el resultado lesivo —ínfimo en su probabilidad— finalmente se ha producido. En cierta medida, el azar, lejos de operar como eximente, se convierte en piedra angular de la imputación, en tanto el sujeto lo contempla como posibilidad y lo incorpora en su decisión dolosa.
- 173 Con referencia a la intervención del azar en el *iter criminis*, SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., págs. 100-101. También, JAKOBS, G., 1997, ob. cit., pág. 203, pero considerando que lo único a desvalorar es la decisión de la voluntad, que alcanza su máxima dosis de desvalor en la tentativa acabada, lo que suceda luego (el resultado o no) al Derecho penal no le interesa.
- 174 Sebastián DE COVARRUBIAS Y HOROZCO, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Martín de Riquer (editor) según la impresión de 1611 con las adiciones de Benito R. Noydens publicadas en la de 1764, 3.ª ed. (ed. original, Madrid, 1611), Editorial Altafulla, Barcelona, 1993, pág. 859.

permitido que el azar opere a su favor. La postura asumida propone que, ante un injusto de menor peligrosidad (por tratarse de un riesgo extravagante de baja potencialidad lesiva) el castigo deba ser también atenuado, tanto en la modalidad consumada como en la tentativa¹⁷⁵. Se trata de preservar la proporcionalidad en la respuesta penal sin renunciar al reproche derivado de haber lanzado un curso de acción lesivo. Este enfoque busca equilibrar: la necesidad de sancionar conductas homicidas que, aunque remotamente probables, afectan bienes jurídicos esenciales y, la proporcionalidad del castigo, considerando la reducida idoneidad del riesgo y los conocimientos reales del autor sobre su propia incapacidad técnica. Los riesgos extravagantes, cuando se concretan, lo hacen de modo «personalmente» azaroso: se consuman en virtud de variables que el sujeto acepta, sin tener dominio sobre ellas. En este sentido, el autor no solo participa en la acción, sino que permite la intervención funcional del azar, transformándolo en herramienta de acción. La inidoneidad técnica del hecho se ve compensada por ese factor externo que el sujeto incorpora vivamente. Así, la sanción no se dirige al deseo de matar, sino a la decisión racional de activar un riesgo improbable, aceptando la intervención de la suerte como parte del plan. Este tipo de injusto —que no desafía al sistema normativo desde la idoneidad, sino desde su desafío a la lógica— requiere una lectura penal más fina, y un castigo ajustado al grado de peligrosidad asumido.

3.1. El desvalor intersubjetivo-subjetivo del caso Thyrés

La asunción deliberada de una baja probabilidad de producción del resultado puede interpretarse como un plan irracional o como una estrategia torpe por parte del autor. Sin embargo, ello no implica que su conducta resulte penalmente irrelevante¹⁷⁶. Desde una perspectiva cualitativa, el riesgo asumido en el caso Thyrés reviste igual potencial lesivo para el mandato normativo que aquel asociado a probabilidades elevadas. No obstante, en clave cuantitativa, su menor peligrosidad —derivada de la baja probabilidad— atenúa el desvalor social y, por ende, la sanción penal correspondiente¹⁷⁷. Este tipo de conducta no recibe una alta valoración social, en tanto se percibe como

175 La concurrencia de una baja probabilidad *ex ante* de producción del resultado habilita una atenuación del castigo, debido a la menor potencialidad lesiva de la conducta. Esta propuesta en SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 1989, ob. cit., págs. 684-685, nota al pie 26; también, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2007, ob. cit., pág. 11. Por su parte, SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 62, señala: «si el éxito de toda conducta humana está expuesto de antemano a la inseguridad del desenlace, entonces, para la graduación del juicio de disvalor sobre la conducta tiene que ser decisivo el grado de posibilidad de afectación del objeto de bien jurídico que el autor asuma en su plan de acción. En este sentido, la acción de quien apoya la punta del arma en la sien de la víctima y dispara, merece un mayor grado de disvalor, *ceteris paribus*, que la de aquel que tira desde lejos. Esto, aunque el defecto de funcionamiento del revólver del primero, y la suerte del segundo, conduzcan finalmente a un resultado exitoso solo para el que disparó a distancia».

176 La ejecución de un riesgo extravagante puede reflejar diversas posturas del autor, entre ellas una elevada cuota de irracionalidad subjetiva, poca habilidad de cálculo, incompetencia, ilusión de control e incluso un misticismo sobrenatural. Solo cuando existe la posibilidad de que el resultado se efectivice mediante el azar, se puede calificar como un riesgo extravagante, es decir, cuando la ley de la causalidad opera con la ley del azar.

177 También, SCHRÖDER, H., 1949, ob. cit., pág. 247, recomendaba una atenuación de la pena para los supuestos de dolo menor, casos donde concurría solamente la consciencia de la posibilidad de producción del resultado. Otros autores consideran que la asunción de un riesgo de escasa magnitud, aunque sea buscado por el autor, debería ser castigado como imprudencia. Así, Cornelius PRITTWITZ, «Die Ansteckungsfahr bei AIDS», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1988, págs. 497 y ss., pág. 499.

irracional, lo que debilita, sin extinguir, la relevancia intersubjetiva del riesgo asumido. En estos contextos, parte de la doctrina¹⁷⁸ tiende a imputar al autor intenciones «afrodisíacas»¹⁷⁹, sobreestimando el peso de sus deseos. Sin embargo, en el imaginario social, tales riesgos suelen interpretarse como expresiones de ingenuidad más que como verdaderas amenazas, aunque el legislador podría sancionarlos apelando al desvalor de intención, bajo una lógica de prevención general. Para articular la tensión entre la percepción social y el desvalor jurídico, resulta imprescindible distinguir entre el desvalor penológico de los riesgos extravagantes y el de los riesgos normales¹⁸⁰. Del mismo modo, debe diferenciarse el impacto penológico del conocimiento de una probabilidad remota frente al de una probabilidad ordinaria. Incluso en el supuesto de que la sociedad optara por sancionar la asunción de riesgos extravagantes, dicha inclinación respondería al sentimiento de que estos planes irracionales comprometen el sentido comunitario de seguridad y justicia. Aunque el medio escogido por el autor no implique una alta peligrosidad, su eficacia potencial obliga al sistema penal a ponderar la naturaleza del riesgo asumido, su percepción social y la proporcionalidad en la respuesta punitiva. Los planes irracionales se caracterizan por la elección de medios inadecuados para alcanzar el fin perseguido. Desde la óptica del finalismo, un plan que recurre a instrumentos ineficaces no puede integrarse dentro de una finalidad plenamente deliberada. Desde la perspectiva de la víctima, tal conducta puede interpretarse como una irracionalidad «perdonable»: si el autor realmente hubiese querido causar la muerte, habría seleccionado un método más idóneo¹⁸¹, dentro de las oportunidades que tenía. Tanto los riesgos extravagantes como los normales desafían la vigencia del mandato jurídico-penal, ya que transgreden el deber de abstenerse de iniciar un curso causal, incluso cuando la lesión solo sea remotamente probable. El injusto penal se configura cuando esa transgresión incorpora una lesividad inmaterial —esto es, una afectación a las expectativas sociales

-
- 178 Explica MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2001, ob. cit., pág. 711, que en los casos en donde «el sujeto realiza una acción que, solo con escasa probabilidad producirá el resultado, con voluntad de causarlo, se está atribuyendo a alguien un resultado no por lo que hace, sino por la intención con que lo hace».
- 179 A favor de eliminar todo efecto supuestamente afrodisíaco de la culpabilidad sobre la potencia causal, Michael S. MOORE, *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre Derecho, moral y metafísica*, Tobías Schleider (traductor), Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 199; también, Michael S. MOORE, «Causation revisited», en *Rutgers Law Journal*, vol. 42, págs. 451-509, 2011, pág. 468: «I deny in the book that intention can be an 'aphrodisiac to causation' that is, I deny that intending a harm heightens the degree of causal contribution made by an action done in execution of such intention».
- 180 Una política criminal de este calado es mucho más liberal que la de sostener una similar desvaloración entre riesgos extravagantes y riesgos normales. En cierto modo, una distinta desvaloración de las clases de riesgos repercute a favor de la libertad de acción de las personas. Sobre la propuesta de individualizar la pena en relación con el aspecto objetivo del injusto, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., 2007, ob. cit., págs. 10 y ss.
- 181 Llega a una conclusión similar SANCINETTI, M., 2005, ob. cit., pág. 153. Ante un caso hipotético, en donde A quiere matar al guardabosque pero asumiendo a sabiendas un riesgo mínimo frente a B y C que son cazadores (que se proponen cazar un ciervo), y que, con diferentes grados de peligro, estos dos se representan dar en el guardabosque con más probabilidad que A; si se le preguntara al guardabosque delante de quien preferiría estar, seguramente él respondería delante de A, porque las chances de que le alcance son tan mínimas en relación con los otros dos, que no daría importancia al carácter malvado de la acción de A. También, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2001, ob. cit., pág. 723, hipotetiza que «si preguntásemos a la posible víctima ella elegiría sin duda el hecho menos peligroso con intención antes que el más peligroso». Por su parte, RAGUÉS I VALLÉS, R., 1999, ob. cit., pág. 34, señala, para fundamentar el mayor castigo del tipo doloso respecto del imprudente, que la víctima estaría más predispuesta a perdonar a quien le ha causado un daño de forma imprudente, que a quien se lo ha causado de forma intencionada.

sobre el uso y disponibilidad del bien jurídico—, aunque no se materialice un daño concreto *ex post*. El castigo penal no se legitima por cualquier desvalor de acción, sino únicamente por aquellos que contengan un umbral mínimo de lesividad inmaterial. Así, por ejemplo, la tentativa irreal, al implicar un mero desvalor de acción, carece de lesividad inmaterial y, por ende, no debería ser objeto de sanción. En cambio, cuando el resultado depende en parte del azar, el «estado de peligro» desde una perspectiva *ex ante* puede configurar una forma de lesividad inmaterial, al comprometer las expectativas vinculadas al bien jurídico en riesgo. Esta afectación —junto con el desvalor de acción— constituye el fundamento legítimo de la punición. En ese sentido, resulta indispensable distinguir entre riesgos extravagantes y tentativa inidónea absoluta: en los primeros, la relevancia penal radica en la posibilidad remota de concreción del resultado por vía del azar; en los segundos, el resultado es objetivamente imposible, debido a un error de tipo inverso. En clave proporcional, la pena atribuida debe ser mayor en casos de riesgos extravagantes con lesividad inmaterial que en supuestos de tentativa inidónea, donde dicha afectación está ausente. Desde un prisma social, es más amenazante aquel sujeto que *juega a la lotería* con un bien jurídico que aquel que falsamente cree poder lesionarlo¹⁸². Este análisis exige una evaluación cuidadosa del impacto del azar y del error de tipo en la construcción de la responsabilidad penal, así como una distinción precisa entre los distintos grados de lesividad inmaterial comprometidos.

IX. Reflexiones finales

Este trabajo ha concedido al azar un lugar fundamental dentro del desvalor subjetivo. No como elemento residual o accesorio, sino como componente estructural del cálculo humano en los riesgos extravagantes. Lo relevante no es el azar como fenómeno aislado, sino el juicio que el autor formula sobre él: el llamado juicio de azar subjetivo¹⁸³. En el caso Thyré, el autor lanza una causa de muerte al azar (una acción que se inscribe en el terreno del azar epistemológico, aquel que brota desde los límites del conocimiento humano, la ignorancia causal o la incapacidad predictiva). El principio de razón insuficiente o de indiferencia, formulado por los probabilistas, permite comprender cómo ciertas decisiones humanas presuponen equiprobabilidad entre consecuencias inciertas¹⁸⁴; si no existen fundamentos positivos para creer que un estado del mundo es más probable que otro, la lógica conduce a atribuirles probabilidades iguales¹⁸⁵. Este principio, al ser extrapolado al contexto penal, revela cómo la lógica probabilística condiciona la imputación cuando el sujeto actúa en escenarios donde no hay razones objetivas para preferir una consecuencia sobre otra. Los delitos imprudentes han demostrado cómo el azar puede configurar no solo el resultado, sino también el sentido del reproche¹⁸⁶. Y

182 De forma ilustrativa, al jugar a la lotería, el jugador establece la causa necesaria para que el azar opere a su favor en la búsqueda del premio. Sin embargo, si no participa o lo hace de manera incorrecta, no existe causa alguna para que el azar actúe, lo que equivale a un riesgo imposible.

183 A diferencia de lo que se denomina el azar ontológico, que forma parte del ser. Aunque existan sucesos explicables por medio de leyes, existen otros sucesos que escapan y no dependen del conocimiento y se encuentran sometidos a procesos espontáneos y aleatorios.

184 BUNGE, M., 1997, ob. cit., págs. 331 y ss.

185 BUNGE, M., 1997, ob. cit., pág. 331.

186 Esta cuestión fue advertida por Hellmuth MAYER, «Folgenschwere Unmässigkeit, § 330 (a) StGB», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 59, 1940, pág. 324. Para este autor la pregunta clave consistía en la siguiente: ¿acaso no estaremos castigando al que en su descuido tuvo mala suerte y no al descuido como

si esta lógica se aplica al delito culposo, también debe irradiar sus efectos sobre el dolo. No es más grave una conducta por producir un resultado, ni menos reprochable por no hacerlo¹⁸⁷. El resultado no puede erigirse en la única medida del injusto. Por eso, en la construcción de la responsabilidad penal deben considerarse de manera secuencial: la probabilidad, como índice intersubjetivo que configura la lesividad del injusto; y la certeza, como juicio subjetivo que permite imputar conocimiento al autor. Ambas dimensiones confluyen en una imputación racional, equilibrada y humana, donde el cálculo del sujeto no se valora por su éxito material, sino por su *diseño lógico* como plan típico. Probabilidad y certeza permiten distinguir entre el dolo, la imprudencia y la tentativa inidónea, y exigen que el castigo se ajuste no a la fortuna del resultado, sino a la estructura del riesgo activado por el autor. El juicio jurídico-penal se asienta sobre esta distinción: la probabilidad puede ser consensuada, pero la certeza permanece irreductiblemente individual dentro de unos imponderables objetivos. En definitiva, el desarrollo aquí expuesto permite entender que el azar no es un obstáculo para la dogmática de la imputación, sino un elemento necesario para comprender el actuar humano en toda su complejidad. Y el caso Thyrés sigue siendo una fuente inagotable de reflexión: a 131 años de su irrupción, continúa inspirando interrogantes sobre la imputación, el riesgo, la voluntad, la casualidad y la justicia. Su impacto en la evolución de la teoría jurídica del delito lo consolida como un referente indispensable —no solo por lo que reveló, sino por lo que aún desafía a pensar—. ¡Salutes al legado Thyrés!

Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, C., «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, núm. 5, págs. 13-54, 2011.
- ALCÁZER GUIRAO, R., «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 49, núm. 2, págs. 473-508, 1996.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed. renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BALMES, J., *El criterio*, Imprenta de Antonio Brusi, Barcelona, 1845.
- BOREL, É., *Las probabilidades y la vida*, Gustave Malecot (edición puesta al día), Antonia Giralt Pont (traductora), Oikos-Tau Ediciones, Barcelona, 1971.
- BRUCK, F. F., *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*, Wilhelm Koebner, Breslau, 1885.
- BUNGE, M., «Azar, probabilidad y ley», en *Diánoia*, vol. 15, núm. 15, págs. 141-160, 1969.

tal? Gran parte de la mayoría ha entendido el desvalor de resultado como un «componente de azar» en los delitos culposos, WELZEL, H., 1970, ob. cit., pág. 193; ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLÓKAR, A., 2007, pág. 431.

187 WELZEL, H., 1970, ob. cit., pág. 193.

Diccionario de filosofía, 3.^a ed., María González (traductora), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2005.

La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna, Hernán Rodríguez (traductor), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

BUSTINZA SIU, M. A., *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, ARA Editores, Lima, 2016.

CHOCLÁN MONTALVO, J.-A., «Imputación objetiva e imputación dolosa de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (comentario a la STS de 27 de junio de 1995)», en *Colección Poder Judicial*, núm. 39, págs. 507-524, Madrid, 1995.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español, Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998.

_Derecho Penal, Parte General, BdeF, Buenos Aires, 2008.

CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, JM Bosch Editorial, Barcelona, 1989.

CUELLO CONTRERAS, J., «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, núm. 2, págs. 37-59, 2009.

DANKS, D. Y LONDON, A. J., «Algorithmic Bias in Autonomous Systems», en *Proceedings of the 26th International Joint Conference on Artificial Intelligence*, IJCAI, págs. 1-7, 2017.

DAZA GÓMEZ, C., «Teoría de la imputación objetiva», en *Vniversitas Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad Autónoma de México, págs. 37-49, 1998.

DE COVARRUBIAS Y HOROZCO, S., *Tesoro de la lengua castellana o española*, Martín de Riquer (editor) según la impresión de 1611 con las adiciones de Benito R. Noydens publicadas en la de 1764, 3.^a ed. (ed. original, Madrid, 1611), Editorial Altafulla, Barcelona, 1993.

DE FINETTI, B., «The true subjective probability problem», en *The concept of probability in psychological experiments*, Carl-Axel S. Staël von Hollstein (editor), vol. 8, págs. 15-23, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, 1974.

ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, JM Bosch Editorial, Barcelona, 1976.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «El dolo eventual», en *Colección de Estudios de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 26, Bogotá, 2002.

«La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», en *Indret Penal*, núm. 3, págs. 1-15, 2015.

- FISCHER, M., *Wille und Wirksamkeit: Eine Untersuchung zum Problem des «dolus alternativus»*, Peter Lang AG, Frankfurt am Main, 1993.
- FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymann, München, 1983.
- GALÁN MUÑOZ, A., «El denominado „dolo alternativo“. Un caso entre el concurso de leyes y el de delitos», en *Revista Penal México*, núm. 5, 2013.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Editorial Reus, Madrid, 1966.
- «La causalidad en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 15, núm. 3, págs. 543-580, 1962.
- GRACIA MARTÍN, L., *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.
- «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 3, págs. 335-360, 1999.
- GRECO, L., «Dolo sin voluntad», en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, núm. 88, págs. 10-38, Elisa Alemán (traductora), 2017.
- HAVA GARCÍA, E., «Dolo eventual y culpa consciente. Criterios diferenciadores», en *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*, José Hurtado Pozo (director), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- HAGEN, K., «Der Vorsatz und seine Feststellung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 19, 1899.
- HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts: oder Naturrecht und Staatwissenschaft im Grundrisse*, Eduard Gans (editor), Editorial Duncker & Humblot, Berlin, 1833.
- Principios de la filosofía del Derecho, o, Derecho natural y Ciencia política*, Juan Luis Vermal (traductor), Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004.
- HERZBERG, R.-D., «Die Abgrenzung vom Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des objektiven Tatbestandes», en *Juristische Schulung*, págs. 249-262, 1986.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal, Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. corregida, Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo (traductores), Marcial Pons, Madrid, 1997.

- JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- JOERDEN, J. C., «Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 95, núm. 3, págs. 565-605, 1983.
- KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A., «Subjective probability: a judgment of representativeness», en *Cognitive Psychology*, vol. 3, núm. 3, págs. 430-454, 1972.
- KAUFMANN, A., «El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Rodrigo Suárez Montes (traductor), tomo 13, núm. 2, 1960.
- KOSKO, B., *Pensamiento borroso: la nueva ciencia de la lógica borrosa*, Juan Pedro Campos (traductor), Crítica-Grijalbo, Barcelona, 1995.
- W. LACMANN, «Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1911.
- LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.
- «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal. Colección Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, págs. 117-152, Madrid, 1999.
- MANNHEIM, H., «Mens Rea in German and English Criminal Law I», en *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 17, págs. 82-101, 1935.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Concepción significativa de la acción y nueva teoría jurídica del delito», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, núm. 33, págs. 147-183, 2019.
- «El concepto «significativo» de dolo: un concepto volitivo normativo», en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Francisco Muñoz Conde (director), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 323-367, 2008.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Editorial Edersa, Madrid, 1992.
- «Recensión a Rueda Martín, María Ángeles: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto, JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, 479 páginas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 13, págs. 483-499, 2004.

MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal*, José Córdoba Roda (traductor y notas de Derecho español), tomos I-II, Ariel, Barcelona, 1962.

MAYER, H., «Folgenschwere Unmässigkeit, § 330 (a) StGB», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 59, 1940.

MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, 9.ª ed. a cargo de Víctor Gómez Martín, Editorial Repertor, Barcelona, 2011.

El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, Ariel, Barcelona, 1994.

«Límites del normativismo en Derecho penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-18, págs. 1-24, 2005.

«Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 41, núm. 3, págs. 661-684, 1988.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, JM BOSCH EDITOR, BARCELONA, 2001.

El concepto de peligro y la teoría del delito, (texto monográfico inédito), Madrid, 2008.

«Intentos de extraer dinero de un cajero sin tener la clave: el problema del dolo directo con baja probabilidad y su trascendencia para la dogmática del dolo y la imprudencia», en *El principio de responsabilidad penal por el hecho*, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (directores), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.

Responsabilidad jurídica y libertad: una investigación sobre el fundamento material de la culpabilidad, Colección de Estudios núm. 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

MOORE, M. S., *Causalidad y responsabilidad. Un ensayo sobre Derecho, moral y metafísica*, Tobías Schleider (traductor), Marcial Pons, Madrid, 2011.

«Causation revisited», en *Rutgers Law Journal*, vol. 42, págs. 451-509, 2011.

MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MÜLLER, M.-L., *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Mohr Verlag, Tübingen, 1912.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y **HUERTA TOCILDO, S.**, *Derecho Penal. Parte general: teoría jurídica del delito*, Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OXMAN VILCHES, N., «El elemento volitivo del dolo: una investigación de Derecho penal comparado y filosofía del lenguaje», *Tesis doctoral leída en la Universidad de Valencia*, España, 2016 (disponible en TESEO).

- PANTALEÓN DÍAZ, M., *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *El riesgo permitido. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PECORARO-ALBANI, A., *Il dolo*, Jovene Editorial, Nápoles, 1955.
- PÉREZ BARBERÁ, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- PÉREZ ECHEVERRÍA, M. DEL P., *Psicología del razonamiento probabilístico*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1990.
- PÉREZ MANZANO, M., «Concepto de dolo, atribución de intenciones y modelo angloamericano de estados mentales: ¿qué datos aportan los estudios empíricos?», en *El principio de responsabilidad penal por el hecho*, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (directores), Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, págs. 161-183, 2024.
- PHILIPPS, L., «An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Ein Modell multikriterieller computergestützter Entscheidungen», en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2007*, Bernd Schünemann y otros (editores), págs. 365-378, De Gruyter, Berlin, 2001.
- PRITZWITZ, C., «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS», en *Juristische Arbeitsblätter*, 1988.
- PUPPE, I., *La distinción entre el dolo y la imprudencia. Comentario al § 15 del Código Penal alemán*, Marcelo Sancinetti (traductor), Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- Vorsatz und Zurechnung*, Decker und Müller, Heidelberg, 1992.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- RETTIG ESPINOZA, M., «Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal», en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, núm. 6, págs. 133-167, 2024.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Hacia una nueva interpretación de la eximente del caso fortuito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 16, págs. 273-302, 1963.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (traductores de la 2.º ed. alemana y notas), Civitas, Madrid, 1997.
- RUEDA MARTÍN, M. Á., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2001.

- SAFFERLING, C. J.-M., *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 1.ª ed. 1991, 2.ª reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- SAUER, W., *Allgemeine Strafrechtslehre: eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3.ª ed., De Gruyter, Berlin, 1955.
- SCHMIDHÄUSER, E., «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit)», en *Juristische Schulung*, 1980.
- Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch*, Heiner Alwart (colaborador), Mohr Verlag, Tübingen, 1982.
- SCHRÖDER, H., «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», en *Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949*, Wegner (editor), págs. 207-248, De Gruyter, Berlin, 1949.
- SCHROEDER, F.-CH., «§ 16», en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, 11.ª ed., 1992.
- SCHÜNEMANN, B., «De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Mariana Sacher y Carlos Suárez González (traductores), págs. 97-111, Tecnos, Madrid, 2002.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R., «Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 60, págs. 35-152, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed. con adiciones, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2010.
- Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.
- El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, JM Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en *Indret Penal*, núm. 2, págs. 1-15, 2007.
- «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Seminario de Derecho penal e Instituto de Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela (coordinadores), págs. 677-687, Santiago de Compostela, 1989.
- SOLÁ RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea de delito»*. Aspectos básicos, Comares, Granada, 1996.

- THYRÉN, J.-C. W., *Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie I, Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, N. Fr. Carlströms Boktryckeri, Lund, 1894.
- Principerna för en Strafflagsreform i Straffets Sociala Uppgift. Straffsystemet, Berlingska Boktryckeriet*, Lund, 1910.
- TORIO LÓPEZ, Á., «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, núm. 1, págs. 33-48, 1986.
- TVERSKY, A. y KAHNEMANN, D., «Belief in the law of small numbers», en *Psychological Bulletin*, vol. 76, núm. 2, 1971.
- VARELA, L., *Dolo y error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- VILLAR, M., *Suerte penal. Un estudio acerca de la interferencia de la suerte en los sistemas de imputación*, Didot, Buenos Aires, 2016.
- VON WICK, A., «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», en *Archiv des Criminalrechts*, 1857.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán. Parte General*, 11.ª ed., Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (traductores), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.
- WONG, C., «Tahallisuuden topologia ThyréniHi Tdiskmaniin», en *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, núm. 3-4, 2004.
- ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. Y SLÓKAR, A., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., 1.ª reimpr., Ediar, Buenos Aires, 2007.
- ZIELINSKI, D., *Dolo e imprudencia: comentario a los §§ 15 y 16 del Código Penal alemán*, Marcelo Sancinetti (traductor), Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- ZILIO, J., «Conhecimento, vontade, erro e dúvida no direito penal», en *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Juan María Terradillos Basoco*, Mayda Goite Pierre (coordinadora), UNIJURIS, La Habana, págs. 183-196, 2015.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39, núm. 2, 1986.