RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Profesor de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

EL DOLO Y SU PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Prólogo de
Jesús-María SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

1999

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

© 1999 Ramon Ragués i Vallès

Para la presente edición:
© 1999 José M.ª Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11
08007 BARCELONA

© Diseño de cubierta:
Luz Bosch

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien intencionadamente reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicase públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

ISBN.: 84-7698-572-X

Depósito Legal: SE-4590-2003

Impresión: Publicaciones Digitales, S.A.
www.publidisa.com - (+34) 95.458.34.25 (Sevilla)

Printed in Spain – Impreso en España

COMETA, S.A. — Carretera Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza 1999

Als meus pares
i als meus germans Jordi i Laura

NOTA PRELIMINAR

Con leves modificaciones el texto de este libro se corresponde con el de la tesis doctoral que bajo el título «La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa» defendí en la Universitat Pompeu Fabra el día 23 de setiembre de 1998 ante un tribunal presidido por el Prof. Dr. Santiago Mir Puig y compuesto por los Profesores Dres. Enrique Gimbernat Ordeig, José Luis Díez Ripollés, Luis Gracia Martín y M.ª Teresa Castiñeira Palou, quienes por unanimidad otorgaron al trabajo la calificación de sobresaliente *cum laude*. A todos ellos mi gratitud por haber aceptado formar parte del tribunal y por las interesantes observaciones expresadas en el acto de defensa.

A lo largo de los años en que la preparación de este trabajo ha ocupado buena parte de mi tiempo he podido contar con la inestimable ayuda de diversas personas e instituciones, cuya colaboración y apoyo quisiera agradecer ahora. Quede pues constancia de mi gratitud a Raúl Núñez, por haber sido un guía extraordinario en mis incursiones por el Derecho procesal; a los *Mitarbeiter,* los *Gäste* y la secretaria del Rechtsphilosophisches Institut de la Univesidad de Bonn, por haberme ayudado con su afecto a soportar el frío invierno alemán de 1997; a Aurora Albà por su «asistencia técnica» y por su simpatía; a la Direcció General de Recerca de la Generalitat de Catalunya por el apoyo económico prestado y a Fernanda por su ayuda en la corrección del texto. Igualmente toda mi gratitud a aquellas personas que en este tiempo no han dejado nunca de estar a mi lado y de acompañarme con su amistad.

En lo que a agradecimientos respecta merecen sin duda una mención especial mis compañeros del Área de Derecho penal de la UPF —Pablo Sánchez-Ostiz, David Felip, Guillermo Benlloch, Ricardo Robles y Nuria Pastor—, por sus enseñanzas y por su afecto. También la merece el Prof. Dr. Günther Jakobs, por haberme acogido diversas veces en su Instituto de Bonn con gran hospitalidad y por haber encauzado mi tarea investigadora con multitud de ideas. Finalmente, y sin perjuicio de

las anteriores palabras, todo mi agradecimiento a mi maestro, el Prof. Dr. Jesús María Silva, por su ayuda y aliento en la preparación de esta obra, por haber hecho realidad mis deseos de dedicarme a la Universidad y al Derecho penal y, en definitiva, por ser para mi un auténtico modelo a seguir tanto en lo profesional como en lo humano.

Barcelona, mayo de 1999

ABREVIATURAS EMPLEADAS

§	parágrafo
A	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
ACR	Archiv des Criminalrechts
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AG	Amtsgericht (juzgado de primera instancia)
AK-StGB	Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)
AK-StPO	Kommentar zur Strafprozeßordnung (Reihe Alternativkommentare)
AP	Actualidad Penal
ATS	Auto del Tribunal Supremo (Sala 2ª si no consta lo contrario)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Repertorio jurisprudencial del BGH en asuntos penales (colección oficial)
C	conclusión
Cap./Caps.	Capítulo/Capítulos
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CEJ	Centro de Estudios Judiciales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
comp.	compiladores
CP(95)	Código Penal (de 1995)
CP73	Código Penal de 1973
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPM	Código Penal Militar
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
DP	Doctrina Penal
ed.	editor/edición
FJ	fundamento jurídico
frag.	fragmento

(-FS)	Festschrift für (Libro homenaje a)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
(-GS)	Gedächtnisschrift für (Libro en memoria de)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung
KrimJ	Kriminologisches Journal
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
lib.	libro
LK	StGB Leipziger Kommentar
L/R	Löwe/Rosenberg Strafprozeßordnung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NACR	Neues Archiv des Criminalrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
nº marg.	número marginal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
ÖZSt	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht
pf.	párrafo
p./pp.	página/páginas
PM	premisa mayor
pm	premisa menor
PJ	Poder Judicial
RDP	Revista de Derecho Procesal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
reimp.	reimpresión
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio Alemán)
RGSt	Repertorio jurisprudencial del RG en asuntos penales (colección oficial)
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RPI	Reglamento de la Propiedad Industrial
s/f.	sin fecha
s/nº	sin número de página
s/ss	siguiente/siguientes
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
S/S	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª si no consta lo contrario)
StV	Strafverteidiger
tít.	título
TC	Tribunal Constitucional
trad.	traducción
TS	Tribunal Supremo
vol.	volumen
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PRÓLOGO

Escribo estas líneas en el tren de Bonn a Múnich, a donde viajo para asistir a la investidura de Enrique Gimbernat como Doctor *honoris causa.* Supongo que es esto lo que hace que recuerde las palabras con las que el propio Gimbernat iniciaba su prólogo a la memorable obra de Diego Luzón sobre la legítima defensa. Decía Gimbernat que, cuando un recién licenciado le viene a uno pidiendo que le dirija la tesis doctoral, no se sabe muy bien en qué va a acabar la cosa. Por mi parte, tengo muy fresca la imagen del día en que Ramon Ragués me vino a ver a tal efecto. Yo estaba en mi circunstancial despacho de Director del Centro de Estudios Jurídicos de la Generalidad de Cataluña y nuestra conversación me reveló ya sus grandes cualidades: vocación, inteligencia, tenacidad, capacidad de sacrificio. Por supuesto, también entonces tuve presentes las palabras de Gimbernat, pero lo cierto es que intuí que la Universidad española podía esperar grandes cosas de Ramon Ragués.

De Ramon (sin acento ortográfico, en catalán, como es su nombre) la Universidad ya ha obtenido varias cosas. Quienes estamos cerca de él sabemos de su excepcional capacidad investigadora, que le ha permitido en poco tiempo culminar una gran monografía, a la vez que escribir otros trabajos, realizar traducciones, colaborar en obras generales... y, lo que es más importante, ayudar a todo el que ha necesitado de su colaboración desinteresada. De su capacidad de organización dan cuenta, por lo demás, los seminarios internacionales celebrados en los últimos años en nuestro Área de Derecho penal, así como los múltiples proyectos de investigación en que nos hemos embarcado, y en los que seguimos trabajando. Pero, sobre todo, como decía, de Ramon Ragués hemos obtenido ya un gran libro sobre el dolo. Ciertamente, el mejor escrito en lengua castellana; y —se dirá que me ciega la pasión— me atrevería a decir que quizá se trate del mejor libro que jamás se haya escrito sobre el concepto jurídico-penal de dolo.

El Dr. Ragués empieza por examinar las diversas posturas enfrentadas sobre el significado del dolo, para entrar después en los dos puntos

que constituyen el objeto central de la discusión. Concretamente, la opción entre la concepción volitiva y la cognitiva, por un lado; y la opción entre la concepción psicológica y la normativa, por el otro. Su propuesta de acoger la tesis cognitiva y, además, asumir que ésta no puede construirse en términos psicológicos, sino sólo normativos, es sumamente rica en consecuencias. Ello, no sólo en el plano de la elaboración jurídica de los conceptos, sino también, y de modo muy especial, en el de su aplicación práctica. En este sentido, merece una mención especial el originalísimo e ingente esfuerzo constructivo realizado al conformar un sistema de criterios de atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa. De este modo, entre otras cosas, se sientan las bases de una redelimitación de los ámbitos de competencia del Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal de la prueba. Pero, sobre todo, por esta vía se puede proporcionar a los jueces y tribunales criterios más seguros y fiables con los que determinar cuándo procede imputar un hecho a título de dolo; criterios muy superiores a la tradicional visión procesal del problema, asentada en la prueba de indicios y en la íntima convicción del juzgador. Con ello se demuestra, por lo demás, que realizar trabajos dogmáticos sirviéndose del método más moderno no sólo no es incompatible con la obtención de resultados prácticos, sino que precisamente lo uno y lo otro se hallan en perfecta sintonía. Pocas veces resulta tan cierta la máxima clásica *«nulla praxis sine theoria»*.

Al final de su prólogo al libro de Luzón, al que aludí al principio de estas líneas, Gimbernat invitaba al lector escéptico a leer el libro... y a asombrarse. En el acto de la defensa oral de la tesis de Ramon Ragués, el propio Gimbernat, que formaba parte del Tribunal, manifestó públicamente que esta obra era excepcional, extraordinaria, magnífica... que se le acababan los adjetivos a la hora de calificarla. No seré yo quien quite una letra a sus palabras.

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal

Bonn/Múnich, 28 de julio de 1999.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de su historia, la Ciencia jurídico-penal no parece haber mostrado una especial preocupación por cómo sus conceptos, definiciones y constructos teóricos debían ser llevados a la práctica. Como disculpa a este desinterés a menudo se ha apelado a la separación entre «cuestiones conceptuales» y «problemas probatorios», afirmándose que la aplicación de los conceptos es una cuestión cuyo estudio compete a los especialistas en Derecho procesal y no en Derecho penal material. Debe reconocerse que este último argumento podría resultar suficiente si desde la doctrina procesalista se hubieran desarrollado criterios acerca de la traslación práctica de conceptos tan importantes para la aplicación cotidiana del Derecho penal como, por citar algunos, «causalidad», «dolo» o «imputabilidad»; pero no ha sido éste el caso. El problema de cómo deben aplicarse los conceptos jurídico-penales ha caído «en tierra de nadie» y tan sólo la jurisprudencia se ha enfrentado a él aunque, por regla general, de forma asistemática.

Es posible que en las últimas décadas las cosas hayan cambiado un tanto y, en este sentido, puede encontrarse ya un cierto desarrollo doctrinal sobre la aplicabilidad de algunas construcciones teóricas. Un buen ejemplo al respecto lo constituye el debate sobre la «prueba de la causalidad», propiciado por significativas resoluciones judiciales tanto en España como en Alemania. Sin embargo, en lo que respecta a la cuestión de la «prueba del dolo» queda un trecho mucho más largo por recorrer. El número de trabajos sobre este tema es todavía muy limitado en Alemania, mientras que en España no ha salido aún de un estado que puede ser calificado de embrionario. La doctrina acepta que ésta es una cuestión especialmente intrincada y que tiene además una enorme importancia práctica, pero hasta el día de hoy no se ha planteado un debate en profundidad sobre el problema y sus posibles soluciones.

El hecho de que no existan criterios asentados para establecer cuándo en un caso concreto concurren aquellos datos fácticos que se consideran presupuesto aplicativo del concepto de dolo (el conocimiento y, se-

gún los autores, la voluntad), lleva a un serio cuestionamiento de los beneficios que la elaboración dogmática ha sido capaz de aportar al ámbito de la imputación subjetiva. Basta con un somero repaso a la praxis para apreciar cómo, pese a operarse en ella con conceptos de dolo muy parecidos, supuestos de hecho idénticos desde un prisma objetivo, se resuelven de forma bien diversa. Esta circunstancia permite afirmar que la pretensión de aportar seguridad jurídica en esta materia no sólo requiere del análisis de los conceptos a emplear, sino también de cómo éstos son trasladados al proceso.

La principal finalidad de este trabajo es contribuir a llenar el vacío teórico que se aprecia en todo lo que atañe a la aplicación práctica del concepto de dolo. Al respecto, y ya de entrada, puede plantearse la duda sobre si ésta es una tarea que compete al Derecho penal o al Derecho procesal. A ello puede responderse que, cuando se parte de una visión de la dogmática penal como disciplina práctica, la aplicabilidad de los conceptos y definiciones es una premisa que debe ser tenida en cuenta en el momento mismo de la elaboración dogmática, siempre que no quiera convertirse esta tarea en una labor meramente *teórica*, empleado este último término en su acepción más negativa. Además, un correcto análisis de la aplicación de conceptos y de los problemas que ésta plantea requiere un conocimiento profundo del Derecho material. Tal vez por este motivo los escasos trabajos que existen sobre estas cuestiones han sido casi siempre obra de «penalistas» y no de «procesalistas».

El trabajo se divide en tres grandes partes, dedicándose la primera de ellas al estudio del *concepto de dolo*. Una primera posibilidad para enfocar esta cuestión podría haber pasado por acoger el concepto mayoritario y, sin más, entrar en el análisis de sus vías de aplicación. Sin embargo, y dado que dicho concepto no se considera acertado, se ha tratado de aportar una justificación detallada sobre por qué debe partirse de una noción distinta. Así, este trabajo quiere servir también para poner de relieve los problemas y contradicciones que se aprecian en la perspectiva mayoritaria que define el dolo como «conocimiento y voluntad», aportando una visión crítica de la concepción tradicional que se vincula a significativos nombres de las Ciencias penales española y alemana y que cada vez parece contar con argumentos más sólidos a su favor. En este sentido se ha querido hacer especial hincapié en la idea de que abandonar los postulados más clásicos no implica un cambio radical en la solución de los casos, entre otras cosas porque, como se intenta poner en evidencia, la doctrina mayoritaria trabaja con un concepto que a menudo no coincide con el que enuncia a nivel de meras declaraciones teóricas: la voluntad en el dolo ha sido abandonada —explícita o tácitamente— por la mayor parte de la doctrina.

Esta Primera Parte se estructura en cuatro grandes bloques. En el primero de ellos (*Cap. I*) se aportan los conceptos básicos que deben hacer comprensibles al lector tanto el debate histórico como el actual sobre la cuestión de la imputación dolosa. En un segundo apartado (*Cap. II*) se ofrece una perspectiva histórica de las posturas doctrinales que, sobre el concepto de dolo, fueron defendidas hasta aproximadamente los años cincuenta del presente siglo. El número de trabajos que se ocupan de esta materia es bastante elevado y, por este motivo, sólo se aporta aquí una visión panorámica de las teorías más extendidas, sin perjuicio de que se preste cierta atención a algunos planteamientos anteriores al siglo XIX por entender que su olvido, prácticamente absoluto, no siempre ha estado justificado. El tercer bloque (*Caps. III y IV*) se dedica a mostrar una visión global del actual estado de la cuestión haciendo hincapié, por un lado, en la idea de que, pese a las evidentes discrepancias terminológicas, actualmente existe prácticamente acuerdo sobre la cuestión conceptual del dolo y, por otro lado, mostrando en detalle las perspectivas más rupturistas que han surgido en los últimos años. La Primera Parte acaba con la exposición del concepto de dolo que se considera adecuado (*Cap. V*) y con una crítica a las habituales triparticiones del dolo (*Excurso*).

La Segunda Parte del trabajo se dedica al análisis de la *determinación procesal del dolo*, es decir, a establecer en qué deben basarse las afirmaciones judiciales de acuerdo con las cuales se entiende que en un caso concreto un sujeto ha actuado dolosamente. Las grandes respuestas a esta cuestión son, muy a grandes rasgos, dos. Por un lado, algunos autores entienden que, para afirmar que alguien ha actuado dolosamente, el juez debe averiguar determinados fenómenos de naturaleza psicológica (*Caps. VII y VIII*); por otro lado, y en contra de la anterior perspectiva, otros autores defienden que, para poder llevar a cabo tal afirmación, al juez no le queda otro remedio que partir de datos distintos a unos fenómenos psicológicos de imposible averiguación (*Cap. IX*). Esta Segunda Parte finaliza con la exposición y fundamentación teórica sobre cuál de estos dos puntos de vista se considera correcto, tratando de concretarlo y de aportar argumentos para superar los déficits de legitimidad que parezca plantear (*Cap. X*).

Finalmente, en la Tercera Parte del trabajo se propone una serie de *criterios de determinación del dolo* que deben permitir un tratamiento sistemático de las afirmaciones sobre la subjetividad de un individuo en un caso concreto (*Caps. XI-XVI*). El principal objetivo de los apartados que integran este bloque es intentar demostrar que también en este ámbito es posible trabajar con reglas que incorporen la pretensión de garantizar soluciones uniformes y previsibles, lo que debe hacer posible un desarrollo teórico sobre la cuestión que, a más largo plazo, puede redundar en la obtención de mayores niveles de seguridad jurídica. Sin embargo, los criterios que se proponen en estos Capítulos no deben ser vistos

como unos principios totalmente cerrados, sino, ante todo, como un punto de partida para propiciar un auténtico debate sobre esta materia. Otro objetivo de esta Tercera Parte es intentar mostrar hasta qué punto muchos de los problemas que se plantea la dogmática sobre el concepto de dolo pierden gran parte de su razón de ser cuando se atiende a las condiciones de aplicabilidad de dicho concepto. Un claro exponente de esta realidad es la discusión acerca de la intensidad del conocimiento (*Excurso*).

El trabajo acaba con un resumen de las conclusiones a las que se haya ido llegando al final de cada uno de los tres grandes bloques de Capítulos y con un esbozo de la influencia que con tales conclusiones se pretende ejercer sobre la práctica forense. No obstante, debe anticiparse que algunas de las cuestiones que de forma colateral vayan surgiendo a lo largo de los siguientes Capítulos sólo podrán ser apuntadas, ante todo porque su análisis en profundidad supondría desviarse en exceso del objetivo central de este trabajo. Ciertas implicaciones relativas a la estructura del delito y del proceso penal, así como determinadas propuestas *de lege ferenda* simplemente se sugieren, quedando pendiente su análisis en profundidad para futuros trabajos.

Por lo que a las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales respecta, se ha partido fundamentalmente de las aportaciones de las Ciencias penales española, alemana e italiana, por motivos obvios en el primer caso y por el prestigio y proximidad de culturas jurídicas (materiales y procesales) en los demás. En relación con el concepto de dolo y con la teoría del proceso y de la prueba se ha recurrido a las obras más significativas*. La enorme cantidad de bibliografía existente sobre estas materias y la posibilidad de encontrar otros trabajos que analizan a fondo estas cuestiones han aconsejado prescindir de una base bibliográfica completa hasta el último extremo. Algo parecido sucede en el análisis de las propuestas de la psicología en lo que respecta a la averiguación de fenómenos psíquicos ajenos. En este ámbito han sido analizadas exclusivamente las perspectivas psicológicas acogidas en trabajos estrictamente jurídicos o de psicología forense.

La necesidad de que los juristas se esfuercen por sistematizar y racionalizar la aplicación práctica de los conceptos que construyen parece indiscutible, con independencia de que tales esfuerzos provengan del Derecho material o del Derecho procesal. Sirvan para recalcar esta idea, y

* Con posterioridad al envío de este trabajo a la imprenta ha aparecido publicado el interesante y exhaustivo artículo de FEIJÓO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC*, 65 (1998), p. 269 ss. A ello se debe que las conclusiones a las que llega este autor no sean objeto de análisis en las siguientes páginas.

para poner fin a esta Introducción, dos citas: afirma *Klaus Volk* que «*la Justicia no sólo depende del concepto jurídico-material, sino también de la manera en cómo éste es llevado a la práctica*»; trasladada esta afirmación al ámbito de la determinación procesal del dolo, añade *Wolfgang Frisch* que «*el desarrollo de una dogmática adecuada para la constatación del dolo es mucho más necesario que todas las precisiones del concepto material*» [1]. Estas dos ideas explican de forma breve, pero contundente, la razón de ser de las siguientes páginas.

[1] VOLK, «Dolus ex re», *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 624 (cursiva añadida), y FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, pp. 554-555 (cursiva añadida).

PRIMERA PARTE

SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO

I. CUESTIONES BÁSICAS

En pocos ámbitos de discusión sobre los diversos elementos de la estructura del delito puede hallarse un número tan elevado de opiniones aparentemente discrepantes como en el que se refiere al concepto de dolo. Efectivamente, no es exagerado afirmar que, con afinidades mayores o menores, sobre este concreto elemento de la infracción penal prácticamente cada autor parece sustentar un modelo teórico distinto y el debate, en determinados momentos aplacado por una cierta sensación de estar «dando vueltas sobre sí mismo», se aviva de vez en cuando, sobre todo a raíz de determinadas resoluciones judiciales especialmente significativas[2].

Sin embargo, todo parece indicar que en las últimas décadas se puede haber ido alcanzando un cierto grado de consenso en la apreciación de un aspecto muy concreto: *el origen de casi todas las discrepancias sobre la cuestión del dolo obedece a un problema básicamente terminológico*. En este sentido, un repaso a las diversas perspectivas doctrinales permite apreciar cómo, pese a que los autores dicen trabajar con conceptos de dolo *a priori* muy distintos, casi siempre se acaban defendiendo soluciones idénticas para la inmensa mayoría de casos, un fenómeno que probablemente encuentre su explicación en la existencia de un cierto acuerdo (¿inconsciente?) sobre el núcleo de la cuestión. Avala esta forma de ver las cosas la opinión de algunas de las voces más representativas de la doctrina jurídico-penal alemana en las últimas décadas.

Así, haciendo referencia a la espinosa cuestión del límite entre el dolo y la imprudencia, no duda en afirmar *Claus Roxin* que las combinaciones de palabras empleadas por los diversos autores en este ámbito tie-

[2] La idea de que la discusión sobre el dolo posiblemente lleva dos siglos «dando vueltas sobre sí misma» fue expresada por *Günter Stratenwerth* en un trabajo de 1959. No parece que dicha sensación se haya desvanecido con lo que pueda haber dado de sí el debate durante los casi cuarenta años transcurridos desde esta afirmación. Cfr. STRATENWERTH, «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW*, 71 (1959), p. 52.

nen una naturaleza «más lingüística que material»[3]. Por su parte, *Günther Jakobs* entiende que aquellas teorías que del aspecto intelectual del dolo extraen un elemento de actitud —mayoritarias en Alemania— «apuntan a una delimitación intelectual vergonzante» pero, salvo en lo referido al proceso de fundamentación, resultan en realidad idénticas a las que optan por una definición de dolo basada únicamente en el conocimiento[4]. Un tercer autor, *Wolfgang Frisch,* añade de forma explícita que la actual discusión sobre el dolo es, ante todo, un debate sobre cuál es la terminología más adecuada o conveniente[5].

Discrepancia en las palabras y acuerdo en el fondo: «probablemente todos queremos decir lo mismo, aunque utilicemos para ello expresiones distintas», afirmó *Paulheinz Baldus*, miembro de la comisión que se encargó de discutir el Proyecto de Código Penal alemán de finales de los años cincuenta, tras una agotadora sesión en que los ponentes se enzarzaron durante horas en un vano debate para hallar las expresiones más precisas para definir el dolo[6].

[3] ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 12, n.º marg. 29. La idea de que los problemas son básicamente terminológicos se recalca *ibidem*, § 12, n.º marg. 27 y 62.

[4] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 331. La misma idea, aunque a la inversa, es formulada en España por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 103, quien afirma que «en el fondo no cambia nada» por el hecho de que la confianza en la no realización del tipo se considere un elemento autónomo capaz de excluir el dolo, o bien se reconduzca al elemento de la representación, pese a que este último punto de vista se califique de «rechazable deformación conceptual» (sobre esta problemática, cfr. *infra* III.3). Por su parte, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, pp. 422-425, admite que teorías *a priori* tan dispares como la teoría de la posibilidad y la del consentimiento llevan a los mismos resultados y que gran parte de la discusión existente entre los partidarios de las teorías actualmente más extendidas es «prácticamente nominal» (sobre estas teorías, cfr. *infra* II.2). En términos similares se expresa SCHÜNEMANN, «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», trad. S. Mir Puig, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 49.

[5] FRISCH, «Gegenwärtige Probleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 547. En España BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 225, constata cómo las grandes teorías sobre el dolo «han terminado coincidiendo prácticamente en sus resultados prácticos y por ello la discusión ha perdido gran parte de significación». En la doctrina italiana afirma PAGLIARO, «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)», en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991, p. 115, que tanto doctrina como jurisprudencia están de acuerdo en cómo resolver la inmensa mayoría de los casos y que la discusión sólo versa, por tanto, sobre cómo expresar correctamente una fórmula que consiga deslindar dolo de imprudencia.

[6] La cita completa de la intervención de *P. Baldus* es: «probablemente todos queremos decir lo mismo, aunque utilicemos para ello expresiones distintas (*Profesor Gallas:* "ésta es también mi opinión") (...) no estamos en condiciones de mostrar la diferencia [entre dolo eventual e imprudencia] con palabras, no es posible encontrar una fórmula sencilla con los medios del lenguaje que tenemos a nuestro alcance. Todos queremos decir lo mismo, pero no se puede expresar con palabras de un modo breve y a la vez preciso». Intervenciones del *Dr. Baldus* y del *Prof. Dr. Gallas* registradas en los *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bonn, 1959, vol. XII, p. 122. En esta misma sesión *Hans Welzel* apostilla: «no vamos a encontrar fórmula alguna que distinga de un modo inequívoco el dolo eventual de la imprudencia consciente» (*ibidem*).

Cómo se ha llegado a esta situación y cuáles son los términos del acuerdo doctrinal existente más allá de las disputas terminológicas son dos de las principales cuestiones que van a ser estudiadas en la Primera Parte de este trabajo. Del mismo modo debe analizarse si merece o no la pena tomar partido por una determinada opción dentro de lo meramente terminológico o si, tal vez, conviene dar la razón a alguna de las escasas voces discrepantes que pretenden quebrar el mayoritario consenso de fondo que parece existir actualmente sobre esta materia[7]. Todo ello con el doble objetivo, en primer lugar, de justificar la elección del concepto de dolo que va a ser utilizado en apartados posteriores de este trabajo y, en segundo lugar, de proporcionar al lector las nociones imprescindibles para hacer posible una correcta comprensión del actual estado de la cuestión y del punto de vista que aquí se defiende.

I.1. REGULACIÓN DEL DOLO EN EL DERECHO VIGENTE

El artículo 5 del Código Penal de 1995 afirma que «no hay pena sin dolo o imprudencia» y el artículo 10 añade que «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley». Sin embargo, no aporta el texto del Código una definición sobre qué debe entenderse por dolo, como tampoco contiene enumeración alguna de los elementos que deberán concurrir en una acción u omisión humana para que ésta deba ser considerada dolosa[8].

[7] Cfr. *infra* IV.

[8] RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16.ª ed., Madrid, 1993, p. 459, valoran favorablemente que los proyectos codificadores españoles de la década de los ochenta y de 1992 no incluyeran definición alguna del dolo. Una panorámica de la cuestión en los diversos procesos codificadores españoles en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1992, vol. V, *La culpabilidad*, p. 346 ss. En la doctrina alemana ROXIN, en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, Múnich, 1974, p. 10, considera acertado que no se incluyera una definición de dolo en el Código alemán —«la definición de los elementos generales del delito no es tarea del legislador, sino de la Ciencia»— aunque lamente que no se aportaran pautas para el dolo eventual. Por contra, sí se recoge una definición en el § 5 del Código Penal austríaco y en el art. 43 del Código Penal italiano. Para otras definiciones de dolo contenidas en diversos textos legales europeos, cfr. SCHULTZ, «Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille», *Spendel-FS*, Berlín, Nueva York, 1992, pp. 308-309. Una panorámica de las definiciones de dolo contenidas en diversos textos legales

Así las cosas, el único precepto legal al que parece posible acudir para indagar un poco más sobre el contenido del dolo es el artículo 14.1 del actual Código. Según este precepto, el error de un sujeto sobre el hecho constitutivo de infracción penal (*error de tipo*) excluye la realización dolosa de éste y, en función de la invencibilidad o vencibilidad de dicho error, procede la impunidad o el castigo del hecho como imprudente, siempre que el Código así lo establezca (art. 12 CP). Si se parte, en primer lugar, de que todo error implica un conocimiento inexacto de la realidad —realidad que en este caso viene dada por las circunstancias del hecho recogidas en el tipo penal— y, en segundo lugar, de que cuando concurre un error de tipo no es posible apreciar una realización dolosa —dado el error, las opciones son impunidad o imprudencia— *el dolo deberá implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción*[9].

Por ejemplo,

Para la comisión dolosa del delito de calumnia (art. 205 CP) hace falta que un sujeto sea consciente de que está imputando a otra persona la comisión de un delito y sepa, asimismo, que dicha imputación es falsa. Si el sujeto cree que la imputación realizada se corresponde con la realidad, no actúa dolosamente y la conducta no es punible, pues el Código no prevé castigo alguno para las calumnias imprudentes.

Para la comisión dolosa del delito de homicidio (art. 138 CP) es necesario que el sujeto sea por lo menos consciente de que con su comportamiento está dando muerte a otra persona. Si le falta dicha consciencia concurrirá un homicidio imprudente (arts. 142 ó 621.2 CP) cuando el error en que esté inmerso se considere vencible, dándose paso a la impunidad de reputarse invencible tal error.

Esta deducción del contenido del dolo (o de parte de él) a partir de la regulación del error de tipo es aceptada por buena parte de la actual doctrina[10]. También en Alemania el núcleo mínimo de consenso explícito

alemanes durante el siglo XIX en MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, p. 85 ss. Acerca de las diversas definiciones de dolo e imprudencia que se han propuesto, sin éxito, en diversos procesos codificadores alemanes, KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, p. 21 ss.

[9] En la STS de 31 de diciembre de 1996 (A 9666, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma que «cuando una persona obra sin error, es claro que obra dolosamente, pues el dolo se excluye sólo cuando existe un error sobre los elementos del tipo objetivo».

[10] SCHROTH, «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1992, p. 3, entiende que en este punto existe consenso. CRAMER, *S/S*, 25.ª ed., § 15, n.º marg. 7, añade que, aparte de la regulación del error de tipo, el objeto y contenido del dolo deben extraerse «de los principios generales de la teoría del delito». DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 27, recurre a un argumento práctico: «la mayor facilidad con que éste [el elemento cognitivo del dolo] se puede constatar o deducir de datos exter-

alrededor del concepto de dolo se obtiene a partir del § 16.1 del StGB, regulador del error de tipo[11]: *dolo es, por lo menos, comisión del hecho con conocimiento de las circunstancias de éste que pertenecen al tipo legal*[12]. Sin embargo, el acuerdo terminológico no va mucho más allá de entender que para el dolo es necesario un cierto grado de conocimiento[13]. Aparentemente, la unanimidad se quiebra cuando se entra en la discusión sobre qué fenómenos pueden considerarse auténtico conocimiento y en qué grado debe darse éste para que se puedan considerar satisfechas las exigencias de la imputación dolosa. Además, un somero análisis de los textos más elementales sobre Derecho penal permite constatar que la mayoría de autores entiende que, para que concurra una realización dolosa, hace falta *algo más* que conocer: la opinión dominante afirma que el dolo no sólo es conocer, *sino también querer* la realización de un tipo penal[14].

nos explica la razón por la que la doctrina no pone en duda su exigencia». GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984 (reimp. 1988), p. 205, entendía deducible del antiguo art. 6 bis a) CP73 no sólo el elemento cognitivo del dolo, sino también el volitivo.

[11] § 16 StGB: «*Error sobre las circunstancias del hecho*: (1) Quien al cometer el hecho no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal no actúa dolosamente. Queda abierta la posibilidad de que se le sancione por comisión imprudente».

[12] Así, MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 2.ª ed. (1933), trad. y notas de J.A. Rodríguez Muñoz, tomo II, Madrid, 1949, p. 92, sostiene, en referencia al antiguo § 59 StGB, que «la ley sólo da a entender que para la existencia de dolo es necesario un determinado conocimiento de las circunstancias de la acción punible». Más contundente PUPPE, *NK*, § 16, n.º marg. 1, quien considera que el § 16 StGB «define indirectamente el dolo», aunque «según la doctrina dominante sólo da una definición parcial». JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313, matiza que «la ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa». En sentido idéntico SCHILD, «Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt», en *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 119 y LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, p. 802. BURKHARDT, «Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik», en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 324, considera que de la ley sólo puede deducirse que no actúa dolosamente quien ignora alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal.

[13] JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 313-315, lamenta que el legislador haya optado por fijar la frontera entre dolo e imprudencia a partir de la rígida dualidad psíquica formada por conocimiento y desconocimiento, pues pueden existir casos de desconocimiento que valorativamente parezcan merecedores del mismo reproche penal que hechos conscientes. La misma idea en EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 55-58.

[14] Cfr., por todos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia, 1996, p. 555. En Alemania, cfr. LACKNER, *StGB*, 22.ª ed., § 15, n.º marg. 3, quien califica esta definición como «abreviatura imprecisa». En la doctrina italiana BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed., Padua, 1986, p. 507, entienden que el dolo debe definirse como «la voluntad de una acción u omisión de la cual se deriva un resultado lesivo previsto y querido por el sujeto activo».

Así, según esta perspectiva, para la comisión dolosa de una calumnia no basta con que el sujeto sea consciente de estar imputando falsamente a otro la comisión de un delito, sino que, además, debe querer *hacerlo. Igualmente, y con respecto al homicidio, no basta para el dolo con que el sujeto sea consciente de estar matando a otra persona, sino que hace falta, además, que* quiera *matarla.*

La adición de un elemento de carácter volitivo, aparentemente no exigido por el texto de la ley, se suele justificar por quienes la defienden a través de la etimología del vocablo «dolo»[15]. En lengua española, no obstante, parece evidente que el sentido primario de la expresión «dolo» como «engaño, fraude o simulación» no sirve en modo alguno para plasmar el sentido con que la emplea el Código y, así, se han ido desarrollando segundas acepciones del término en el exclusivo ámbito del vocabulario jurídico[16]. El fenómeno es distinto en Alemania, donde el término «Vorsatz» mantiene cierta vigencia en el lenguaje cotidiano, yendo inequívocamente ligado su significado a la idea de voluntad, propósito o intención[17]. Ello ha llevado a que algunos autores intenten estable-

[15] Según LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 401, el término «dolus» se empleaba en el Derecho romano «como equivalente a mala voluntad o ánimo de hacer algo malo». El cariz volitivo del término ha permanecido hasta la actualidad.

[16] Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia de la Lengua (21.ª ed.) dolo equivale, en su acepción primaria, a «engaño, fraude o simulación», términos que no permiten explicar la dualidad dolo-imprudencia del Código, ni siquiera desde el prisma de las teorías volitivas. En una segunda acepción, el *Diccionario* define dolo como, «en los delitos, voluntad deliberada de cometerlos a sabiendas de su carácter delictivo». Esta segunda definición tiene un origen claramente técnico-jurídico y es evidente que su núcleo de significado no coincide con el de la primera. Sin embargo, matiza GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 429, que «ni el Código Penal dice expresamente en parte alguna que dolo sea lo mismo que intención, ni ello se deduce tampoco de la regulación legal». Esta idea es planteada por el mismo autor en «Acerca del dolo eventual», *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 257-258, donde se cuestiona que se pueda equiparar voluntad a dolo y se propone que, en todo caso, dicha equiparacion se lleve a cabo «en un sentido lato, elaborado dogmáticamente». Un análisis exhaustivo de las cuestiones terminológicas en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 305 ss.

[17] Así, CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 7, afirma que «la comprensión prejurídica de los conceptos de dolo e imprudencia muestra que la diferencia entre ambas formas radica en la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo». Cfr., también, SCHILD, «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 53 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 17. Un intento de reconstruir el sentido del término jurídico «Vorsatz» a partir del significado corriente que tiene esta palabra en lengua alemana en SPENDEL, «Zum Begriff des Vorsatzes», *Lackner-FS*, Berlín, Nueva York, 1987, pp. 167-168. Este autor entiende que «el lenguaje es a menudo más sabio que mucho de lo que se ha escrito y hablado y nos aporta pistas significativas para la determinación apropiada de los conceptos», añadiendo que a veces se olvida que «en un principio, fue la palabra». Le replica HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, p. 573, afirmando que «para los juristas no fue

cer las diferencias entre el dolo «cotidiano» y el «jurídico», sobre todo desde aquellas perspectivas que pretenden eliminar la exigencia del querer como elemento necesario para la concurrencia de dolo[18]. Sin embargo, y dejando a un lado las problemáticas consideraciones etimológicas, no pocos autores entienden que el salto cualitativo que comporta la adición de la voluntad al conocimiento es el único criterio válido para separar las realizaciones típicas dolosas de las imprudentes y para explicar el diferente tratamiento que, desde el prisma de las consecuencias jurídicas, se dispensa en los textos legales a cada una de ellas[19].

El discutido elemento volitivo del dolo no debe confundirse, desde luego, con la voluntariedad de la acción, presupuesto básico e imprescindible de cualquier infracción penal[20]. Tal voluntariedad debe concurrir en todo caso para que pueda apreciarse una infracción penal: tanto quien da muerte a otro de un tiro en la nuca, como quien lo hace a consecuencia de su conducción descuidada, llevan a cabo un comportamiento voluntario —disparar o conducir— y por ello su acción puede ser castigada[21]. Por contra, la voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos que integran el tipo penal: quien mata de un tiro en la nuca *quiere,* por regla general, causar un resultado de muerte, no así quien mata a alguien a consecuencia de un descuido[22].

en un principio la *palabra* que significa hoy en día "*Vorsatz*", sino el *problema de fondo* y los dictados de la *Justicia*» (cursiva en el original).

[18] Sobre esta cuestión el trabajo más completo es SCHMIDHÄUSER, «Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch», *Oehler-FS*, Colonia, 1985, pp. 135-161. Cfr. también las consideraciones de SCHMOLLER, «Das voluntative Vorsatzelement», *ÖJZ*, 37 (1982), p. 261, quien entiende que el sentido cotidiano del término «Vorsatz» no puede trasladarse sin más al ámbito de lo jurídico.

[19] Cfr. WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 26.ª ed., Heidelberg, 1996, § 58, n.º marg. 205; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», trad. M.M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, pp. 917-918; SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 309; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 310. Sobre el distinto merecimiento de pena entre realizaciones delictivas dolosas e imprudentes, cfr. *infra* I.2.

[20] Esta idea predomina en la actual dogmática, ya sea acogiéndola desde planteamientos causalistas (la voluntad es el impulso inicial del curso causal que modifica la realidad exterior) o finalistas (la voluntad conduce finalmente la acción). Sobre esta cuestión, cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 153-157. Planteamientos algo distintos en HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 576-577 y JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 124, quien concibe la acción como el comportamiento «objetivamente imputable, evitable y culpable».

[21] La voluntariedad de la acción quedará excluida cuando el sujeto actúe bajo fuerza irresistible, a causa de movimientos reflejos, o en estados de inconsciencia (hipnosis, sueño, embriaguez letárgica); cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 185 ss.

[22] En este sentido, cfr. la clásica distinción recogida por LÖFFLER, «Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ÖZSt*, 1911, p. 149, entre «querer el resultado» y «querer el movimiento corporal». Sobre la diferencia entre voluntad como elemento de la acción y del dolo, cfr. también DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 167.

Sin embargo, resulta muy conflictiva la cuestión de si todos los elementos plasmados en los diversos tipos deben ser queridos, es decir, si tiene sentido exigir, por ejemplo, que en un hurto el sujeto deba *querer* la ajenidad de la cosa para poder reputarlo doloso, o que en unos abusos sexuales deba *quererse* que la víctima sea menor de cierta edad[23]. Así, mientras la definición usual de dolo como conocer y querer sitúa a ambos requisitos en un plano de aparente igualdad, cuando éstos se trasladan a los diversos tipos de la Parte especial, se advierte que conocimiento y voluntad no siempre pueden tener un mismo alcance. Sin embargo, ello no impide que tanto la doctrina como la jurisprudencia entiendan hoy en día de manera mayoritaria que el dolo exige que el sujeto conozca y quiera la realización del tipo delictivo[24].

I.2. EL CASTIGO DE LOS COMPORTAMIENTOS DELICTIVOS DOLOSOS

Un somero análisis del texto del Código Penal permite advertir que el legislador ha optado por asociar consecuencias jurídicas muy distintas en función de que un mismo comportamiento objetivamente típico haya sido llevado a cabo de manera dolosa o imprudente[25]. Con respecto a no pocas figuras del Código, la ausencia de dolo supone la impunidad del hecho; en otros, la realización imprudente merece, como regla general, una pena inferior a la dolosa.

[23] Pone de manifiesto esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, p. 651 y EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 401. Como afirma SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 262-263, «el ladrón preferiría que la cosa que roba no fuera ajena, sino suya; el funcionario que abusa de su poder público preferiría no poseer la cualidad de funcionario; el que abusa de un menor de edad preferiría que la víctima tuviera más de catorce años». Sin embargo, nadie se plantea que tales deseos puedan llegar a excluir el dolo cuando existe conocimiento.

[24] No se pasa por alto que desde algunas perspectivas —en otros tiempos mayoritarias— se exige para el dolo, además del conocimiento y la voluntad de la realización típica, que el autor conozca que la conducta que lleva a cabo está prohibida por una norma penal (dolo como *dolus malus*). Sin embargo, al exigir también estas teorías el conocimiento y voluntad de la realización típica, las consideraciones aquí expresadas se les pueden hacer extensivas, sin olvidar que para ellas haría falta un tercer elemento para que pudiera hablarse propiamente de dolo.

[25] Basta con comparar algunos artículos del Código Penal para mostrar esta realidad: el delito de homicidio doloso (art. 138 CP) lleva asociada una pena de 10 a 15 años de prisión, mientras que el homicidio imprudente (art. 142 CP) de 1 a 4 años cuando la imprudencia sea grave. Otro ejemplo: el tipo básico doloso del llamado delito ecológico (art. 325 CP) tiene prevista una pena de 6 meses a 4 años de prisión más multa e inhabilitación especial, mientras que su comisión por imprudencia grave (art. 331 CP), la pena inferior en grado a la anterior.

El actual Código prevé que la pena de la modalidad imprudente de ciertos tipos penales se determine reduciendo en un grado el marco penal asignado a la modalidad dolosa del mismo delito (éste es el caso, por ejemplo, del llamado delito ecológico, art. 331 CP, o de los incendios, art. 358 CP). En estos supuestos, el hecho típico imprudente valorado como más grave puede llegar a tener la misma pena que el hecho doloso valorado como más leve. Por contra, en otros tipos se constata un salto, a veces de grandes proporciones, entre el marco penal asignado a la realización dolosa y a la imprudente (en el homicidio, por ejemplo, de *hasta seis años de prisión*). Es criticable que el legislador no haya sido coherente al decidir si entre la realización dolosa y la imprudente de un mismo hecho existe una continuidad que permite imponer a las realizaciones imprudentes más graves la misma pena que a las dolosas más leves o si, por contra, existe un salto valorativo tal entre ambas figuras que debe traducirse en una rotunda separación de marcos penales. El solapamiento presenta el problema de que puede llegar a difuminar la distinción entre realizaciones dolosas e imprudentes; el establecimiento de grandes saltos entre marcos penales olvida que en la realidad los casos se presentan como un *continuum* y que pequeños incrementos en el grado de conocimiento del sujeto no parecen poder justificar grandes diferencias a efectos de merecimiento de pena[26].

Una comprensión adecuada del dolo como elemento de la infracción penal exige justificar el porqué de su pena agravada con respecto a la imprudencia. La respuesta que se aporte a tal cuestión tiene una gran importancia para, más adelante, efectuar consideraciones acerca de qué concretos hechos deben ser considerados dolosos y cuáles meramente imprudentes[27].

Resulta indiscutible que cuando la sociedad se encuentra ante la producción de resultados valorados de modo general como desagradables no juzga de igual manera a quien los ha provocado con plena consciencia y voluntad, que a aquél que los ha causado como fruto de su «inconsciencia». No cabe duda de que en el segundo de estos casos resultará más sencillo afirmar que quien padezca las consecuencias del comportamiento descuidado habrá sido víctima de un cierto grado de

[26] Sobre esta cuestión, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 116-117.

[27] El interés por vincular las definiciones de dolo e imprudencia a la necesidad de imponer mayor o menor sanción a determinados hechos en función del grado de participación subjetiva de su autor es puesto de relieve por HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 915. Entiende este autor que quien no pueda contestar a la pregunta sobre por qué razón se castiga de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente «no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables». Una enumeración de las perspectivas que se defienden en este ámbito en SCHROEDER, *LK*, 11.ª ed. (14.ª entrega, 1994), § 15, n.º marg. 8.

mala suerte, un infortunio que, con frecuencia, se hará también extensivo al propio causante del mal. Sin embargo, la *mala suerte* en cuestión no tendrá cabida alguna en el primer supuesto: el resultado lesivo se atribuirá de un modo mucho más pleno a su autor, le *pertenecerá más* en tanto que obra a él imputable[28].

Así, por ejemplo, cuando un resultado como la muerte de una persona es la consecuencia de una actuación ejecutada consciente e intencionadamente, su causación se atribuye esencialmente a quien ha llevado a cabo tal comportamiento: él es su pleno responsable. En cambio, si dicha muerte se produce a consecuencia de una actuación negligente, sólo se considera parcialmente la obra de su causante, pues, desde una perspectiva social, se entiende que en el caso concreto ha entrado en juego un mayor o menor grado de infortunio que permite juzgar de un modo más condescendiente al sujeto, haciéndole sólo parcialmente responsable de las desagradables consecuencias de su acto[29]. Basta con pensar en que, por regla general, toda víctima está dispuesta a perdonar más fácilmente a quien le ha causado un perjuicio por descuido que a quien lo ha hecho consciente e intencionadamente[30].

Es posible que de un sentimiento social como éste parta el Código Penal al establecer para los hechos cometidos de modo consciente e intencionado (doloso) sanciones más graves que para los llevados a cabo de manera negligente (imprudente)[31]. En este sentido, puede entenderse que, al fin y al cabo, la ley penal no hace en este ámbito otra cosa que asignar distintas consecuencias jurídicas a los sujetos en función de con-

[28] Una distinción similar puede observarse en lo que atañe a la atribución de resultados valorados positivamente y, en este sentido, se suele diferenciar entre el «mérito» y la simple «buena suerte».

[29] Así, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 1949, 2.ª ed. anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Benéytez Merino, Madrid, 1986, p. 222: «constantemente vemos que en la vida común de los hombres el premio y el castigo son distribuidos por sus conductas queridas. Sólo interesan para este juicio moral las consecuencias voluntarias del hecho. La teoría del dolo en el derecho criminal no es sino aplicación de esta manifestación cultural de carácter general». Cfr. igualmente FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. y notas de F. Muñoz Conde, Valencia, 1997, pp. 169-170.

[30] JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, p. 134, pone de relieve cómo «parece evidente que la falta de conocimientos, incluso en aquellos casos en que puede ser superada, es decir, cuando no es debida a la necedad sino, por ejemplo, a la falta de atención, hace que un hecho parezca más fácilmente perdonable». HASSEMER, «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», trad. F. Muñoz Conde, *DP*, 1982, p. 238, constata cómo las personas no sienten del mismo modo los perjuicios causados intencionadamente que los atribuibles a un descuido.

[31] PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS», *JA*, 1988, p. 486, afirma que la distinción entre dolo e imprudencia, pese a no ser sistemáticamente obligatoria, «se corresponde con los criterios de justicia que predominan en nuestra vida cotidiana». Cfr., también, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 15, quien vincula la dicotomía dolo-imprudencia a «nuestros principios tradicionales».

vicciones socialmente arraigadas: el autor doloso merece mayor pena que el imprudente porque es más responsable del hecho delictivo[32]. De la misma manera, no puede descartarse que, en relación con las causaciones negligentes de resultados, la colectividad se vea más identificada con el autor: cualquier persona, sin la más mínima intención de apartarse del Derecho, puede incurrir algún día en un descuido, lo que permite no juzgar tan severamente la conducta de quien efectivamente lo ha sufrido[33]. Además, en estos casos el causante del resultado se encuentra expuesto a ser, a la vez, víctima de sus propios actos, en la medida en que la causación de consecuencias que no ha querido, o ni siquiera ha previsto, puede resultar desagradable incluso para él mismo[34]. Por contra, quien actúa intencionadamente no obtiene sino el *premio* a sus obras; si una vez conseguido le desagrada lo que ha hecho o se arrepiente de ello, el sentimiento colectivo está mucho menos dispuesto a apiadarse de él: de algún modo, cuando el sujeto quiso realizar el hecho lo tuvo que querer necesariamente con sus consecuencias y, en tal medida, la aplicación del castigo no es otra cosa que proporcionar al autor uno de los desenlaces previsibles de su actuación.

Pese a su probable corrección, las anteriores consideraciones no resultan suficientes a la luz de las concepciones hoy día dominantes sobre la función del Derecho penal, pues no aportan por sí solas una explicación en clave preventiva de la diferencia de castigos previstos para el autor doloso y el imprudente. Cuando mayoritariamente se entiende que la imposición de la sanción penal no es justificable a través de la mera retribución, sino sólo a partir de la producción de determinados efectos

[32] JAKOBS, «El principio de culpabilidad», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, p. 367 ss, plantea este tema como una cuestión de *defectos cognitivos y volitivos*. Concurre un defecto cognitivo cuando un sujeto actúa desconociendo determinadas realidades, mientras que se da un defecto volitivo cuando un individuo que es perfecto conocedor de la realidad se aparta con su comportamiento de la motivación que un determinado orden considera preponderante. Así, en quien lesiona por descuido un bien jurídico concurre un defecto cognitivo, en la medida en que no ha sido realmente consciente de las auténticas consecuencias de su actuar. Por contra, quien comete intencionadamente un delito no hace sino expresar con su acto que se aparta de la motivación que el ordenamiento considera deseable y, por tanto, incurre en un defecto volitivo. «La concurrencia de un defecto volitivo (...) agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Esta diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos es tan elemental que ya los niños la usan habitualmente en cuanto han comprendido, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa "responsabilidad". "No podía saberlo" es una excusa válida, pero se considera que "no tenía ganas" no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales» (*ibidem*, pp. 367-368).

[33] Cfr., en este sentido, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994, p. 10 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 306.

[34] Así, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 312-313: «en la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio».

beneficiosos para la sociedad o el individuo a través de la amenaza de un mal o de la efectiva aplicación de éste, la afirmación de que, desde un prisma social, el hecho intencionado *pertenece más* a su autor que el realizado por descuido no basta todavía para explicar por qué el primero debe ser más gravemente castigado que el segundo. *Es necesario, por tanto, aportar una fundamentación preventiva de la diferencia de pena entre delito doloso e imprudente*[35].

Con todo, no debe perderse de vista el valor de las anteriores consideraciones, pues difícilmente el Derecho penal podrá generar algún tipo de efecto en la sociedad si se opone a las valoraciones fundamentales de ésta. Si no se atiende a tales valoraciones, el mensaje que se quiera transmitir con la sanción no podrá ser plenamente comprendido por sus destinatarios, lo que sucedería si se castigase más gravemente, por ejemplo, a un conductor despistado que a un asesino a sueldo[36]. Es necesaria, por tanto, una explicación que consiga conjugar ambos factores: la justificación preventiva y los puntos de vista que resultan comprensibles a la sociedad.

Para la consecución de este objetivo no son de utilidad aquellas doctrinas más o menos antiguas que explicaban la diferencia de pena entre imprudencia y dolo en función de la *especial maldad* del autor doloso[37]. Éste es el caso, entre otros muchos autores, de *Robert von Hippel*,

[35] Así lo entiende también FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983, p. 46 ss.

[36] KÜPER, «Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch», *GA*, 1987, p. 502, entiende que «sin recurrir a las representaciones de valor ético-sociales —que no conviene deformar en función de las finalidades del Derecho penal— no es posible moverse correctamente en este ámbito». Este autor no hace sino retomar argumentos ya expresados por GALLAS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetsrussischen Rechts*, Berlín, Leipzig, 1931, p. 37, quien afirmó que «sólo haciendo referencia a las valoraciones ético-sociales es posible fundamentar la diferente estimación de dolo e imprudencia». HASSEMER, *DP*, 1982, pp. 237-238, considera que un ordenamiento que impute responsabilidad prescindiendo del grado de participación interna del sujeto no es actualmente posible, pues «quedaría toscamente por debajo de las diferenciaciones que ya son habituales en los mecanismos cotidianos de inculpación y exculpación». Cfr. igualmente las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en *Estudios de Derecho penal*, p. 155 ss y CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 185.

[37] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín 1930 (2.ª reimp. Múnich, 1995), p. 51, donde se hace referencia a autores como *Sturm*, quien consideraba que el dolo suponía «maldad» y la imprudencia «necedad». El propio ENGISCH (*ibidem*, p. 55) critica a *Sturm* que, según su concepción de la culpabilidad, el autor doloso vendría a transgredir el mandato de «debes ser bueno» y el imprudente el de «tienes que ser inteligente». ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín, 1965, p. 60 y EL MISMO, *Untersuchungen*, p. 177, considera que la mayor reprochabilidad del autor doloso frente al imprudente se explica a través de la diversa actitud de ambos hacia el mundo de los bienes jurídicos. Utilizan argumentos similares JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des*

quien vinculaba el reproche más grave del que se hacía acreedor el autor doloso al *egoísmo* mostrado por éste anteponiendo sus propios intereses a los bienes jurídicos penalmente protegidos[38]. Aunque este modo de ver las cosas consiga describir de forma más o menos correcta una determinada valoración social, no está en condiciones de explicar en clave preventiva por qué el sujeto *egoísta* tiene que ser más gravemente castigado que el que no lo es tanto, ni cómo este mayor castigo tiene que generar determinados efectos beneficiosos para el futuro de la colectividad o del propio sujeto.

Con un problema parecido se encuentran todas aquellas teorías que afirman que *el autor doloso merece una pena más grave que el imprudente porque al primero le fue más fácil evitar la realización del tipo*[39]. Quienes sostienen esta idea tienen razón en que a un individuo que es consciente de lo que está haciendo por regla general le resulta más sencillo evitar las posibles consecuencias de su actuación que a aquél que ni

Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Berlín, 1996, p. 300: al autor doloso se le castiga más duramente por su «falta de sensibilidad frente a la pretensión de vigencia de los bienes jurídicos».

[38] VON HIPPEL, «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, 1908, vol. III, p. 567. Le critica GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburgo, 1924, pp. 83-84, afirmando que dicho egoísmo se da igualmente en el autor imprudente, pues éste también antepone sus intereses al bien jurídico: «el egoísmo sirve de base a toda reprochabilidad y por ello no puede ser un elemento de distinción entre dolo e imprudencia». En sentido similar, LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 148-149 y LIEPMANN, *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf»*, Hamburgo, 1921, p. 74. Más recientemente afirma SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 12, que «el autor doloso parece socialmente más merecedor de pena porque con su conducta hace patente que no le importan los intereses ajenos y mediante el hecho muestra además su capacidad de lesionar tales intereses». La idea del dolo como muestra de una disposición o ánimo hostil al Derecho suele defenderse también por los autores que postulan su doble ubicación en injusto y culpabilidad. Entre estos autores, cfr. GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen», *ZStW*, 67 (1955), p. 45 ss; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 305; ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 26. Críticos con esta postura, CEREZO MIR, «La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española», *ADPCP*, 1981, p. 456 ss; GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, p. 176 (nota 44); PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 4 y SILVA SÁNCHEZ, «Recensión a *Schünemann, GA*, 1985», *ADPCP*, 1987, p. 545.

[39] La idea básica es explicitada por OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., Berlín, Nueva York, 1996, p. 77, al sostener que «a quien no está en condiciones de evitar una consecuencia no le puede ser imputada como su obra». A partir de esta base deben distinguirse grados de evitabilidad. En este sentido, SAMSON, *SK*, § 16 (apéndice), n.º marg. 36, sostiene que «la evitación de consecuencias no reconocidas exige un esfuerzo superior a la omisión de acciones dolosas». SCHÜNEMANN, «Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht», *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 269, entiende que en los casos de dolo concurre el «mal uso de un poder de evitación cualificado». Cfr., también, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 103: «el conocimiento de la acción en sus dimensiones relevantes fundamenta un *acentuado poder de evitación*» (cursiva en el original). La idea se desarrolla en tono crítico en *ibidem*, p. 103 ss.

siquiera sabe lo que hace, pues a este último le es mucho más difícil advertir tales consecuencias[40]. Acudiendo a un ejemplo, a quien con la intención de matar suministra una dosis de veneno a otra persona le resulta más fácil evitar la causación de una muerte que a quien corta una curva cerrada con su coche sin saber que se avecina otro automóvil en dirección contraria. Y ello por el sencillo motivo de que el primero sabe que «está matando» y el segundo no. Sin embargo, esta teoría tampoco sirve para explicar por qué merece mayor castigo el primero que el segundo[41]. Tal vez con ella se describa correctamente una realidad, pero no se dan explicaciones que vayan más allá de coincidir con convicciones sociales ya descritas y, en el fondo, se intuye una reconducción tácita al planteamiento expuesto en primer lugar: quien no hace uso de un elevado poder de evitación demuestra una mayor maldad. Queda, por tanto, sin justificación plausible, por qué el sujeto que puede evitar más fácilmente un resultado merece, desde un punto de vista preventivo, una pena más grave que aquél a quien le resulta más difícil[42].

[40] Esta idea se encuentra presente en los planteamientos de SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und "bewußte Fahrlässigkeit")», *JuS*, 1980, p. 250, quien intenta mostrar que aquél que reflexiona y conoce un peligro tiene la posibilidad de evitar que éste origine un resultado lesivo si valora los bienes jurídicos, mientras que quien se conduce de modo irreflexivo no goza ni tan siquiera de dicha opción. Ello implica que, cuando el primero no renuncie a su plan, deberá ser más gravemente castigado.

[41] Aporta, sin embargo, una explicación en clave preventiva GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», p. 156, quien entiende que al delincuente doloso se le puede motivar con la pena porque sabe lo que está haciendo, algo que no es posible con el sujeto imprudente, pues éste desconoce los posibles efectos de su conducta. Castigar a ambos con las mismas sanciones sería un abuso de la potestad penal, pues supondría producir unos sufrimientos inútiles con los que no conseguiría evitarse un número superior de lesiones de bienes jurídicos. Sin embargo, y como el propio autor admite, este punto de vista podría llevar a defender un idéntico castigo para causaciones conscientes de resultados y puestas en peligro: «pues si se castiga la conducción negligente de vehículos con la misma pena de, por ejemplo, el homicidio doloso, se podría contar con una disminución de los delitos imprudentes de resultado, a los que precede siempre una conducta peligrosa». Para rechazar esta posibilidad este autor (*ibidem*, pp. 156-157) ya no recurre a criterios de motivabilidad, sino de distinta conmoción social.

[42] En contra de la mayor o menor evitabilidad como criterio para explicar la diferencia de pena entre dolo e imprudencia, JAKOBS, «Sobre el tratamiento», pp. 137-138, quien entiende que esta perspectiva llevaría a tratar de modo más benévolo a aquellas personas que tuvieran una voluntad especialmente determinada a delinquir, puesto que a éstas les sería siempre más difícil evitar la comisión del delito que a cualquier otra persona. Los actuales sistemas no tienen esto en cuenta y, por contra, la reincidencia o la habitualidad son circunstancias que, lejos de exonerar al sujeto, le gravan con penas mayores; cfr. EL MISMO, *Derecho penal*, p. 587. Cfr., igualmente, ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, p. 60, quien sostiene que «no puede decirse (...) que el mal uso de la libertad de voluntad sea más grave en los delitos dolosos que en los imprudentes pues, a menudo, a quien actúa dolosamente se le hace más difícil renunciar a su hecho (piénsese en un asesinato por celos) que al que actúa de modo descuidado, a quien con un poco más de precaución le habría sido posible evitar fácilmente la grave catástrofe provocada».

Un tercer grupo de autores entiende que el motivo de la mayor punibilidad de las realizaciones delictivas intencionadas radica en que los hechos dolosos expresan una *decisión del autor contra los bienes jurídicos* que, por contra, no concurre en las realizaciones imprudentes[43]. El Derecho penal pretende proteger determinados bienes jurídicos que considera valiosos para la vida en sociedad y, en consecuencia, quien actúa intencionadamente contra ellos merece una pena más grave que quien menoscaba su integridad por descuido o irreflexividad. Sin embargo, y como las anteriores perspectivas, tampoco esta teoría por sí sola consigue ir más allá de aportar una determinada valoración de la realidad de la que, no obstante, no son derivables criterios de corte preventivo, pues no se explicitan los motivos por los que debe castigarse más gravemente a quien se decide contra los bienes jurídicos, ni qué finalidades se pueden o deben conseguir con semejante castigo[44]. Surge la seria sospecha de que, en realidad, lo único que se acaba significando es que quien se decide contra los bienes jurídicos muestra una mayor maldad o insensibilidad y, por este motivo, debe ser más gravemente castigado.

[43] El origen de la idea en ROXIN, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1964, p. 59. Cfr. igualmente STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1981, § 8, n.º marg. 255; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 98; EL MISMO, «Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes», *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 324-325; ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, pp. 163-165. En España, cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia, 1996, p. 282, quienes afirman que «el delito doloso supone una rebelión consciente en contra del bien jurídico protegido». En un sentido algo distinto, LIEPMANN, *Die Reform*, p. 75, entiende que lo que caracteriza a los autores dolosos son unos fines antisociales que, por contra, no concurren en los imprudentes. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 188, sostiene que «toda forma de dolo otorga a la conducta un significado de *negación* o abierto *desprecio* del bien jurídico atacado, del que carece la conducta imprudente» (cursiva en el original). Cfr. también *ibidem*, p. 236. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 294, entienden que la pena de los delitos dolosos se justifica por el desprecio mostrado por un sujeto con respecto a un bien jurídico.

[44] Así, cuando por ejemplo HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917, afirma que el dolo es «en relación con la imprudencia un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad», probablemente esté reproduciendo de modo correcto determinadas valoraciones sociales, pero no aporta explicaciones plausibles de por qué merece una pena más grave el autor doloso, máxime cuando a la imposición de esta pena se le atribuyen una serie de funciones. Tal afirmación parece extrapolable a los planteamientos de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 59, cuando afirma (acogiendo ideas de ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 6) que «existe una diferencia cualitativa esencial entre el dolo y la imprudencia, un diferente contenido de injusto, lo que justifica la diferencia de penalidad de ambos: en el dolo nos encontramos ante "realización de planes", en la imprudencia ante simple "descuido"». Crítico con los planteamientos que justifican el castigo agravado de los comportamientos dolosos simplemente con criterios como la «mayor culpabilidad» o el «mayor injusto», FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 113-114.

Mayor relación con los fines de la pena parecen mostrar aquellas teorías que pretenden justificar el castigo agravado del hecho doloso en la idea de que éste comporta una *mayor peligrosidad para los bienes jurídicos*[45]. Sin embargo, desde el punto de vista del saldo global de los bienes jurídicos, tal afirmación es discutible: tanto el autor doloso como el imprudente han sido capaces, a fin de cuentas, de producir un resultado idéntico[46]. Además, y en términos globales, basta con pensar en que las grandes catástrofes, cuando no obedecen a causas naturales imprevisibles, son casi siempre debidas a comportamientos imprudentes[47]. Desde el plano teórico ello podría justificar, cuando menos, un idéntico castigo para ambas modalidades de realización delictiva.

En segundo lugar, y desde la perspectiva de la futura integridad de los bienes jurídicos, no siempre el autor doloso tiene que ser en lo sucesivo necesariamente más peligroso que el imprudente[48]. El sujeto que, por ejemplo, ha conseguido acabar dolosamente con la vida de la persona a la que atribuía todas sus desgracias probablemente sea en adelante menos peligroso para otras vidas que aquél que tiene la costumbre —que difícilmente se ve capaz de abandonar— de conducir todos los fines de semana a altas velocidades bajo los efectos del alcohol. Y, sin embargo, aunque se llegase a pronosticar de modo plausible que quien una vez mató dolosamente va a ser en el futuro menos peligroso que quien lo hizo imprudentemente, no por ello parece que se estuviera dispuesto a aceptar que se castigara menos al primero que al segundo[49]. Los problemas de esta concepción son, por tanto, evidentes.

[45] En este sentido, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, pp. 69-70 y 103. Cfr., igualmente, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 100 y HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917. Sostiene este último autor que «el peligro para los bienes jurídicos que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente». También utilizan argumentos de peligrosidad PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 487 y, en España, TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, p. 541, quien se adhiere a los planteamientos de *Hassemer*.

[46] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 312: «la afirmación próxima [a la idea de mayor evitabilidad y de decisión contra los bienes jurídicos], que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso, no convence: también el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad». En una línea similar, BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987, p. 279.

[47] En este sentido, basta con pensar en la mera realidad estadística de que cada año mueran más personas víctimas de accidentes de tráfico que de homicidios dolosos. Interesantes al respecto las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», p. 155.

[48] STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, versión española a cargo de E. Bacigalupo Zapater y A. Zugaldía Espinar, Madrid, 1980, p. 117, afirma que «el dolo no fundamenta por sí mismo un mayor peligro de reincidencia».

[49] Por ello, el planteamiento preventivo-especial de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917, según el cual «la reinserción del delincuente doloso supone un "cambio normativo", una

Un último punto de vista se mueve en la línea de la *prevención general*, en la versión de esta teoría defendida por *Günther Jakobs*. Según este autor, el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues, desde un punto de vista de significado social, dicho sujeto ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma infringida ante la colectividad, algo que no puede predicarse del hecho realizado imprudentemente. De forma gráfica: pese a que la norma dice «no se puede matar», el autor doloso contesta con su hecho que «sí se puede matar» y, de este modo, niega ante los demás ciudadanos la vigencia de la norma que prohíbe el homicidio[50]. Por contra, la conducta de quien actúa de modo imprudente no es más que la expresión de un error y no pone en tela de juicio, por tanto, la vigencia de norma penal alguna[51]. Además, el sujeto que actúa de modo imprudente no conoce de manera precisa qué concretos peligros está creando con su conducta, de tal modo que corre un riesgo claramente superior de padecer una *poena naturalis*, esto es, de que las consecuencias de su comportamiento descuidado se vuelvan contra él mismo o le resulten totalmente desagradables[52].

Lo que pretende significar *Jakobs* es que el sujeto que actúa imprudentemente lo hace negando las (fácticamente incuestionables) reglas que rigen la realidad y está, por tanto, irremisiblemente abocado al fracaso, mientras que el autor doloso conoce perfectamente dichas reglas y lo que

relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión de peligro», no es un argumento que acredite que *siempre* el autor doloso seguirá siendo en el futuro más peligroso que el imprudente. En esta línea se dirigen también las críticas de KÜPER, *GA*, 1987, p. 501.

[50] Cfr. JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 116-117 y EL MISMO, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, pp. 553-555.

[51] Cfr. JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 371. El delincuente imprudente no niega la norma jurídica, sino las inmutables leyes que rigen la realidad, pues «quien se comporta (...) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en el agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante». Cfr., igualmente, EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 27 ss. No lejos de estos razonamientos, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 11: «a quien pasa por alto prestar la atención adecuada a los indicios de una situación se le tiene por incapaz, torpe o desconsiderado».

[52] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313 y EL MISMO, «El principio de culpabilidad», pp. 371-372 y 378 ss. Según este autor en los casos de imprudencia podría prescindirse de la *poena forensis* y si no se hace es para mantener mediante la reprensión pública los estándares objetivos de riesgo y para evitar que se produzca un aprendizaje selectivo, porque «no todos sufren por el dolor que infligen erróneamente a otros como si fuera propio; por consiguiente, es preciso evitar que se extienda el desinterés en los casos en que sólo corren peligro personas que están lejos del autor». En idéntico sentido, JAKOBS, «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», trad. J. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1989, p. 641.

hace con su actuación es negar la vigencia de las (fácticamente cuestionables) normas jurídicas[53]. Si estas últimas normas quieren mantener su vigencia general deben generar el fracaso de quien las niega, para evitar de este modo actos de imitación e impedir asimismo que se extienda entre la colectividad el escepticismo sobre dicha vigencia[54]. Ésta es la utilidad de la pena: hacer fracasar al autor doloso, mostrando a los demás ciudadanos —ahí su función preventiva y general— que el comportamiento de aquél también conduce al fracaso y que la norma sigue vigente[55].

La teoría de la prevención general planteada en los términos en que lo hace *Jakobs* consigue dar una solución satisfactoria en términos preventivos sobre el porqué de la pena agravada de los delitos dolosos. Al autor doloso se le impone la pena como contrarréplica a la afirmación que se extrae de su hecho de que para él una determinada norma jurídica no tiene validez. La imposición de la pena muestra a los demás ciudadanos que dicha afirmación es errónea y que la norma sigue rigiendo, lo que les permitirá seguir contando con ella en sus orientaciones futuras. Por contra, al autor imprudente basta con imponerle en ciertos casos una pena menor, simplemente para garantizar los estándares objetivos de peligro[56]. Como ventaja ulterior, estos planteamientos se muestran plenamente de acuerdo con las convicciones sociales expuestas al inicio de este apartado, esto es —en terminología de *Jakobs*— con la idea de que en la sociedad actual *los defectos volitivos gravan y los defectos cognitivos exoneran*[57].

[53] JAKOBS, «El principio de culpabilidad», pp. 381-382, afirma que «quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocer sus reglas, no necesariamente fracasa con su planificación individual (...) no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la naturaleza». Cfr. también EL MISMO, «Sobre el tratamiento», pp. 135-137 y 140-141 y EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 28. El argumento de la negación de la vigencia de la norma es empleado también por HASSEMER, *DP*, 1982, pp. 238-239, en el caso de las lesiones dolosas de bienes jurídicos colectivos, mientras que para el caso de las afectaciones dolosas a bienes jurídicos individuales recurre este autor a la idea de una vejación social y personal de la víctima que no se da en los delitos imprudentes.

[54] Con todo, KÜPER, *GA*, 1987, p. 501, se muestra crítico con los planteamientos que afirman que los hechos dolosos socavan la confianza de la sociedad en el Derecho, al entender que esto no puede verificarse empíricamente.

[55] Cfr. JAKOBS, «El principio de culpabilidad», pp. 381-382. También interesantes en este punto las consideraciones de LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», trad. J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, *ADPCP*, 1995, pp. 924-926, aunque este autor prefiere designar su concepción de la pena con el término «retributivo-funcional».

[56] Acerca de los motivos por los que se castigan los delitos imprudentes, cfr. JAKOBS, «Sobre el tratamiento», pp. 141-142.

[57] Cfr. esta idea en JAKOBS, *ADPCP*, 1989, pp. 644-645 y EL MISMO, «Sobre el tratamiento», pp. 133-134. Sobre la diferencia entre *defectos volitivos* y *cognitivos* cfr. *supra* nota 32.

En la doctrina, muchos de los planteamientos anteriores suelen entremezclarse[58]. De hecho, a todas las teorías expuestas no les falta una parte de razón: las convicciones sociales llevan a castigar más gravemente a aquél que ha podido evitar de un modo más sencillo, o que de modo consciente y voluntario ha dirigido su actuación a la lesión de un bien jurídico. También es cierto que los autores dolosos suelen mostrarse en la práctica más peligrosos que los imprudentes, como muestran las tasas de reincidencia, aunque dicho criterio no pueda absolutizarse para todos los casos. Por otra parte, la decisión contra los bienes jurídicos siempre entraña la negación de la vigencia de la norma penal con la que se pretende la protección de dichos bienes. Sin embargo, el único criterio que consigue por sí solo fundamentar preventivamente la diferencia de pena entre la realización dolosa y la imprudente de un hecho es el basado en la negación de la vigencia de la norma como sentido expresado por la realización dolosa y en la pena como réplica a dicha negación.

Por estos motivos, *la tarea de fijación del concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión de sentido negadora de la vigencia de una norma penal. Por contra, basta con replicar a dicha conducta con la pena más leve asignada en ciertos casos a las realizaciones delictivas imprudentes cuando un hecho sea sólo expresión del fracaso de un sujeto en su planificación individual.* La importancia de estas ideas será puesta más adelante de relieve[59].

[58] Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-917, quien acoge los planteamientos de la peligrosidad, la decisión contra el bien jurídico y «la lesión de la norma que obliga a observar ese bien jurídico». En idéntica línea, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 40-41 y LA MISMA, «Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991», *AP*, (1) 1995, pp. 8-9. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 12, combina ideas basadas en el mayor desinterés del autor doloso y en la necesidad de que éste adopte otra postura frente a los bienes jurídicos y los valores sociales. SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), pp. 269-270, considera que los dos criterios decisivos son el mal uso de un poder cualificado de evitación y un sentimiento de mayor peligrosidad para los bienes jurídicos. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 98 ss y 497, entiende que la actuación del sujeto pese al conocimiento de la relevancia típica de la conducta expresa una decisión contra el bien jurídico y se deduce a partir del hecho una mayor peligrosidad del autor; además, desde un punto de vista preventivo-general, se afecta en mayor grado a la confianza en la vigencia de la norma. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 312, reprocha a *Frisch* que, pese haberse dado cuenta «de la mayor conmoción de la confianza en la norma por medio del autor doloso (...) no la fundamenta». En Italia, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995, pp. 305-306, emplean diversos criterios: una agresión más intensa el bien jurídico por parte del delincuente doloso y una mayor afectación a la colectividad.

[59] Cfr. *infra* V.2.

I.3. LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DEL DOLO

Analizada la cuestión relativa a la justificación de la diferente gravedad de las consecuencias jurídicas asignadas a las realizaciones delictivas dolosas y a las imprudentes, debe exponerse ahora con más detalle en qué casos puede afirmarse, según planteamientos dominantes, la concurrencia de la realización dolosa de un comportamiento penalmente típico. Ante todo, debe someterse a prueba la idea mayoritaria de que un sujeto sólo actúa dolosamente cuando «sabe» que está realizando un tipo penal y «quiere» además tal realización. Para el análisis de esta cuestión se partirá de dos ejemplos:

> *1. A. decide poner fin a la vida del amante de su mujer. Con este objetivo le espera al volante de un automóvil a la salida de la empresa en la que trabaja y, cuando le ve aparecer, dirige el vehículo contra él, empujándole violentamente contra un muro y causándole la muerte.*
>
> *2. B. conduce su automóvil por una vía pública cuando advierte que una avispa se ha introducido en el vehículo. Muy nervioso, suelta el volante y se vuelve hacia atrás para intentar ahuyentar al insecto. Fuera de control, el coche se dirige contra un transeúnte que en ese momento está cruzando la calzada por un paso de peatones, atropellándole y causando su muerte.*

Desde un punto de vista estrictamente objetivo, los dos anteriores ejemplos presentan una estructura similar, pues ambos reproducen supuestos en los que un individuo causa un resultado lesivo para la vida de otra persona arrollando a ésta con un automóvil. Sin embargo, nadie dudaría en afirmar que el primer hecho reviste una mayor gravedad que el segundo. Tal diferencia de gravedad surge, evidentemente, de la subjetividad de ambos conductores: el primero ha atropellado intencionadamente a su víctima, mientras que el segundo lo ha hecho a consecuencia de un descuido. Según la doctrina dominante, el *ejemplo 1* es una muestra evidente de realización delictiva dolosa, pues su protagonista ha sido consciente de que estaba provocando una muerte y, además, quería o tenía la intención de que ésta se produjera. Cuando concurre una realización delictiva intencionada nadie discute que el hecho merezca la pena que el Código tiene prevista para la modalidad dolosa del delito del que se trate. La doctrina suele hablar en estas situaciones de *dolo directo de primer grado* o, simplemente, de *intención* y, por regla general, se califica a esta modalidad como «el paradigma más perfecto de dolo», pues en ella concurren de modo inequívoco los dos elementos que, según la mayoría de autores, determinan lo que debe entenderse por una realización delictiva dolosa, esto es, el conocimiento y la voluntad[60].

[60] Cfr., por todos, MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1995, p. 19. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 225, plantea que en estos casos es más correcto hablar de «dolo de propósito», porque la expresión española «intención» tiene un sentido más amplio que el término alemán «Absicht» y abarca todas las modalidades de dolo.

> Habitualmente se suele también afirmar que cuando un sujeto actúa intencionadamente no tiene ninguna importancia el grado de peligro que haya advertido estar creando con su comportamiento: cuando un individuo dispara contra otro con la intención de matarle es indiferente, a efectos de dolo, que lo haga en la creencia de que es segura la producción de la muerte, o bien en la de que dicho resultado es simplemente posible o, incluso, improbable: el dolo existe en cualquier caso[61].

Por contra, el *ejemplo 2* es una clara muestra de homicidio cometido imprudentemente: el conductor ha matado a un tercero sin que la causación de tal muerte formara parte de su voluntad, sin ser auténtico conocedor siquiera de que con su comportamiento iba a provocar dicho resultado. Según la doctrina dominante, si el autor ha percibido por lo menos que con su conducta estaba creando un peligro es éste un caso de *imprudencia consciente*, mientras que, de no haber advertido tal peligrosidad, concurre un supuesto de *imprudencia inconsciente*[62]. No prevé el Código un tratamiento penológico diferenciado en función de la concreta modalidad de imprudencia que pueda concurrir en un supuesto de hecho[63].

La voluntad como criterio limitador propuesto por la doctrina dominante permite distinguir sin demasiados problemas entre dolo e imprudencia cuando el aplicador jurídico debe resolver casos como los anteriores, en los que la respectiva intención o su ausencia por parte del sujeto activo son especialmente evidentes. La cuestión se complica un poco más cuando debe aportarse una respuesta para supuestos como el siguiente:

[61] Cfr. LACKNER, *StGB*, § 15, n.º marg. 20. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 4, considera que «en los casos de intención basta, por lo que al conocimiento respecta, con que se suponga una pequeña posibilidad de causación del resultado». CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito/1*, 5.ª ed., Madrid, 1997, p. 138, afirma que en estos casos es suficiente con que el sujeto no juzgue «absolutamente improbable» la producción del resultado. NOWAKOWSKI, *WK*, 20.ª entrega (1984), § 5, n.º marg. 8, considera que, cuando existe intención, resulta indiferente el grado de probabilidad representado.

[62] Por todos, LACKNER, *StGB*, § 15, n.º marg. 53.

[63] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 13, entiende que «la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente sólo tiene un valor teórico-clasificatorio, pero ningún significado normativo». En España, el TS afirma en su sentencia de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz) que en algunos casos la imprudencia inconsciente puede considerarse más grave que la consciente, «porque refleja una falta absoluta de preocupación o una negligencia total».

F. es propietario de un edificio que se encuentra asegurado a su favor por una notable cantidad de dinero. Para cobrar la cuantía del seguro decide prender fuego al inmueble, lo que hace con conocimiento de que en éste viven personas y en la certeza de que éstas morirán si el edificio arde. Varias personas mueren a consecuencia de la acción de las llamas.

En este caso no parece tan sencillo afirmar, como en el primero de los dos anteriores, que el sujeto realmente *haya querido* causar la muerte de los habitantes del edificio. Lo único que a ciencia cierta quería dicho sujeto era cobrar la indemnización y, partiendo de esta premisa, las muertes sólo eran vistas como una consecuencia fatal ligada necesariamente a la consecución del objetivo, pero no querida por sí misma. Sin embargo, en la doctrina prácticamente nadie discute que éste sea un supuesto que merezca el mismo tratamiento que los casos de auténtica intención, pues, por así decirlo, quien se representa con certeza que con su conducta va a producir de manera necesaria determinadas consecuencias de algún modo también las quiere[64]. Afirma en este sentido *Welzel* que, «si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia»[65]. De acuerdo con esta idea, la doctrina mayoritaria engloba estos supuestos en una segunda modalidad de dolo, el llamado *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias*[66].

Sin embargo, no todos los autores se muestran de acuerdo con la idea de que, partiendo de una definición genérica de dolo como «conocer y querer», también pueda afirmarse que en el caso del dolo directo de

[64] Sobre el planteamiento histórico de la cuestión, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 90-91. RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 37, afirma que «el elemento volitivo del dolo no necesita aquí ser determinado de forma específica», mientras que DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 146, considera que en los casos de dolo directo de segundo grado también concurre el elemento de la voluntad. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 20, afirma que, si el sujeto sabe seguro que su conducta «va a llevar aparejada necesariamente un resultado típico, no puede por menos que *aceptar* esta virtualidad lesiva de la misma. Pues bien, "aceptar", aunque sea a regañadientes, también es una forma de "querer"» (cursiva en el original).

[65] WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11.ª ed., trad. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 4.ª ed., Santiago de Chile, 1993, p. 81.

[66] En la doctrina alemana a menudo se utilizan las expresiones «direkter Vorsatz» (*dolo directo*) o «Wissentlichkeit» (*a sabiendas*) para designar esta figura, en contraposición al término «Absicht» (*intención*), que se reserva para el dolo directo de primer grado. Sobre la terminología empleada por la dogmática alemana, cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 2.ª ed., trad. y notas de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remensal, Madrid, 1997, § 12, n.º marg. 2 (nota del traductor, M. Díaz y García Conlledo). En Italia algunos autores se refieren a esta modalidad de dolo como «dolo indiretto»; cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padua, 1992, p. 322 (nota 22).

segundo grado concurren ambos elementos, pues en tales supuestos el autor no *quiere* el resultado en el sentido más auténtico de la palabra *querer*[67]. Lo que estos autores pretenden poner en evidencia es que tras semejante asimilación de categorías se oculta una cierta manipulación de conceptos. Así, como afirma *Puppe*, mientras en el dolo directo de primer grado las doctrinas mayoritarias manejan un concepto psicológico-descriptivo de voluntad, éste se transforma en una voluntad normativamente imputada al sujeto cuando se pasa al dolo directo de segundo grado[68]. Con todo, estas *denuncias* no van dirigidas en modo alguno a cuestionar que hechos como el reproducido en el anterior ejemplo deban reputarse realizaciones dolosas y merezcan, por tanto, la pena correspondiente a éstas, sino sólo a poner de manifiesto ciertas incoherencias en los argumentos que emplea la doctrina dominante que adquieren un mayor relieve en otros ámbitos de la discusión.

Si ya el anterior ejemplo daba lugar a ciertas —aunque tenues— discrepancias, la solución aún parece menos clara cuando deben resolverse supuestos como el siguiente:

Los miembros de una banda terrorista secuestran a un funcionario de policía y deciden torturarle para obtener cierta información. Los métodos empleados en el interrogatorio son contundentes, pero aun así no se consigue hacerle hablar. Después de varios días de torturas, el policía se encuentra muy débil y sus captores comentan entre ellos que, si continúan torturándole, puede morir. Sin embargo, deciden seguir adelante, pues es su última oportunidad para obtener la información que les interesa. A consecuencia de las torturas el secuestrado muere sin que sus captores hayan conseguido que hable.

Lo primero que conviene plantearse ante un caso como éste es la posibilidad de subsumirlo en alguna de las dos modalidades de dolo expuestas hasta ahora. Parece evidente que tal posibilidad no cabe respecto del dolo directo de primer grado, pues queda fuera de toda duda que los

[67] Cfr. ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 27. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 271, califica de paradójico que, según planteamientos dominantes, el elemento volitivo del dolo deba exigirse en el dolo directo de primer grado y en el eventual, pero no en el dolo de consecuencias necesarias y afirma que ello «supone incurrir en una incoherencia, pues una variación "cuantitativa" —la mayor probabilidad de producción del resultado— (...) no puede nunca transformarse en un cambio "cualitativo" de los elementos que han de conformar el contenido del dolo».

[68] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 27. Añade esta autora (*ibidem*) que la justificación de esta mutación de conceptos «no se pone de relieve de una manera lo bastante clara por la doctrina dominante». También cuestionan el papel de la voluntad en el dolo directo de segundo grado, SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), p. 282; MORSELLI, «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADCPC*, 1991, pp. 887-888 y SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, p. 158.

secuestradores no querían la muerte del secuestrado; es más, puede afirmarse incluso que en modo alguno deseaban tal resultado, ya que con su acaecimiento veían desaparecer su última oportunidad para conseguir la información que ambicionaban. Tampoco es éste un supuesto de dolo directo de segundo grado, pues los captores no se representaron como cierto o seguro que su víctima llegara a morir, sino sólo como algo posible o, en todo caso, probable. Parece, pues, incuestionable que un dolo entendido en los términos expuestos no puede dar cabida en su literalidad a casos como éste, por lo que *a priori* no parecería quedar más remedio que condenar a los causantes de la muerte como autores de un homicidio imprudente[69].

Calificar de imprudentes supuestos como el anterior implica entender que la conducta de los terroristas del ejemplo reviste, más o menos, la misma gravedad que la del conductor que se pone nervioso a causa de la avispa que ha entrado en su coche y atropella a alguien provocando su muerte. Supone afirmar, por tanto, que la muerte del policía torturado se ha producido a consecuencia de un descuido o de una actuación negligente, una solución que en modo alguno puede considerarse satisfactoria[70]. Para evitar que casos como éste se castiguen como meros homicidios imprudentes, la doctrina recurre a una tercera modalidad de dolo: el llamado *dolo eventual*[71]. El dilema que explica el recurso a esta tercera

[69] Así lo entendía hace un siglo VON BAR, «Dolus eventualis?», *ZStW*, 18 (1989), p. 558, quien abogaba por dejar fuera del dolo del sujeto activo toda consecuencia que no hubiera sido deseada o representada como cierta. No lejos de este autor se halla BUSTOS RAMÍREZ, «Política criminal y dolo eventual», *RJCat*, 1984, p. 321 ss, quien entiende que debe renunciarse a buscar un elemento volitivo en casos como el expuesto *supra*, ya que éstos equivalen estructuralmente a supuestos de imprudencia, aunque concurra en ellos un elemento del injusto añadido consistente en la decisión del sujeto contra el bien jurídico. El tratamiento penológico propuesto para estos casos debía ser, *de lege lata*, su castigo como delitos dolosos con la antigua atenuante del art. 9.4.ª CP73 y, *de lege ferenda*, su inclusión en el antiguo art. 565 CP73 —donde se ubicaba la cláusula general de punición de los delitos imprudentes— añadiendo una circunstancia agravatoria basada en la concurrencia del citado elemento subjetivo. La entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha dado al traste con ambas propuestas. Igualmente en contra de ampliaciones del dolo más allá de la estricta voluntad, LIEPMANN, *Die Reform*, p. 79 ss, quien proponía, a lo sumo, introducir en determinados tipos de la Parte especial una cláusula específica de punición de las conductas llevadas a cabo con consciencia de la posibilidad de una realización típica.

[70] Cfr., en este sentido, las valoraciones de MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 7.

[71] Mientras en la doctrina española sólo se habla de «dolo eventual», en la germánica se utilizan indistintamente las expresiones «bedingter Vorsatz» (*dolo condicionado*), «Eventualvorsatz» (*dolo eventual*) y a menudo el latino «*dolus eventualis*». Crítico con el uso de la equívoca expresión «dolo condicionado», ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.° marg. 24, pues los casos que se suelen discutir en este ámbito están más próximos al querer incondicional (esto es, los terroristas del ejemplo quieren la información al precio que sea), que no lo contrario. Cfr., asimismo, SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 304 ss, donde se expone el uso que se hace de cada uno de estos términos en los diversos países de habla alemana.

categoría es el siguiente: *existen casos en que, sin concurrir propiamente voluntad de realizar un tipo penal, la conducta llevada a cabo parece, sin embargo, merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa*[72].

Llegados a este conflictivo punto, los hasta ahora prácticamente uniformes caminos seguidos por la doctrina se dividen. Así, unos autores optan por mantener a toda costa la definición general de dolo como «conocimiento y voluntad» y por tratar de encontrar en casos problemáticos como el expuesto una forma de volición que permita encuadrarlos dentro del dolo[73]. Por contra, un segundo grupo de autores entiende que ante casos como el planteado puede prescindirse de la voluntad y afirmar el dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible o probable que el resultado podía acaecer, o haya actuado con la consciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal. Sin embargo, es evidente que este último punto de vista se encuentra con serios problemas para mantener la vigencia de la definición general del dolo en los supuestos de dolo eventual[74]. Por este motivo, un tercer grupo de autores opta por reformular dicha definición, negando que para el dolo haga falta, siempre y en todo caso, *querer* la realización del tipo[75]. Lo que prácticamente nadie defiende en la actualidad es que, ante ejemplos como el expuesto, baste con castigar a los sujetos como autores de un simple homicidio imprudente.

No completamente satisfechos con ninguna de las opciones anteriores, algunos autores entienden que es tal la diferencia entre la conducta del sujeto que actúa con dolo directo de primer grado y la del que lo hace con dolo eventual que, a efectos de merecimiento de pena, convendría crear un *tercer título de imputación subjetiva* a ubicar entre dolo e imprudencia[76]. A este título intermedio, que serviría para abarcar concep-

[72] Así, TAMARIT SUMALLA, *ADPCP*, 1992, pp. 540-541, afirma que la asimilación del dolo eventual al dolo «se produce como consecuencia de una valoración según la cual la comunidad jurídica considera que determinados comportamientos *no intencionales* merecen la misma repulsa que el Ordenamiento Jurídico prevé para la afección dolosa al bien jurídico» (cursiva añadida).

[73] Cfr. al respecto *infra* II.2.A. Según FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 256, los partidarios de exigir un elemento volitivo para el dolo eventual llegan al convencimiento de dicha exigencia a través de dos posibles vías: una *inductiva*, consistente en mostrar casos como el del conductor descuidado o el del cirujano que lleva a cabo una operación a vida o muerte, para mostrar que, si no hay voluntad de producir el resultado de muerte, parece a todas luces insostenible castigar por homicidio doloso; la otra, *deductiva*, partiendo de la base de que el dolo es conocer y querer y de que, dado que el dolo eventual también es una modalidad de dolo, forzosamente debe contener ambos requisitos.

[74] Cfr. *infra* II.2.B las consideraciones acerca de la «teoría de la probabilidad».

[75] Cfr. *infra* III.2, esp. las consideraciones acerca de la teoría de *Schmidhäuser*.

[76] Sobre la posibilidad de importar al Derecho alemán la figura anglosajona de la *recklessness*, que vendría a abarcar conceptualmente el ámbito ocupado tradicionalmente por el dolo eventual y la imprudencia consciente, cfr. WEIGEND, «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 93 (1981), p. 687 ss. Este autor (*ibidem*, p. 697 ss) se acaba mos-

tualmente los casos que actualmente se discuten en el ámbito del llamado dolo eventual, debería vincularse una pena superior a la de los delitos imprudentes e inferior a la de los cometidos con dolo directo[77]. Sin embargo, esta propuesta no pasa de ser una mera consideración *de lege ferenda*, pues los textos legales de los universos jurídicos más próximos sólo toman en consideración el dolo y la imprudencia como criterios de atribución subjetiva[78].

En España se había propuesto también por algunos autores aplicar la antigua atenuante del artículo 9.4ª CP73 a los casos de dolo eventual, pero la desaparición de dicha circunstancia en el texto del Código vigente ha hecho un flaco favor a tales planteamientos que, por otra parte, nunca habían sido acogidos por la jurisprudencia[79]. Queda en pie, sin embargo, la posibilidad teórica de dar entrada a tal aminoración de pena a través de la atenuante analógica (art. 21.6ª CP), recurso apuntado por algunos autores, pero en el que no se ha insistido demasiado[80].

trando más inclinado por tratar la cuestión en el ámbito de la determinación de la pena que por la creación de una figura intermedia, pues ésta implicaría multiplicar los problemas *fronterizos* que ahora sólo se plantean entre dolo eventual e imprudencia consciente. Sobre el concepto de *recklessness*, cfr. FLETCHER, *Conceptos básicos*, p. 174 ss, DÍAZ PITA, *AP*, (1) 1995, pp. 3-7 y PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *Nishihara-FS*, Baden-Baden, 1998, pp. 151-152. Una visión escéptica sobre la posibilidad de *importar* este concepto en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 68.

[77] Ésta es la propuesta *de lege ferenda* de SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars» (1.ª parte), *GA*, 1985, p. 363, quien entiende que deberían agruparse, en primer lugar, las dos modalidades de dolo directo como formas más graves de imputación individual, en segundo lugar, el dolo eventual y la imprudencia consciente en un grado intermedio y, finalmente, en un tercer escalón, debería dejarse la imprudencia inconsciente. La valoración de posibles elementos emocionales quedaría relegada al ámbito de la determinación de la pena.

[78] Pese a ello, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado esporádicamente a favor de la conveniencia de crear un tercer título de imputación; cfr. la STS de 24 de octubre de 1989 (A 7744, ponente García Ancos) y la STS de 25 de octubre de 1991 (A 7375, ponente Montero Fernández-Cid) en la que se afirma que «sería conveniente que en el futuro la figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente».

[79] Cfr., al respecto, las propuestas de MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., trad. y notas de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, vol. I, p. 427; BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, pp. 326-327; EL MISMO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. a cargo de H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, pp. 290-291 y SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 682. Crítico con las anteriores posturas, ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, pp. 401-404, quien entendía que la atenuante del art. 9.4.ª CP73 sólo estaba pensada para los casos de preterintencionalidad homogénea y no cabía su aplicación en supuestos de dolo eventual.

[80] Cfr. MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado*, vol. I, p. 427 y LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 428. En una línea similar, ya SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes», *Sauer-FS*, Berlín, 1949, p. 247 ss, había propuesto *de lege ferenda* un sistema de atenuaciones que permitiera rebajar la pena a determinadas realizaciones delictivas cometidas con dolo eventual.

La existencia de *tres modalidades de dolo* (*directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual*) es algo que pocos autores parecen estar dispuestos a poner en tela de juicio[81]. Sin embargo, dicha tripartición es obra únicamente de la elaboración doctrinal y no goza de ningún fundamento legal explícito[82]. Por este motivo es perfectamente legítimo entrar a cuestionar *de lege lata* el porqué de una clasificación tripartita: atendiendo a todas las variaciones posibles entre los grados e intensidades imaginables de conocimiento y voluntad podría construirse una partición cuádruple o quíntuple sin demasiadas dificultades. La vigencia del *cuasi-dogma* de la tripartición del dolo también deberá revisarse en el curso de este trabajo[83].

Durante los últimos siglos el debate sobre el dolo se ha centrado básicamente en la correcta fijación de la frontera teórica entre este título de imputación y la imprudencia, esto es, en el dolo eventual[84]. Sin embargo, no es ésta una cuestión marginal dentro de la problemática general del concepto de dolo, pues los resultados a los que se llegue en el análisis de los límites inferiores de tal concepto necesariamente deberán repercutir en su definición general. El debate sobre el dolo eventual es, por tanto, el debate sobre el concepto global de dolo, y ello pese a que

[81] Hoy en día sólo abandonan de modo explícito dicha tripartición PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 155 y BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, p. 231. Sin embargo, un abandono más o menos tácito puede apreciarse en SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250, quien prefiere distinguir entre supuestos de consciencia segura e insegura (también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 55, aprecia dicho abandono por parte de este autor), o en HERZBERG «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektives Tatbestandes», *JuS*, 1986, pp. 249-262, para quien la distinción entre dolo e imprudencia es un problema a tratar básicamente en el tipo objetivo (sobre estos autores ver, resp., *infra* III.2 y IV.2.C). JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 321-325 y 315-316, parece no renunciar a la clasificación tripartita en la medida en que la intención y el dolo directo de segundo grado se exigen en determinados tipos de la Parte especial del StGB, si bien abandona la clasificación tradicional de dolo como conocer y querer y la reformula afirmando que dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias, considerando que la definición tradicional es incapaz de dar cabida al dolo directo de segundo grado y al eventual (cfr. *infra* IV.2.B).

[82] Un intento fallido de dotar de base legal a la clasificación se llevó a cabo en el § 16 del Proyecto de Código Penal alemán de 1962: «actúa dolosamente quien lo que quiere es realizar el tipo penal, quien sabe o prevé como segura la realización de dicho tipo o quien tiene tal realización por posible y se conforma con ella». Cfr., al respecto, GEPPERT, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz un bewußter Fahrlässigkeit», *Jura*, 1986, p. 610. La clasificación tripartita sí consta, por contra, en el texto legal (§ 5) del Código Penal austríaco.

[83] Cfr. *infra* el «Excurso sobre la tripartición del dolo».

[84] No debe perderse de vista que en aquellos delitos cuya realización imprudente es impune —la mayoría en el CP95—, la discusión sobre el dolo eventual es la discusión sobre las mismas fronteras del ámbito de lo punible, esto es, entre castigo e impunidad.

no demasiados autores hayan trasladado con coherencia a su definición general las conclusiones obtenidas en el *terreno fronterizo* con la imprudencia[85]. Sin perder de vista, por tanto, esta última circunstancia, conviene abordar seguidamente el análisis a grandes rasgos de los principales argumentos sostenidos a lo largo de las diversas etapas del ya centenario debate sobre el dolo en general y, particularmente, sobre el dolo eventual.

[85] En contra de que pueda construirse una doctrina específica para el dolo eventual que no afecte a la noción global de dolo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 496 ss.

II. RETROSPECTIVA: la teoría de la voluntad y la teoría de la representación

La *teoría de la voluntad* y la *teoría de la representación* constituyen las dos principales líneas teóricas en que, desde principios del siglo XIX, viene agrupándose a la mayoría de autores que se han ocupado en sus trabajos de la problemática del dolo eventual. Ambos planteamientos parten de dos presupuestos iniciales distintos para afrontar dicha problemática. En primer lugar, *la teoría de la voluntad* se aferra a la idea básica de que para el dolo necesariamente hace falta un querer y se esfuerza por encontrarlo en todos aquellos supuestos que le parecen merecedores de la pena asignada al correspondiente delito doloso. Por su parte, *la teoría de la representación* deja a un lado la perspectiva apriorística de dolo como voluntad y simplemente se plantea bajo qué presupuestos merece un hecho la sanción prevista para los delitos dolosos. Al advertir que determinados comportamientos parecen lo bastante graves como para merecer dicha sanción aun faltando en ellos una auténtica voluntad de realización del tipo, los partidarios de esta teoría abandonan la idea de que el querer deba ser un elemento imprescindible para todas las modalidades de dolo.

Salvo contadas excepciones, cuando los autores contemporáneos vuelven la vista atrás para mostrar una perspectiva histórica del concepto de dolo y su problemática, parece que ésta sea una cuestión surgida a principios del XIX y, en este sentido, rara vez retroceden más allá de la figura de *Anselm von Feuerbach*. Este hecho ha relegado al más absoluto de los olvidos a planteamientos anteriores sobre la imputación subjetiva y ha eliminado de la discusión una serie de argumentos que no necesariamente deben ser tenidos por totalmente obsoletos. Los intentos de ampliar el concepto de dolo más allá de la estricta intención no son una cuestión teórica exclusiva de los dos últimos siglos. De hecho, ya en el *Digesto* y en textos de los glosadores se observan propuestas para ensan-

char las fronteras del antiguo *dolus* romano[86]. De entre todos estos intentos, probablemente el más elaborado sea el que se materializaría, más modernamente, en las doctrinas del *dolus indirectus*.

II.1. EL *DOLUS INDIRECTUS*

No es en absoluto reciente la cuestión de hasta qué punto deben considerarse abarcadas por el dolo del autor las «consecuencias accesorias» causadas por un comportamiento suyo, es decir, los resultados provocados sin que tal provocación haya sido objeto directo de su voluntad. De hecho, este tema había sido ya tratado por la doctrina del *dolus indirectus*, sostenida en Alemania durante el siglo XVII por *Benedikt Carpzov*, quien se había inspirado en los planteamientos de juristas del *mos itallicus* y del español *Diego de Covarrubias*[87]. Esta doctrina distinguía dos modalidades básicas de dolo: el *dolus directus* y el *indirectus*. La primera concurría cuando había existido una auténtica intención del sujeto con respecto al resultado causado. La segunda, por contra, se apreciaba en aquellos casos en que, sin querer el autor directamente un resultado, había realizado sin embargo una acción a consecuencia de la cual se derivan habitualmente resultados como el efectivamente acaecido («quod inmediater et per se sequitur» o «quod sua natura cum illa re connexum esse solet»)[88]. En este último caso las consecuencias se entendían abar-

[86] Cfr. MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 75-78. Una brevísima panorámica que va del concepto de dolo romano hasta la actualidad en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pp. 292-293 y LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 401.

[87] Cfr. KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906, pp. 14-19. Puede encontrarse un interesante resumen y crítica de la teoría del *dolus indirectus* en SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986), p. 108 ss; PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 23 ss y LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 17-25. Cfr. también FRANK, «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre», *ZStW*, 10 (1890), p. 172. Sobre los juristas italianos medievales, cfr. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1.ª ed., Leipzig, 1895 (reimp. 1965), p. 104 ss. Sobre la aportación de *Covarrubias*, cfr. SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. J.M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957, p. 153 ss (esp. p. 170 ss); GEßLER, *Über den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen, 1860 (reimp. 1970), p. 22; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, vol. I, «Die Entwicklung des geltenden Rechts», Leipzig, 1895, esp. pp. 166-181; ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, p. 107 ss y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, pp. 464-465, con ulteriores referencias bibliográficas.

[88] En palabras de *Covarrubias* (citado por ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, p. 108), «concurre un *voluntarium homicidium* no sólo cuando la voluntad del autor se dirige en exclusiva a la muerte, sino también cuando se dirige a una acción de la que inmediatamente se sigue la muerte».

cadas por el dolo del sujeto, aunque éste no las hubiera querido en el sentido más estricto de la palabra «querer»[89]. Afirma *Carpzov*:

> la voluntad de cometer un homicidio se presenta en dos modalidades: directa e indirecta. La primera la tiene aquél que ataca a alguien con intención de matarle; la segunda quien inflige una herida (a otro) de la que de modo inmediato se sigue la muerte. Ambas modalidades de voluntad se refieren al hecho del homicidio y, por ello, cuando la muerte se ha seguido de un modo inmediato, merecen la pena para él prevista[90].

Como es lógico, un concepto de voluntad indirecta como el expuesto exigía diferenciar las consecuencias que se derivan habitualmente de un hecho de aquellas otras que devienen por mero azar. Respecto a estas últimas *Carpzov* afirmaba explícitamente que «lo que se produce por azar no tiene nada que ver con la voluntad, ni de modo directo ni indirecto» y entendía que el dolo del sujeto no las abarcaba[91]. Prosigue este autor:

> es evidente que quien se inmiscuye en algo ilícito debe ser vinculado a todo aquello que se sigue de su intención y de su voluntad, cuando se trata claramente de la causa habitual y tiende a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que *el autor consideró probable o pudo considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder* (...) con respecto a quien se propone prender fuego a una casa y lo hace, si a consecuencia del fuego se queman otras casas, se le deben imputar todas, pues, como es evidente, el fuego tiende a extenderse a las casas colindantes[92].

[89] Cfr., al respecto, LESCH, *JA*, 1997, p. 803, quien ve en esta teoría un intento evidente de normativizar el concepto de voluntad.

[90] CARPZOV, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635, quaestio I, n.º marg. 30, trad. al alemán del fragmento original en latín por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 26. Según MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 81, la diferencia entre *Covarrubias* y *Carpzov* radica en que el primero entendía que la causación de un resultado mediando *dolus indirectus* merecía una pena menor que la causación por dolo directo, mientras que el segundo proponía la total equiparación de ambos conceptos a efectos de sanción. Cfr., igualmente, ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, pp. 110-111.

[91] CARPZOV, *Practica nova*, quaestio I, n.º marg. 31, traducido y citado por PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 18-19. *Carpzov* (citado por KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 16) distinguía el caso en que un sujeto golpea a otro con el puño cerrado, de aquél en que el golpe se propina con la palma de la mano: «si, con todo, se produce la muerte como resultado de un golpe con la palma de la mano tal muerte no puede ser imputada al dolo, *cum rarissime vix occidere quet, ut ex alapo quis moriatur*». KLEE, *ibidem*, pp. 16-19, aporta más argumentos en este sentido. Sobre *Carpzov*, cfr. igualmente GEßLER, *Über den Begriff*, p. 26 ss y HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 34 ss.

[92] CARPZOV, *Practica nova*, quaestio I, n.º marg. 29 (cursiva añadida), trad. al alemán del fragmento original en latín por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 24-25. La idea de «que la tendencia manifiesta del delito-base hacia el resultado más grave basta para la imputa-

Afirma *Klee* que, cuando la doctrina del *dolus indirectus* empleaba el término «deber-conocer», no hacía referencia al «reproche del desconocimiento que da lugar a la imprudencia, sino al deber-conocer que se sigue de un principio general de experiencia y que no puede revocar la arbitrariedad de lo individual con base en un desconocer o no creer», pues «a partir de vagas esperanzas o deseos, creencias irreflexivas u opiniones, nadie puede atreverse *in casu* a anular una regla causal o de peligro que conoce y que también rige para él»[93]. En tal medida, la doctrina del *dolus indirectus* no puede ser equiparada a la del *versari in re illicita,* pues la primera sólo incluye en el dolo del sujeto los resultados que según la experiencia suelen seguirse de un acto inicial, no los que se producen por mero azar[94]. Puede apreciarse, sin embargo, que *Carpzov* no exigía que el sujeto se hubiera representado las consecuencias accesorias que se le imputan, sino que consideraba suficiente que se las hubiera podido o debido representar, teniendo en cuenta que, en la línea del *mos itallicus*, se entendía que sólo los locos podían dejar de representarse aquellas eventuales consecuencias accesorias que se pueden derivar de forma evidente de una determinada actuación. En este concreto punto se diferencia esencialmente el *dolus indirectus* de las actuales teorías sobre el dolo, ya que estas últimas exigen representación actual de las posibles consecuencias de la acción y es evidente que dicha representación no se da cuando el autor sólo *pudo* o *debió* prever[95]. Ya en los

ción» e incluso el ejemplo del incendio, ya es posible encontrarlos en textos de juristas del *mos itallicus* medieval, como *Bártolo* o *Baldo*. Cfr. al respecto KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 11: «*Baldo* entiende que aquél que con la intención de lesionar se sirve de un arma apropiada según su naturaleza y modo de utilizarla *in concreto* para causar la muerte de alguien, debe haberse dado cuenta de la posibilidad de muerte».

[93] KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 14. Considera este autor (*ibidem*, pp. 11-12), que «no se trata del desconocimiento de la imprudencia, del deber-conocer mediante la observación del cuidado debido, sino de un desconocimiento que entra en contradicción con el conocimiento general, de un deber-conocer del sentido común, pues la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter generalmente reconocido como peligroso de una acción, sino sólo en el error sobre la existencia de las circunstancias de hecho que fundamentan el carácter de peligroso. "Putare debuit" significa que el autor en modo alguno pudo no haber contado con el resultado. No tiene importancia alguna que a consecuencia de conexiones de arbitrarios factores subjetivos no cayera en la cuenta, pues la valoración de las conductas humanas no se efectúa según una medida subjetiva, sino según una medida objetiva que rige de igual manera para todos los sometidos al Derecho y que viene dada por la experiencia de la vida cotidiana».

[94] RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, pp. 464-465, afirman que «la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque redujo la imputación a título de dolo a sólo aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto». En idéntico sentido LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 264.

[95] No está demasiado claro si el *dolus indirectus* fue postulado en su momento como algo relativo al concepto de dolo o a su prueba; cfr. al respecto PUPPE, *ZStW*, 103 (1991),

trabajos de un autor del siglo XVIII, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer,* comentarista de la obra de *Carpzov*, el dolo adopta un cariz mucho más psicológico[96]. Así, afirma este autor que

> quien quiere una causa típica no puede no querer el resultado *cuando es previsto o conocido,* lo que se designa habitualmente, aunque de modo abusivo, como necesario. Si no quería aquello, sino que quería lo contrario, es decir, algo que de modo usual no puede existir al mismo tiempo, es señal de que no se trataba de una mente sana, sino de un loco. Dado que todo se observa como llevado a cabo por una mente racional que actúa de modo consecuente, la voluntad concreta en relación con cualquier estado de cosas no puede regir sin la simultánea voluntad concreta que tiene en cuenta lo que según su naturaleza suele estar unido a aquel estado de cosas y podía ser previsible[97].

Entienden algunos autores que *von Böhmer,* en sentido distinto a *Carpzov,* no parece conformarse para afirmar el dolo con un conocer general de la peligrosidad de determinadas conductas que se presume también en el autor concreto, sino que en su planteamiento se exige que el sujeto haya previsto efectivamente el resultado y sólo en estos casos se afirma que dicho sujeto «no puede dejar de quererlo»[98]. En la obra de *von Böhmer*, además, se emplea ya la expresión *dolus eventualis* como equivalente a *dolus indirectus*[99].

La doctrina del *dolus indirectus* empieza a caer en desgracia a finales del siglo XVIII, principalmente por acción de *Feuerbach,* quien criticó severamente a los autores que la sostenían por atribuir a la voluntad del sujeto cosas que éste realmente nunca quiso. Desde su punto de vis-

p. 23 y LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 160, quien entiende que, dado que no cabía prueba en contra, el *dolus indirectus* era «un concepto puro de Derecho material».

[96] Un interesante estudio sobre la figura de *von Böhmer*, en SCHEFFLER, «J.F.S. von Böhmer (1704-1772) und der dolus eventualis – Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?», *Jura*, 1995, pp. 349-356.

[97] VON BOEHMER, *Observationes selectae ad Benedictus, Carpzovi JC. Practicam novam rerum criminalium imperialem Saxonicum*, 1759, pars I, observatio II, quaestio 1, n.º 62, fragmento traducido del latín al alemán por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 27 (cursiva añadida).

[98] Según SCHEFFLER, *Jura*, 1995, p. 356: «*Böhmer* fue quien, por vez primera, defendió una relación subjetiva y no objetiva del autor con el resultado causado: el conocimiento del peligro y, de ahí, el "deber habido querer"». Cfr. igualmente SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, p. 125: «mientras *Carpzov* sólo hacía depender la existencia de *dolus indirectus* de que el autor hubiera podido y *debido* prever el posible acaecimiento del resultado, este "*deber*-prever", según *Böhmer,* sólo tiene trascendencia probatoria en caso de verdadera previsión» (cursiva en el original).

[99] Cfr. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 172 y VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 553, quien afirma que *von Böhmer* «fue tal vez el primero que habló de una eventualidad». Cfr. también SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 124-125.

ta, «una intención indirecta es algo impensable»[100]. Entiende, sin embargo, *Puppe* que fue ésta una crítica injusta, pues *Carpzov* se había preocupado por distinguir claramente lo querido de forma directa de lo sólo indirectamente perseguido y, en este sentido, *Feuerbach* ignoró por completo el fundamento normativo de la teoría del *dolus indirectus*, juzgándola sólo en clave psicológica[101].

Según *Puppe*, el hecho de que las anteriores críticas prosperasen implica «un *giro histórico para la teoría del dolo*»[102]. Así, tras la aportación de *Feuerbach* la discusión doctrinal plantea siempre la cuestión de la imputación dolosa como algo fundamentalmente referido a la representación y voluntad del sujeto, entendidas éstas como fenómenos de naturaleza psicológica[103]. Sin embargo, es posible que el espíritu del *dolus indirectus* perviva hoy en día en el juicio de previsibilidad que se realiza en la imputación objetiva, en el que no se indaga el contenido de representación del autor concreto, sino que se utilizan criterios sobre lo que

[100] Las críticas de FEUERBACH a la teoría del *dolus indirectus* se encuentran en «Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere», *Bibliothek des peinlichen Rechts der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, vol. II, 1804 (reimp. 1985), p. 234 ss. Su antecedente más inmediato es CHRISTIANI, «Die Chimäre eines Todtschlages aus indirectem Vorsatz», *Niedersächsisches Archiv für Jurisprudenz, und juristische Litteratur*, vol. 1, 1788, p. 3 ss. Cfr. al respecto LESCH, *JA*, 1997, p. 804. Un buen número de autores vinculan el *dolus indirectus* al *versari in re illicita*, cuando en realidad, según afirma PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 26, *Carpzov* «recalcó una y otra vez que al autor sólo se le imputan como co-causados dolosamente los resultados directos y habituales que se producen junto con los efectos intencionados de una conducta» y «los diferenció de los resultados simplemente casuales». Sobre lo erróneo de tal vinculación, cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 19 y JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 380 (nota 27).

[101] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 20-21 y LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), p. 28. Autores como VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 554, vinculan claramente los conceptos objetivos de dolo al proceso inquisitivo y rechazan su compatibilidad con los modernos procesos orales, donde rige la libre valoración de la prueba.

[102] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 22 (cursiva en el original). Esta autora manifiesta sus dudas sobre si «realmente fue éste un avance histórico tan grande como generalmente se ha afirmado», aunque admite que «otra cuestión es si el espíritu de aquellos tiempos habría permitido que el cambio de agujas se produjera en otra dirección». En las teorías que actualmente propugna *Puppe* se pueden apreciar no pocos paralelismos con la antigua teoría del *dolus indirectus* (cfr. *infra* IV.2.D). JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 380 (nota 27), está de acuerdo con *Puppe* en que el abandono del *dolus indirectus* «fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo», añadiendo que «el problema de la ignorancia por desinterés espera desde entonces (...) a que se le dé una solución».

[103] Así, por todos, VON LISZT, «Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlín, 1905 (reimp. 1970), p. 253. Este autor recalca las diferencias entre el dolo eventual y el *dolus indirectus* —que vincula al *versari in re illicita*— afirmando que el primero exige previsión efectiva del resultado, sin que baste con que el autor hubiera podido o debido prever.

es previsible para un hombre medio[104]. Como se analizará más adelante, otro ámbito en el que es muy posible que sobrevivan ocultos los argumentos del *dolus indirectus* es el de las máximas de experiencia que suelen emplearse para la determinación procesal del dolo[105].

II.2. DE *FEUERBACH* a *HORST SCHRÖDER*

Como se ha anticipado ya, las principales corrientes teóricas que se abren paso a medida que el *dolus indirectus* va cayendo en desgracia plantean la solución al problema del dolo como algo a resolver siempre en referencia a la subjetividad del concreto autor enjuiciado. Así, *Feuerbach* equipara el dolo a la intención entendida en sentido psicológico y junto a él establece la figura de la *culpa dolo determinata*, un criterio de imputación a aplicar en los casos en que el sujeto, en la comisión de un delito-base doloso, hubiera causado además un ulterior resultado lesivo previsto como posible, pero no querido[106]. Sin embargo, esta propuesta no gozó de una acogida demasiado calurosa entre la doctrina y el término que se acabaría imponiendo para abarcar conceptualmente estas situaciones sería el de *dolo eventual*.

Las dos grandes teorías que predominan en el siglo XIX y en buena parte del XX se plantean como construcciones dogmáticas específicas para intentar resolver los intrincados límites entre el dolo y la imprudencia. Sin embargo, es difícil llegar a establecer en qué momento y con qué autor concreto el antiguo *dolus indirectus* objetivo da paso al moderno y subjetivo *dolus eventualis*, pues en la doctrina se entremezclan constantemente leves variaciones conceptuales y terminológicas y, además, las fuentes son contradictorias[107]. En cualquier caso, y una vez

[104] Cfr. SCHEFFLER, *Jura*, 1995, pp. 351-352. Este autor afirma que para las teorías del *dolus indirectus*, «hablando modernamente, era suficiente con la imputación objetiva».

[105] Cfr. *infra* IX.2.

[106] El planteamiento de FEUERBACH en su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.ª ed., Giessen, 1803, § 59. En la 13.ª edición del mismo *Lehrbuch* (§ 60, nota) MITTERMAIER califica la figura de la *culpa dolo determinata* de «errónea» y le acusa de «confundir casos diferentes». Sobre esta misma figura, cfr. HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 43 ss.

[107] Según KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 20, a partir de *von Almendigen*, a inicios del XIX, el antiguo *dolus indirectus* deriva hacia el actual *dolus eventualis*, para el que se exige siempre representación. Según este autor, la diferencia clave entre las antiguas doctrinas y la postura de *von Almendigen* radica en que éste niega el dolo cuando el sujeto se auto-persuade de que el resultado no va a producirse, independientemente de lo que pueda decir la experiencia general. Según GEßLER, *Über den Begriff*, p. 33, fue *von Böhmer* quien abrió el camino al dolo eventual. Matiza LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 172, que *von Böhmer* sólo se refería al dolo eventual como sinónimo del dolo indirecto. FRANK, *ZStW*, 10 (1890), p. 173, afirma que el primero en exigir una representación con

asentada la idea del dolo eventual psicológico, las dos principales corrientes doctrinales en que se puede agrupar los numerosos planteamientos que existen sobre la materia son *la teoría de la voluntad* y *la teoría de la representación*. Ambas plantean la cuestión del dolo como algo psicológico, es decir, un concepto a construir en referencia a una realidad que hay que ubicar en la subjetividad del autor y que dentro de la estructura del delito se sitúa en la culpabilidad.

A) La teoría del consentimiento

La *teoría de la voluntad* va tomando cuerpo entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, cuando las ideas sobre el dolo como intención psicológica se consolidan[108]. Durante este último siglo sus planteamientos se extienden por Alemania, hasta devenir doctrina mayoritaria e inspirar la mayor parte de las sentencias del *Reichsgericht*[109]. El punto de partida de esta teoría es la idea de que, si el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica, esta definición debe ser válida incluso en los supuestos límite[110]. El problema que se plantea a

contenido propio frente a la antigua voluntad del *dolus indirectus* fue *Nettelbladt*. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 28-29, considera que el actual dolo eventual tiene sus raíces en el *dolus alternativus* de *Mittermaier*, formulado a mediados del XIX en FEUERBACH, *Lehrbuch*, 13.ª ed., § 59 (nota). En HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 39 ss, se puede apreciar la evolución histórica del concepto de *dolus indirectus* y ver cómo con este término se llegaron a designar estructuras que poco tenían ya que ver con las ideas de *Carpzov*. El mismo HEMMEN, *ibidem*, p. 54, atribuye la *paternidad* del término *dolus eventualis* a *von Groß* y *Henke*. Finalmente, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 86, atribuye a *Henke* la primera formulación precisa del concepto de dolo eventual.

[108] Según PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 28-29, los planteamientos de la teoría volitiva del consentimiento deben vincularse a las ideas formuladas por *Mittermaier* a mediados del XIX y plasmadas en la figura del *dolus alternativus*, que debía regir en aquellos casos en que el autor se había representado posibles consecuencias accesorias a su actuación y había estado conforme con ellas, de tal manera que, para el caso concreto, las había querido. Dichos planteamientos fueron expuestos por MITTERMAIER en la 13.ª ed. de FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 59 (nota).

[109] Para un ejemplo especialmente representativo de esta jurisprudencia, cfr. la sentencia del *Reichsgericht* de 7 de diciembre de 1899 (RGSt, vol. 33, p. 5 ss), donde se sostiene que «la conformidad con el resultado es un elemento independiente que, como la consciencia de la posibilidad del resultado, requiere también de una determinación específica». Puede encontrarse una relación de sentencias del *Reichsgericht* en que se siguieron estos planteamientos en VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903, pp. 6-7; MEZGER, *Tratado*, tomo II, pp. 165-166; ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 93 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 25. La expresión que suele caracterizar la postura del *Reichsgericht* es la de que el sujeto debe haber estado de acuerdo («einverstanden sein») con el acaecimiento del resultado para que exista dolo; cfr. al respecto FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 255. Sobre la jurisprudencia del *Reichsgericht* acerca del dolo, cfr. asimismo GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 90 ss y VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 262 ss.

[110] Cfr., por todos, VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 94: «hoy en día sólo existen dos formas de culpabilidad: dolo e imprudencia. El dolo eventual no es una tercera forma que se ubique entre las dos anteriores, sino solamente un caso especial de dolo».

este modo de ver las cosas es que, en determinados casos, no resulta en absoluto evidente que pueda afirmarse que el sujeto haya querido la realización de la conducta típica y, sin embargo, tales supuestos parecen hacerse acreedores del castigo asignado a los delitos dolosos y no del previsto para los imprudentes[111]. Para salvar este problema, a los partidarios de la teoría de la voluntad no les queda otro remedio que recurrir a ampliaciones del concepto «querer», admitiendo que también *quiere* el sujeto que, además de representarse como posible la realización del tipo, mantiene una «especial relación emocional» con el resultado o demás circunstancias del hecho que deban abarcarse dolosamente[112]. Más allá de la voluntad en sentido estricto, el querer es ampliado a otro género de «relaciones emocionales».

De acuerdo con esta idea, y en función de las diversas versiones de la teoría de la voluntad, para que exista dolo eventual se considera suficiente que el sujeto «haya estado de acuerdo con la realización del tipo (*einverstanden sein*), la haya ratificado (*genehmigen*), se haya resignado a ella (*in Kauf nehmen*)[113], haya estado de acuerdo con ella (*zustimmen*), la haya consentido (*einwilligen*), la haya aprobado (*billigen*), dado por buena (*gut heißen*), contado con ella (*rechnen mit*), incluido en sus objetivos (*in seinen Zweck einschliessen*) o ambicionado eventualmente (*eventuell erstreben*)»[114]. De todas estas expresiones, las que iban a go-

[111] Tal problema se plantea porque, utilizando términos de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 256, los partidarios de la teoría de la voluntad trabajan de modo básicamente deductivo: parten de un concepto predefinido de dolo («conocer y querer») y, *a posteriori*, analizan en qué casos concurren ambos elementos.

[112] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 92. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 247-248, expone, en tono crítico, que el *mérito* de la teoría de la voluntad (en su variedad del consentimiento) está en que, ante la incómoda situación de no encontrar la voluntad del sujeto, pero tampoco querer castigar meramente por imprudencia, «disipa nuestros posibles escrúpulos: nos dice que el hecho, en realidad ha sido querido y que, por ello, no hay dificultad para imponer el castigo por delito doloso que parece exigir el "sentimiento de justicia"». DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 140 (nota 1), afirma que la mutación de la voluntad en el dolo eventual en elementos como el «consentimiento» o la «aprobación» se debe a las dificultades de prueba que plantea la voluntad en sentido estricto; sin embargo, las dificultades de prueba son las mismas, pues tan difícil es probar una auténtica voluntad como una aprobación. Parece más acertado, por contra, atribuir este fenómeno a que la exigencia estricta de la voluntad deja fuera del dolo muchos supuestos que, sin embargo, parecen merecedores de la pena de los delitos dolosos.

[113] Sobre la difícil traducción de este término cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 247 (nota 16) y SILVA SÁNCHEZ, nota del traductor en SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 69.

[114] La terminología proviene de ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 92, quien aporta un listado de los autores que defendieron estas ideas. Puede encontrarse otra relación de las expresiones usadas para caracterizar el elemento emocional-volitivo del dolo eventual por las diversas variantes de la teoría de la voluntad en VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 98-99 y

zar de mayor éxito serían «aprobar» y «consentir»; por este motivo estas perspectivas se agrupan a menudo bajo el apelativo genérico de *teoría de la aprobación* («Billigungstheorie») y, sobre todo, de *teoría del consentimiento* («Einwilligungstheorie»). Desde su óptica, en los casos en que un sujeto haya actuado en la esperanza o con el deseo de que el tipo no se realizara, falta la relación emocional exigida para afirmar el dolo eventual y sólo puede afirmarse una realización delictiva imprudente.

A los defensores de estas teorías se les plantea el problema de cómo apreciar en cada caso si concurren o no las peculiares relaciones emocionales exigidas. Paradójicamente, la más exitosa de todas las propuestas formuladas para la resolución de esta problemática iba a ser la planteada a finales del XIX por *Reinhard Frank*, un partidario de la teoría de la representación. El mismo autor se encarga de explicarla comparando dos supuestos: el caso de un bandido que para probar la potencia de su fusil dispara a unas personas situadas a una gran distancia y el del individuo que fuma en la cama pensando en la posibilidad de provocar un incendio. ¿Qué diferencia existe entre ambos casos?

> Yo creo —afirma *Frank*— que es evidente: el bandido habría disparado igualmente aunque hubiera sabido que se produciría la muerte. El fumador habría apagado el cigarrillo si hubiera sabido que iba a caer una chispa en la cama y que la casa iba a arder. La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo (...) Esto es lo que por aquí y por allá se denomina «consentimiento» [115].

Esta forma de razonamiento, denominada *primera fórmula de Frank*, resultó especialmente atractiva para numerosos partidarios de la teoría de la voluntad, entre ellos *Robert von Hippel*, quien contribuyó de modo decisivo a su divulgación. El traslado de la *fórmula* a la teoría del consentimiento se plasma en la siguiente definición: *debe afirmarse que concurre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura* [116].

Las críticas recibidas por su *primera fórmula* llevaron a que *Frank* variara parcialmente su postura y en trabajos posteriores plantea la denominada *segunda fórmula de Frank* [117]: existe dolo cuando el sujeto, representándose como posible la realización del tipo, se dice a sí mismo: «*con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actúo*» [118]. Esta *fórmula* sustituye o acompaña a la *primera* en las diversas ediciones de su obra, aunque, si se presta atención a su contenido, el elemento emocional del consentimiento ya no parece tener una sustancialidad propia, pues la nueva *fórmula* sólo se basa en la concurrencia de dos elementos: primero, que el autor se represente la posibilidad del resultado («con independencia de lo que pueda pasar...») y, segundo, que pese a ello lleve a cabo su conducta («... en cualquier caso, yo actúo»), esto es, acción acompañada de representación [119].

HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 56. Según VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 255, entre todas estas expresiones no existe una diferencia sustancial.

[115] FRANK, *ZStW*, 10 (1890), pp. 210-211 y 217. La apelación de *Frank* al consentimiento debe interpretarse, en su postura personal, como un intento de demostrar que dicho elemento es superfluo. En un sentido similar emplea la *fórmula* VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20.ª ed., trad. L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña, 3.ª ed., Madrid, s/f., tomo II, p. 413 (nota 5), también partidario de la teoría de la representación. Según ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 97-98, el razonamiento de *Frank* proviene de ideas ya expresadas en 1844 por *Breidebach*.

[116] VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 140, entiende que debe concurrir dolo eventual «cuando el autor prefirió la producción conjunta del resultado apetecido y del antijurídico antes que la renuncia a sus intereses», e imprudencia «cuando actuó en la esperanza de que el resultado no iba a acaecer». La *primera fórmula de Frank* debía emplearse para probar en qué casos se dio dicha preferencia por parte del sujeto y *von Hippel*, como afirma GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 59, se convirtió en su auténtico «apologista». Sobre la adopción de la *primera fórmula* por la jurisprudencia del *Reichsgericht*, cfr. VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 96 ss. GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 58, entiende que a partir de la *primera fórmula de Frank* conviven dos teorías del consentimiento distintas: una teoría del consentimiento *positiva* —que excluye el dolo cuando el autor espera o se ha persuadido de que el resultado no va a producirse— y otra *hipotética*, que se basa en los planteamientos de la *primera fórmula*. En GROSSMANN, *ibidem*, pp. 61-62, puede encontrarse una clasificación de partidarios de la *Einwilligungstheorie* en función de si se adhirieron a su formulación hipotética, se basaron en ideas como que las esperanzas excluyen el dolo, en la *segunda fórmula de Frank* o en otros planteamientos mixtos.

[117] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 100. Según GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 61, no está claro qué papel desempeñaban las dos *fórmulas de Frank*, es decir, si eran meros medios de prueba o auténticas definiciones, ni cómo se interrelacionaban, entre otras cosas porque el mismo *Frank* fue variando su propio punto de vista en diversos trabajos. Desde luego, en la traslación de la *primera fórmula* a la teoría del consentimiento llevada a cabo por VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 99-101, dicha *fórmula* se postula como «prueba práctica» de la existencia del elemento emocional-volitivo del dolo eventual.

[118] Sobre las diversas redacciones que *Frank* dio a su *segunda fórmula*, cfr. GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 60-61. Según este autor, la *segunda fórmula* ya no puede entenderse desde la perspectiva hipotética, sino que constituye una modalidad positiva de la teoría del consentimiento, en la medida en que parte de una concreta y existente realidad psíquica. Así, añade este autor (*ibidem*, p. 74), que «la segunda fórmula no supone una mejora de la primera, sino un completo abandono de ésta».

[119] SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 167, entiende que si se desvincula la *segunda fórmula* de la *primera* se llega a la teoría de la representación. ROSS, *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979, pp. 88-89, afirma, por su parte, que «es una ilusión creer que con esta [segunda] fórmula se ha eliminado el elemento hipotético [de la primera]», pues en el caso de la *segunda fórmula* lo que debe haber tenido claro el autor es que no habría dejado de actuar aun habiendo conocido la segura producción del resultado. De hecho, en la

El éxito de la *segunda fórmula* ha sido, juzgado con la perspectiva de un siglo, mucho mayor que el de la *primera*[120]. El hecho de que ya no obligue al juez a enfrentarse con una hipótesis, sino con el auténtico contenido de representación con que ha actuado el sujeto, libera a esta nueva *fórmula* de la mayor parte de críticas dirigidas contra su predecesora[121]. No obstante, el elemento emocional-volitivo del dolo eventual aparece claramente desdibujado en la *segunda fórmula de Frank*.

La teoría del consentimiento en sus diversas versiones se ha hecho acreedora, a lo largo de la historia de la moderna dogmática jurídico-penal, de un incontable número de críticas. Ante todo, a la *primera fórmula de Frank* se le reprocha que no fundamente la existencia de dolo en un hecho real, sino en una mera hipótesis: cómo habría actuado el sujeto en caso de saber con certeza que se iba a producir el resultado[122]. Dado que la *fórmula* exige que el juez pruebe un hecho que nunca ha acaecido, y dada la poca credibilidad que merece la declaración del acusado, muchos autores opinan que el juicio se acaba llevando a cabo a partir de la personalidad del sujeto, esto es, los bandidos actúan dolosamente, los fumadores irresponsables lo hacen de modo imprudente[123]. En este sentido, resulta paradigmático el ejemplo expuesto en su *Tratado* por *Jiménez de Asúa*, uno de los principales partidarios de las *fórmulas* en la doctrina hispana:

> Una prostituta que padece cierta enfermedad venérea mantiene relaciones sexuales con un *cliente*. Según este autor, la prostituta, «deseosa de no perder el precio de su "trabajo", consiente en la eventual transmisión de la enfermedad» y actúa, por tanto, dolosamente. En una segunda variante del caso, quien padece la enfermedad es el *cliente*: afirma al respecto *Jiménez de Asúa* que «el frecuentador de prostitutas que se sabe aquejado de un mal venéreo prevé la posibilidad de transmitírselo a la mujer con quien yace; pero espera que no ocurrirá así y de haber estado seguro de que contaminaría su blenorragia o su sífilis se hubiera abstenido del coito»[124]. En consecuencia, el cliente sólo actúa de forma imprudente.

Más allá de las *fórmulas*, otro serio problema que plantea la teoría del consentimiento es atribuible a que, de entrada, resulta muy discutible que las expresiones empleadas para designar el elemento volitivo propio del dolo eventual puedan identificarse con la auténtica voluntad. Por ello, a los autores que se inscriben en esta línea doctrinal se les suele acusar de trabajar con meros «sucedáneos de voluntad» no conjugables con el «querer» que, sin embargo, a nivel de declaraciones teóricas iniciales exigen para toda forma de dolo[125]. Pese a todas estas críticas, la

segunda fórmula los elementos del dolo parecen más bien tomar como punto de referencia la conducta peligrosa y no el resultado. En este sentido, AMBROSIUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Berlín, Neuwied, pp. 33-34, pone de manifiesto el equívoco uso que suele darse al elemento volitivo del dolo eventual en los términos de la teoría del consentimiento, dado que en unas ocasiones se refiere a la conducta y en otras al resultado.

[120] Bastantes autores entienden actualmente que la *segunda fórmula* es un recurso adecuado para acreditar la concurrencia del elemento volitivo del dolo eventual. Cfr., por ejemplo, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Viena, Nueva York, 1985, p. 169.

[121] Cfr., no obstante, las críticas de PRITTWITZ, «Dolus eventualis und Affekt», *GA*, 1994, p. 454 ss, en el sentido de que la *fórmula*, o al menos el uso que de ella se hace, no parecen tener en cuenta que en las situaciones en que el sujeto actúa inmerso en un estado pasional aquél no lleva a cabo la reflexión sobre el potencial lesivo de su comportamiento exigida por dicha *fórmula*. En una línea similar, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 172, quien critica a la *segunda fórmula* que obligue a acreditar que el sujeto «se ha planteado conscientemente todas y cada una de las circunstancias que constituyen la base de su culpabilidad. Y esto, si somos realistas, no sucede normalmente».

[122] Así, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331: «dado que el autor se ha decidido en una situación de duda, este método conduce a enjuiciar otra situación psíquica distinta a la que concurre en el hecho». Cfr., igualmente, la crítica de SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 164. Según SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 98, otro problema de la teoría del consentimiento es que no aporta criterio alguno para fundamentar la responsabilidad cualificada de los delitos dolosos. Sin embargo, esta crítica no parece de recibo, porque en realidad las teorías del consentimiento no hacen otra cosa que buscar en el dolo eventual el elemento volitivo que, como premisa inicial básica, postulan como único criterio válido para justificar el salto cualitativo que se da entre delitos dolosos e imprudentes.

[123] Ya en este sentido, VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 550: «el fundamento de la decisión es únicamente que el fumador es buena persona y el bandido mala». LACMANN, «Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes», *GA*, 1911, p. 118, afirma que la *fórmula* en cuestión conlleva «que la acción no se juzgue según su concreto fundamento psíquico, sino según el carácter del autor». ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 193, afirma que la *primera fórmula de Frank* supone un peligro para el Derecho y la Justicia. ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 87-89, hace extensiva la crítica a la *segunda fórmula* de *Frank*. En la doctrina española, cfr. las críticas formuladas por GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 252-254, un punto de vista plenamente compartido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 131 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 173 ss.

[124] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 624. Cfr. las críticas de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 180-181, quien afirma que, según las conclusiones de *Jiménez de Asúa*, «los marginados actúan con dolo eventual, los trabajadores honestos, sin dolo».

[125] Ya VON LISZT, *Tratado*, tomo II, p. 410 (nota 2), afirmó que «designar como "querido" el resultado no deseado y hasta "desagradable" supone violentar el lenguaje corriente». En tiempos más recientes, cfr. JESCHECK, «Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff», *Existenz und Ordnung. Wolf-FS*, Francfort d.M., 1962, p. 480 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 31. Según KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 23, las expresiones utilizadas por las teorías de la voluntad en el ámbito del dolo eventual no son reconducibles a la voluntad que se predica para el dolo directo: «semejantes formulaciones tienen un significado distinto a "querido", "intencionado" o "ambicionado" con las que se expresa correctamente el querer. Tampoco pueden ser observadas como un *minus* frente a las locuciones citadas. Aprobar no es una actitud psíquica que lentamente pueda ser reforzada hasta un querer. Que A apruebe la muerte de B o que A quiera la muerte de B son dos cosas distintas (...) Se "aprueba", "consiente" o se "está de acuerdo" con la acción de otra persona. Nadie aprueba su propia acción en el significado normal de la palabra, ni nadie está de acuerdo con ella». Abundando en la crítica cuestiona Armin KAUFMANN, «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1982, p.

teoría se extiende con sus múltiples variantes y en España, por ejemplo, goza de una gran acogida tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, llegando con más o menos cambios, hasta la actualidad[126].

B) La teoría de la probabilidad

A diferencia de los partidarios de la teoría del consentimiento, los autores que se inscriben en la *teoría de la representación* no intentan mantener a toda costa la definición general del dolo como conocer y querer cuando se encuentran con *casos fronterizos*, sino que se plantean en abstracto en qué supuestos concurre un grado de culpabilidad lo bastante sustancial para considerar que el sujeto es merecedor de la pena de los delitos dolosos[127]. Así, estos autores advierten que tal merecimiento puede apreciarse en casos en que, sin querer propiamente la realización del tipo, un sujeto ha actuado siendo consciente o representándose que existía un cierto riesgo de dicha realización[128]. La cuestión que se plantea entonces es el nivel de representación con que debe actuar un sujeto para que pueda considerarse dolosa su conducta. Uno de los primeros en aportar una respuesta sería *Konrad Hagen* a finales del siglo pasado; según este autor, el consentimiento es un requisito superfluo, pues para el dolo es suficiente con que el sujeto haya actuado pese a «contar con el resultado», no bastando en este sentido con que se haya representado el

66, por qué la aprobación («Billigung»), que se considera decisiva en el dolo eventual, no desempeña papel alguno en el dolo directo.

[126] Así, esta teoría es adoptada por autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 617; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 227, o SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, pp. 677-678. Referencias bibliográficas de otros partidarios españoles de esta teoría en GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 248. Sobre los argumentos básicos en que dichos autores basaban su adhesión a la teoría del consentimiento, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 176. Más recientemente se adhieren a la teoría del consentimiento, entendida ésta como la exigencia de «aprobación, aceptación o ratificación del resultado», GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, «El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales», *RDPC*, 6 (1996), p. 261 y TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo – Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos*, p. 175, quien configura el dolo exigiendo voluntad o conformidad del sujeto con el resultado, entendidos estos elementos como una «posición interna» de dicho sujeto. Por lo que a la jurisprudencia respecta, cfr. las referencias aportadas por CEREZO MIR, *Curso*, vol. II, p. 140 (nota 98).

[127] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 66. La forma de razonamiento de estos autores es, por tanto, inductiva: a partir de los supuestos singulares que juzgan merecedores de la pena del dolo, construyen la definición de este elemento de la infracción penal.

[128] Los partidarios de la teoría de la representación entienden la voluntad como un elemento referido a la acción, sin que sea necesario que se extienda hasta el resultado. Cfr. la definición aportada por LUCAS, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883, p. 8: «el dolo se basa en la *voluntad dirigida a la ejecución de una acción* unida a la consciencia de la existencia de aquellas circunstancias fácticas que hacen que esté conminada penalmente por la ley» (cursiva añadida).

acaecimiento de tal resultado como simplemente posible, sino que es necesario que lo haya previsto como probable[129].

Para la *teoría de la probabilidad* —versión de la teoría de la representación más extendida— el salto entre dolo e imprudencia está en función únicamente del grado de probabilidad con que el autor se haya representado la realización de la conducta típica: si pese a haberse representado como probable la realización del tipo el sujeto ha decidido actuar, concurre dolo; si se ha representado tal realización simplemente como improbable, concurre imprudencia[130]. Lo superfluo de la voluntad se advierte en los casos de dolo directo de segundo grado, a los que nadie discute su condición de dolosos pese a no existir en ellos un elemento volitivo con contenido propio[131].

Si para la teoría del consentimiento el centro de gravedad en la cuestión del dolo lo ocupaba la relación emocional del sujeto con el resultado, en los planteamientos de la teoría de la probabilidad pasa a ocuparlo la conducta peligrosa, que el sujeto debe conocer como tal, sin que sea necesaria actitud emocional de ninguna clase[132]. En este sentido, afirma *Löffler* que «la culpabilidad del autor [doloso] se distingue en que éste contaba con la representación de un posible resultado anti-social como consecuencia de su actuación y, sin embargo, ha actuado. No ha tenido en dicha representación un contramotivo decisivo y por ello se le caracteriza como un hombre a quien no importan los bienes socia-

[129] Cfr. HAGEN, «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), pp. 177-178. LACMANN, «Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem», *ZStW*, 30 (1910), p. 794, retrotrae este pensamiento a una frase de *von Almendigen:* «si preveo una relación causal de una acción como posible o probable y, sin embargo, llevo a cabo dicha acción, entonces he querido el curso causal en cuestión».

[130] Los más renombrados partidarios de la teoría de la probabilidad fueron LUCAS, *Die subjektive Verschuldung, passim;* LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, p. 131 ss; LACMANN, *ZStW*, 30 (1910), p. 767 ss; GROSSMANN, *Die Grenze, passim*; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 1921, p. 609 ss. Para una relación de autores más exhaustiva, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 107.

[131] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 66. Con respecto a la teoría de la voluntad afirma SAUER, *Derecho penal (Parte general)*, 3.ª ed., 1955, trad. J. del Rosal y J. Cerezo, Barcelona, 1956, p. 253, que ésta «tiende a construcciones forzadas, sin fuerza vital, sólo para salvar la concepción de la culpabilidad, que ella misma ha determinado defectuosamente en el concepto general de culpabilidad y luego tiene que colocar de algún modo en el dolo; una falsa concepción de la culpabilidad se venga en el concepto de dolo».

[132] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 251-252. Algunos seguidores de la teoría de la probabilidad reclaman su descendencia del *dolus indirectus*, en la medida en que en esta figura la imputación a título de dolo de las consecuencias accesorias también dependía de un juicio de probabilidad; cfr., al respecto, GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 43-44. Sin embargo, es evidente que mientras para la teoría del *dolus indirectus* la probabilidad era algo que debía fijarse objetivamente, prescindiendo de cúal hubiera sido el auténtico contenido de representación del sujeto, los partidarios de la teoría de la probabilidad fundamentan el dolo en que el juicio de probabilidad haya sido efectivamente llevado a cabo por dicho sujeto.

les»[133]. Como se puede apreciar, la teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión motivacional —«la representación del resultado en cuestión no aporta un motivo contrario a la ejecución de la acción», en palabras de *Lacmann*— pero se diferencia de la teoría del consentimiento, en que esta última entra a valorar los deseos o intenciones del sujeto, mientras que los defensores de la teoría de la probabilidad se limitan a constatar un déficit de motivación sin que importen sus causas[134].

Al mismo tiempo, los partidarios de la teoría de la probabilidad intentan demostrar con ejemplos gráficos los resultados absurdos a los que puede llevar la aplicación de la *primera fórmula de Frank* en supuestos que, sin embargo, la teoría de la probabilidad parece solucionar adecuadamente. En este sentido, el ejemplo más famoso fue planteado por *Lacmann:*

> alguien promete veinte marcos a un muchacho si acierta a la bola de cristal que una señorita sostiene con las manos en una caseta de tiro al blanco sin lesionarla. Él sabe que no es un gran tirador y se dice: «es bastante probable que alcance la mano de la chica. Si esto sucede pondré rápidamente tierra por medio; sin embargo, si sale bien, veinte marcos serán para mi un buen negocio». El muchacho dispara y alcanza a la chica en la mano. Según *Frank* y *von Hippel* sólo se le debe castigar por imprudencia, pues resulta evidente que habría omitido el disparo si hubiera sabido que no acertaría en el objetivo, pues lo que determina su resolución es la esperanza de alcanzar la bola sin lesionar a la chica[135].

La mayoría de autores que se alinearon con los postulados de la teoría de la probabilidad sólo defendían una solución para aquellos casos en los que no hubiera intención de realizar el tipo por parte del sujeto y, en tal medida, sus conclusiones en el ámbito del dolo eventual no llevaron, por regla general, a una redefinición global del dolo[136]. En este sentido, el principal impedimento para tal tarea venía dado por aquellos supuestos en los que el sujeto, pese a ser consciente de la escasa probabilidad de que su conducta causara el resultado típico, actuaba, sin embargo, con la intención de provocarlo, como en el famoso *caso del tirador inexperto* que dispara a matar desde una gran distancia con una

[133] LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 149-150.

[134] LACMANN, *GA*, 1911, p. 113. Cfr., también, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 137 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 67.

[135] LACMANN, «Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch», *ZStrW*, 31 (1911), pp. 157-159. Este autor critica a *Frank* y *von Hippel* por haber creado una distinción entre formas de culpabilidad basada en el carácter del sujeto y demuestra que la *primera fórmula de Frank* fracasa en los casos en que dicho sujeto actúa movido por un afán egoísta. El caso también se recoge y comenta en LACMANN, *GA*, 1911, p. 118.

[136] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 106. Las contadas excepciones en *ibidem*, p. 166 ss.

escopeta que tiene un punto de mira mal calibrado y, sin embargo, alcanza su objetivo. En estos casos, al ser el sujeto consciente de la escasa probabilidad de dar en el blanco que entraña su conducta, sólo se le debería castigar por delito imprudente[137]. Para evitar esta solución, muchos partidarios de la teoría de la probabilidad consideran que, existiendo intención, basta para el dolo con que el sujeto se haya representado como posible la realización del tipo[138]. Sin embargo, esta corrección *ad hoc* impide construir un concepto general de dolo asentado exclusivamente en la idea de representación de la probabilidad[139].

Las críticas que se dirigen contra la teoría de la probabilidad son numerosas[140]. En primer lugar, se le reprocha que base la diferencia entre dolo e imprudencia en un criterio meramente cuantitativo —grado de probabilidad representado— que, según numerosos autores, no permite justificar adecuadamente el salto de pena que se da entre lo doloso y lo imprudente[141]. En segundo lugar, los defensores de la teoría del consentimiento advierten que con el criterio de la representación de la probabilidad habría que considerar constitutiva de homicidio doloso, por ejemplo, la conducta del médico que llevase a cabo una operación muy arriesgada siendo consciente de que existía un muy elevado riesgo de que el paciente muriese a consecuencia de la intervención[142]. Entienden estos autores que sólo la exigencia del elemento emocional permite dejar estos casos fuera del ámbito de lo doloso. Sin embargo, es evidente que hoy en día el carácter delictivo de supuestos como éste se excluye sin dificultades, ya sea en el ámbito de la imputación objetiva o de la justificación[143].

[137] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 106. En sentido similar, SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, p. 309; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 21 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 68-69.

[138] Esta idea es defendida por autores como LACMANN, *GA*, 1911, p. 121. Por contra, SAUER, *Grundlagen*, pp. 609-611, se niega a aceptar que el dolo eventual sea un dolo debilitado y mantiene que éste requiere en todo caso el conocimiento de la probabilidad, quedando por tanto fuera del dolo los casos en que el sujeto sólo se representa una escasa probabilidad de acaecimiento del resultado, por mucho que actúe con intención de causarlo (cfr. *ibidem*, p. 617 ss). Esta solución, coherente desde el plano teórico, plantea el problema de que sólo castiga como homicida imprudente al *tirador inexperto* del ejemplo.

[139] Como bien aprecia KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66, si se admite que cuando el sujeto actúa con intención no hace falta que se represente el resultado como probable, no es posible una construcción teórica general en que se armonicen todas las modalidades de dolo.

[140] Ya en 1924, GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 48-53, enumeró las críticas que se habían dirigido contra esta teoría, de la que él mismo era partidario.

[141] Así, por ejemplo, SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 228.

[142] Un ejemplo al que acude recientemente, contra la teoría de la probabilidad, TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, pp. 173-175.

[143] En este sentido, ya en 1949, SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 242-243. En la misma línea SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 243-244.

Otra de las críticas habituales recurre al caso en que un sujeto juzga improbable (o incluso imposible) la producción de un determinado evento, «apoyándose de forma casi siempre irracional en la esperanza de que todo saldrá bien» [144]. En estos supuestos, en que el sujeto juzga irrelevante lo que a todas luces tiene serios visos de acaecer, parece indiscutible que la teoría de la probabilidad puede comportar un privilegio para los individuos más irreflexivos [145]. Un cuarto motivo de crítica frecuente viene dado por la dificultad que comporta desentrañar los límites entre lo probable y lo improbable, afirmando, por ejemplo, *Mir Puig* que la presente teoría no aporta criterios útiles para los casos en que «la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña», añadiendo que «es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20%, o el 30%, pongo por caso— como frontera de dolo y culpa consciente» [146]. A esta objeción replican, sin embargo, algunos autores, constatando cómo en el lenguaje cotidiano se utilizan a menudo las expresiones «probable» e «improbable», sin que dicho uso en la mayoría de los casos obedezca a un cálculo numérico detallado de probabilidades. Así, considera *Puppe* que esta crítica no tiene razón de ser, pues en el lenguaje cotidiano se emplean palabras que designan una multiplicidad de objetos sin necesariamente tener que proceder a su cuantificación: «la palabra "montón" tiene un sentido y es posible utilizarla aunque nadie puede contestar a la pregunta de cuántos granos de trigo hacen un montón» [147].

Una última crítica, tal vez la más importante, es la que toma por base el siguiente ejemplo [148]:

> *Dos sujetos juegan a la ruleta rusa, apuntando a la sien de uno de ellos con un revólver que sólo tiene puesta una de las seis balas que caben en el tambor. La probabilidad de que salga la bala es de 1 contra 5, es decir, aproximadamente del 17%, con lo cual es más probable un desenlace sin muerte que a la inversa.*

Una aplicación estricta de la teoría de la probabilidad lleva a afirmar que, caso de salir la bala, sólo debe castigarse a quien dispara como autor de un homicidio imprudente, puesto que éste tenía claro que lo más probable es que la muerte no llegara a acaecer. Afirmar lo contrario sería decir que eran probables dos realidades que se auto-excluyen, lo cual es ilógico, porque si una es probable (en este caso que no muera nadie) necesariamente la otra tiene que ser improbable y así, por regla general, representárselo el sujeto [149]. La teoría de la probabilidad fracasa ante supuestos como éste [150].

Todos estos problemas han acabado por propiciar la práctica desaparición de la teoría de la probabilidad del ámbito de la discusión dogmática posterior a la Segunda Guerra Mundial [151]. En este sentido, tal vez lo que haya pesado más sea su error de base pues, como afirmó *Armin Kaufmann,* «la teoría de la probabilidad es ya de entrada sólo una teoría del dolo eventual» [152]. Ciertamente parece indiscutible que con sus planteamientos se hace imposible desarrollar una clasificación tripartita del dolo que armonice con una definición general de dolo como conocer y querer o un concepto global de dolo meramente cognitivo que no castigue sólo como imprudentes casos como el del *tirador inexperto.* Con todo, el espíritu de la teoría de la probabilidad pervive aún hoy en buena parte de los planteamientos de las teorías meramente cognitivas que actualmente se defienden [153].

C) Otras perspectivas

Las considerables dimensiones adquiridas por el enfrentamiento entre la teoría de la probabilidad y la del consentimiento apenas parecen haber dejado espacio para otros planteamientos doctrinales sobre el dolo en el intervalo histórico que va del siglo XIX a los años 50 del presente siglo. Sin embargo, los hubo y, básicamente, pueden agruparse en dos grandes direcciones: *las teorías objetivas y las teorías de la posibilidad.*

[144] Cfr. ROXIN, *JuS*, 1964, p. 60.

[145] Algo que se admite, por ejemplo, en los planteamientos de HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), p. 178 (nota 56). No parece justo, sin embargo, que la presente crítica se dirija en exclusiva a la teoría de la probabilidad: también las teorías volitivas, en la medida en que exigen un cierto grado de representación, pueden encontrarse con problemas ante supuestos de este tipo.

[146] MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 25. En sentido similar, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 105. Se une a la crítica con ulterior fundamentación JAKOBS, *Derecho penal*, p. 327 (nota 47). LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal*, p. 267, afirman que la teoría de la probabilidad deja sin resolver los casos en que se da una probabilidad mediana, que son los que mayores dificultades producen en la práctica. Ver también la intervención de *Dreher* ante la Comisión codificadora alemana en *Niederschriften*, vol. XII, p. 104, en la que se afirma por parte de este autor que la teoría de la probabilidad «no aporta ningún límite claro con el que la praxis pueda empezar». En idéntico sentido, WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 666.

[147] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 75.

[148] Aportado por HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 251.

[149] Cfr. ulteriores comentarios a este problema en *infra* nota 188.

[150] Una última crítica en BURKHARDT, en *Jenseits des Rubikon*, p. 325 (nota), donde se cuestiona la validez de la teoría de la probabilidad desde un punto de vista psicológico.

[151] La teoría de la probabilidad se ha mantenido minoritariamente por autores como H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, Stuttgart, Berlín, Colonia, Mainz, 1967, p. 121 y ROSS, *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979.

[152] KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66. Ver igualmente las observaciones de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 618 y SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 161.

[153] Cfr. *infra* III.2.

Como de su nombre se deduce, en las *teorías objetivas* se encuadran aquellos puntos de vista que entienden el problema del dolo como una cuestión a tratar desde un punto de vista no psicológico, aunque, como afirma *Engisch*, sea difícil encontrar denominadores comunes en la diversidad de sus postulados [154]. Se inscriben en esta línea autores como *Hauser* y, en especial, *Klee*, cuyo pensamiento se vincula al antiguo *dolus indirectus* [155]. Así, según este último autor, existe dolo

> cuando el sujeto ha condicionado un riesgo de producción del resultado y ha sido consciente de aquellas circunstancias del hecho cuya concurrencia, según la opinión general, engendra un peligro de dicha producción, teniendo en cuenta que debe poder hablarse de un *putare debere* del autor en relación con este peligro (...). Para afirmar si existe o no un peligro que fundamente el dolo, lo determinante no es la opinión subjetiva del autor, sino el juicio general por medio de la ciencia y la experiencia [156].

Evidentemente, estas teorías no estaban en absoluto en sintonía con el paradigma psicologicista que para el dolo había propiciado *Feuerbach* y, por ello, su peso específico en la discusión del XIX es leve, desapareciendo de los escenarios del debate a medida que transcurren los años [157].

La segunda línea, *la teoría de la posibilidad*, no es más que una modalidad de la teoría de la representación que integran todos aquellos autores que para la afirmación del dolo consideran suficiente con que, al actuar, el sujeto se haya representado la posibilidad de realización típica [158]. Históricamente estos planteamientos son defendidos por autores como *Nettelbladt*, aún en el siglo XVIII, y *Bruck o Wolff* a finales del XIX y principios del XX [159]. Así, *Bruck* rechaza la existencia de la imprudencia inconsciente y afirma que «si quien actúa tiene en cuenta la posibilidad del resultado se encuentra ya *in dolo*, por lo menos en *dolo eventuali*, ya no cabe hablar de culpa» [160]. *Wolff*, por su parte, sostiene que, para afirmar el dolo, el resultado debe aventurarse como posible *in concreto* [161]. Evidentemente, estos planteamientos fueron criticados por los partidarios de las teorías dominantes, aunque el *Reichsgericht* llegó a acogerlos en un buen número de sus decisiones, a menudo escondidos bajo los ropajes formales de la teoría del consentimiento [162].

En 1949 *Horst Schröder* retomaría estos puntos de vista partiendo, en primer lugar, de que entre dolo e imprudencia no existe una diferencia cuantitativa que permita ir subiendo o bajando la frontera que separa ambas figuras, sino un reproche específico para cada una de ellas y, en segundo lugar, afirmando la necesidad de trazar unos límites contundentes «allá donde ambos conceptos encuentren su delimitación natural» [163]. *Schröder* afirma que la clave de la cuestión radica en decidir si entre el actuar con la consciencia de la posibilidad de realización del tipo y el actuar con la certeza de tal realización existe un salto cualitativo suficiente para fijar el límite entre dolo e imprudencia. Desde su perspectiva no es así, pues entre ambas formas de conocimiento sólo se da un salto cuantitativo que no puede explicar la diferencia de reproche entre lo doloso y lo imprudente [164]. Además, la norma penal de los llamados delitos de lesión no sólo comprende una prohibición de lesión, sino también una prohibición de puesta en peligro, lo que implica que, junto a la lesión, también debe estar prohibida penalmente la posibilidad de ésta [165]. En buena lógica, por tanto, el dolo tiene que empezar ahí donde el sujeto actúa siendo consciente de dicha posibilidad.

De acuerdo con las anteriores ideas, los razonamientos de *Schröder* conducen a dos conclusiones fundamentales. En primer lugar:

---

[154] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 116, donde, además, se aportan referencias de los autores que se inscriben en esta corriente doctrinal.

[155] HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *GS*, 54 (1897), p. 1 ss y KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906.

[156] KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 23.

[157] En tono crítico con los planteamientos de esta teoría, LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 148, por entender que con ella se crea un concepto de dolo demasiado amplio, que no deja lugar a la imprudencia consciente. Críticas específicas a *Klee*, por basar el dolo en «una característica de la acción (...) que no tiene nada que ver con la interioridad», en LACMANN, *GA*, 1911, p. 110 (nota 4). Contundente, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 136: «la teoría objetiva no tiene cabida alguna entre teorías que operan con criterios puramente subjetivos».

[158] En general, para estos autores, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 119-122.

[159] NETTELBLADT en NETTELBLADT/GLÄNTZER, *De homicidio ex intentione indirecta comisso*, 1756; BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885; sobre *Wolff*, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 120. Entre la teoría de la posibilidad y la de la probabilidad se sitúa otro autor del XIX, VON WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *ACR*, 1857, p. 599, quien exigía para el dolo que el sujeto se hubiera representado como posibles los hechos de los que depende la punibilidad del delito, entendida esta expresión en el sentido de «no improbables», terminología que retoma en las últimas décadas *Jakobs* (cfr. *infra* IV.2.B).

[160] BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, p. 17.

[161] Cfr., sobre este autor, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 120. No siempre resulta sencillo diferenciar esta línea doctrinal de la teoría de la probabilidad. Así, por ejemplo, un autor como SAUER, *Derecho penal*, pp. 268-271, tradicionalmente encuadrado en esta última teoría, emplea de forma indistinta las expresiones «probabilidad» y «posibilidad próxima».

[162] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 93, donde se puede encontrar una relación de las sentencias en que se aplica esta teoría. Ver también al respecto, ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 95-97 y la relación de LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 148. También asevera este hecho GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 92 ss. Crítico con estos planteamientos del *Reichsgericht*, VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), pp. 548-549. El reproche comúnmente dirigido contra estas teorías fue el de ampliar desmesuradamente el alcance del dolo; en este sentido, LUCAS, *Die subjektive Verschuldung*, p. 16.

[163] Cfr. SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 207-208.

[164] Salto cuantitativo al que este autor no niega importancia dentro del ámbito del mismo dolo y recomienda *de lege ferenda* una atenuación facultativa para los casos en que concurre una mera consciencia de la posibilidad; cfr. SCHRÖDER, *Sauer*-FS, p. 247.

[165] Cfr. SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 226.

dolo eventual significa actuar con la representación de posibles lesiones. La totalidad del ámbito de duda pertenece, por tanto, al dolo. Su límite se encuentra donde acaba la duda y la imprudencia empieza donde el acaecimiento del resultado desvalorado sea imposible o donde la posibilidad de un mal desenlace se estime tan pequeña que no haga falta tenerla en cuenta [166].

Y, en segundo lugar, la que tal vez sea su frase más famosa:

> no existe diferencia alguna entre imprudencia consciente e inconsciente (...) *toda imprudencia es imprudencia inconsciente*. Sólo así es posible una separación clara y objetivamente satisfactoria entre culpabilidad dolosa e imprudente [167].

Uno de los principales reproches que se ha dirigido contra este autor y, en general, contra la teoría de la posibilidad, es el que les acusa de crear un concepto de dolo amplísimo, en el que tendrían cabida todos aquellos casos que tradicionalmente se han incluido en el ámbito característico de la imprudencia consciente [168]. Sin embargo, resulta harto discutible que tal reproche sea acertado, pues *Schröder* no se conforma para afirmar el dolo con que la posibilidad de la realización típica simplemente *pase* en cualquier situación por la cabeza del autor, como ponen de manifiesto las siguientes afirmaciones:

> existen casos en los que la posibilidad de una transgresión del Derecho es tan mínima que puede ser tratada como *quantité négligeable*. Aquello con lo que nadie necesita contar porque externamente refleja toda la normalidad y experiencia humana no supone «posibilidad» en el sentido de la teoría del dolo eventual, ni peligro en el sentido de relevancia jurídico-penal. Quien dispara con un fusil no puede excluir de modo absoluto que se desvíe su trayectoria y lesione a los que se hallan alrededor. Si el autor piensa en esta posibilidad y sucede lo anteriormente dicho, no se le declara, sin embargo, culpable de lesiones dolosas, pues al no estar prohibidos por el ordenamiento jurídico tales riesgos mínimos, no hace falta que se tengan en cuenta, de tal manera que la cuestión del dolo aquí no tiene importancia alguna [169].

Los planteamientos de este autor, minoritarios en la época en que fueron expuestos, han ido adquiriendo, como se verá más adelante, una notable importancia en la segunda mitad del siglo XX [170].

II.3. EL «INSOSTENIBLE» CONSENTIMIENTO Y LA «INSOSTENIBLE» PROBABILIDAD

La teoría del consentimiento parece haber resultado vencedora en su batalla histórica con la teoría de la probabilidad —y desde luego con las restantes teorías— si tal triunfo puede medirse por el número de autores que se fueron adhiriendo a lo largo de los años a sus postulados, así como por el número de sentencias en que formalmente se aplicó.

Contra la teoría del consentimiento se han alzado críticas muy diversas. En primer lugar, se le acusa de entrar a valorar posturas meramente emocionales que, si realmente existen, difícilmente se pueden probar y, en segundo lugar, se le reprocha que no respete la definición general de dolo como conocer y querer, pues al llegar al dolo eventual recurre a *sucedáneos* de la voluntad como el «aprobar» o el «consentir»; finalmente, en los casos en que emplea la *primera fórmula de Frank*, se critica a esta teoría por conducir a un auténtico Derecho penal de autor [171]. Pese a lo acertado de estas acusaciones, es posible además descubrir otro defecto en la teoría del consentimiento que relega a un segundo plano todos los expuestos: dicha teoría *sitúa demasiado alto el límite en-*

[166] SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 243 (cursiva añadida). Afirma este autor (*ibidem*, p. 241) que «quien por ejemplo —como en el caso de *Frank* tan a menudo utilizado— fuma en la cama y provoca un incendio, no tendrá en toda regla la consciencia de una verdadera posibilidad, sino que llegará a la siguiente conclusión: "como soy cuidadoso, está descartado cualquier incendio". O habrá visto en todo caso tan alejada dicha posibilidad que, con razón, la juzgará como *quantité négligeable*». Esta perspectiva será retomada pocos años después por *Schmidhäuser*, quien formulará su idea de la *eliminación mental* del riesgo (cfr. *infra* III.2). Ocasionalmente, planteamientos como los de *Schröder* han sido seguidos también por el TS español, que en su sentencia de 5 de abril de 1993 (A 3036, ponente Delgado García), sostiene que «si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal no hemos de hablar de error de tipo, sino de dolo eventual».

[167] SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 245 (cursiva añadida). Estas afirmaciones recuerdan a las ya realizadas por VON WICK, *Ueber Vorsatz und Absicht*, Rostock, 1866, p. 88: «según nuestra definición, imprudencia es la indiferencia inconsciente frente al resultado, mientras que el dolo es la indiferencia consciente. Entre estos dos conceptos existe una diferencia específica, una oposición, la oposición entre el saber y el no saber».

[168] En este sentido, cfr., por todos, STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), pp. 51-53. También se puede hacer extensiva a estos planteamientos una crítica dirigida a la teoría de la probabilidad: el punto de vista de *Schröder* supone un privilegio para los individuos que tienen una fuerte tendencia a minusvalorar los riesgos.

[169] SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 240.

[170] Cfr. *infra* III.2.

[171] Sobre la idea de que la teoría del consentimiento lleva a juzgar el ánimo y no la voluntad, cfr. LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 157 ss; cfr., también, BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, pp. 312-315 y SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 172-173. Especialmente ácido, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 251: «a la jurisprudencia le gusta trabajar con la interrogación hipotética de *Frank*, pero sólo en la medida en que le ayude a confirmar los resultados apetecidos». Sobre la imposible equiparación entre el querer y el elemento emocional de la teoría del consentimiento, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 325, para quien las distinciones entre dolo eventual e imprudencia que se fundamentan en si el autor aprueba la producción del resultado, la ve con indiferencia, la rechaza o la lamenta, no tienen ningún sentido: «al igual que tales actitudes —en tanto que, más que meras floriturras retóricas, sean posibles en la práctica— carecen de fundamento en la actuación a sabiendas, tampoco la tienen en el dolo eventual».

tre el dolo y la imprudencia, desde luego mucho más alto de lo que, desde una perspectiva de merecimiento de pena, se puede aceptar[172].

Por ello, de un análisis pormenorizado de las sentencias en que formalmente se utilizó tal teoría se desprende la sospecha de que pocas veces fue aplicada con coherencia: en la práctica la solución estaba más cerca de la teoría de la representación que de la teoría del consentimiento, aunque los tribunales seguían afirmando utilizar esta última[173]. En este sentido, con la aplicación de la *primera fórmula de Frank* se conseguía, ante todo, un efecto ampliatorio de lo doloso, si bien dicha ampliación se llevaba a cabo a través de juicios con dudosa legitimidad y rigor científico sobre la personalidad del autor. De no recurrir a ellos habrían debido ser castigadas como meramente imprudentes conductas en las que el sujeto, pese a ser consciente de un elevado riesgo de realización típica, no hubiera deseado el resultado, o simplemente no se hubiera podido probar su aprobación o consentimiento. Los problemas de esta solución se observan en alguna resolución reciente en la que los tribunales han regresado a la teoría del consentimiento tratando de aplicarla de forma coherente.

> Un buen ejemplo al respecto lo constituye la sentencia del BGH de 15 de noviembre de 1987 en que, a juicio de *Schumann*, se asiste a una auténtica «resurrección» —afortunadamente pasajera— del elemento emocional del dolo eventual entendido en sus términos más tradicionales. En esta resolución se castigó *sólo* por homicidio imprudente al acusado —experto karateka— que provocó la muerte de un bebé de poco más de un año que no dejaba de llorar propinándole un violento golpe con el canto de la mano en la cabeza. El BGH entendió que el tribunal de instancia no había acreditado correctamente «la conformidad del acusado con la muerte del niño», añadiendo que «con el conocimiento de la peligrosidad de su conducta todavía no se ha dicho que el autor también acepte la producción del resultado, es decir, que se haya conformado internamente con ella». Sin embargo, en otros puntos de la sentencia parece que se reduce todo a una cuestión de prueba: «es incorrecto, cara a la resolución final, deducir siempre la conformidad de un autor sólo de su disponibilidad de conocimientos o de sus conocimientos efectivos». El BGH entiende que de la conducta anterior del procesado —aquella misma noche había duchado al niño, le había dado de cenar y le había acostado—, de la posterior —realizó «torpes maniobras de reanimación»— y de su personalidad, no se podía deducir que estuviese de acuerdo con la muerte del pequeño. Todo ello lleva a afirmar a *Herzberg* que, según el BGH, el dolo acaba por hacerse depender de si uno «es normalmente una persona decente»[174].

[172] De acuerdo, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 171, quien entiende que la teoría del consentimiento, en su versión de la *primera fórmula de Frank*, resulta «demasiado estrecha», pues «en la vida real encontramos situaciones de riesgo para un bien jurídico hacia las que el sujeto orienta su acción y en las que, a pesar de ello, dicho sujeto no está de acuerdo con la producción de un resultado lesivo. En estas situaciones, no obstante la ausencia de consentimiento, no podemos negar la mayor responsabilidad del sujeto en caso de que el resultado se produzca».

[173] Un ejemplo evidente de este uso manipulado son las sentencias del *Reichsgericht*, RGSt, vol. 61, p. 213 ss y RGSt, vol. 66, p. 255 ss, donde, como evidencia FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 309-310 y 314-316, el argumento que se utiliza es que, dado que el autor conoció el riesgo, aprobó el resultado.

Por los motivos expuestos, la búsqueda de vías conceptuales alternativas que permitan ampliar el concepto de dolo se siente como una necesidad cada vez más imperiosa entre las diversas posturas doctrinales que no renuncian a mantener un elemento de corte volitivo en el dolo eventual. Esta necesidad se aprecia de modo evidente en la obra de *Karl Engisch*, quien pretende ampliar el dolo recurriendo al elemento de la *indiferencia*[175].

Tomando como punto de partida su rechazo a las teorías de la posibilidad y a las teorías objetivas, *Engisch* trata de encontrar una tercera vía entre las teorías volitivas y la de la probabilidad: está de acuerdo con las primeras en que la intención es dolo y, con la segunda, en que también debe existir dolo cuando se actúa en la representación de que existe una probabilidad muy elevada de realización de un tipo[176]. Yendo más allá, *Engisch* se pregunta qué clase de relación debe existir entre el sujeto y el resultado representado como posible para que pueda hablarse de dolo sin que necesariamente concurra intención. Su propuesta pasa por *afirmar el dolo cuando la realización del tipo resulte indiferente al sujeto*, un criterio que viene claramente a ampliar el restrictivo ámbito fijado por los elementos emocionales exigidos por las diversas variantes de la teoría del consentimiento[177]. En este sentido, afirma el propio autor

[174] HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637. El texto de esta resolución en *JZ*, 1989, pp. 449-450. Un exhaustivo comentario en SCHUMANN, «Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH», *JZ*, 1989, p. 449. Crítica con el contenido de la sentencia, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 96.

[175] Los planteamientos de ENGISCH se exponen en su *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930 (2.ª reimp. 1995). Respecto al interés de este autor por ampliar los límites del dolo, afirma MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 22, que la razón de ser de la teoría de *Engisch* está en el intento de «superar la excesiva estrechez de la teoría del consentimiento». También ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 103, juzga la postura de *Engisch* como una ampliación de dicha teoría.

[176] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 186-187. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 7, entiende que los intentos de ampliación de *Engisch* van en dos sentidos: rebajar del consentimiento a la indiferencia en los casos en que el sujeto considera posible la producción del resultado y reputar como casos de dolo eventual aquellos supuestos en que el sujeto actúa representándose una alta probabilidad.

[177] Sin embargo, ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 37, pp. 363-364, entiende que la teoría de *Engisch* y la del consentimiento están vinculadas en la medida en que ambas dejan fuera del dolo los resultados no deseados y considera que, en el planteamiento de este autor, la indiferencia no es más que un indicio seguro de que el sujeto se conformó con el resultado. En la doctrina argentina parece encontrarse cerca de *Engisch* ZAFFARONI,

que «esta indiferencia es un estado anímico que tal vez pudiéramos describir mejor de manera negativa como la ausencia de una oposición frente a la lesión del bien jurídico representada que, no obstante, es concreta y real»[178].

Con este nuevo criterio ya no sólo tienen cabida en el ámbito de lo doloso aquellos casos en los que la relación emocional entre el sujeto y la realización del tipo es positiva (aprobación o consentimiento), sino que basta con que el sujeto no se oponga internamente al resultado[179]. Tal oposición concurrirá siempre que el autor actúe en la esperanza o en la confianza de que el tipo no va a realizarse[180].

La doctrina posterior ha sido especialmente dura con *Engisch*, criticándole, entre otras cosas, por haber creado un concepto de dolo eventual basado en un mero estado anímico del sujeto y por haber utilizado una expresión como «indiferencia», que parece igualmente válida para caracterizar a los autores imprudentes[181]. Sin embargo, el principal problema de la teoría de la indiferencia probablemente sea que ya no resulta conjugable con una definición global de dolo, pues si algo hay distinto a querer un resultado es mostrarse indiferente ante su acaecimiento[182].

Manual de Derecho penal. Parte general, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 419, quien entiende que el dolo eventual «conceptuado en términos corrientes es la conducta del que se dice "que se aguante", "que se fastidie", "si pasa, mala suerte", "qué me importa"». Aunque este autor habla de «aceptación» como elemento definidor del dolo eventual, configura este requisito de tal modo que da cabida a casos de auténtica indiferencia.

[178] ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 207-208.

[179] ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 188-190. Este autor concluye (*ibidem*, pp. 219-220) afirmando que «existe dolo cuando la realización del tipo es intencionada, cuando ésta se sabe consecuencia cierta o altamente probable de la propia conducta o del resultado ambicionado y cuando dicha realización se advierte sólo como posible o simplemente probable consecuencia de la conducta o del resultado perseguido, pero el autor se muestra indiferente ante ella». En España QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso*, p. 292, defienden un planteamiento parecido al de *Engisch*, exigiendo para el dolo eventual que el sujeto se represente como posible o probable un resultado y, sin embargo, actúe consintiendo o siéndole indiferente su producción. En Italia acoge un planteamiento similar al de *Engisch*, PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Milán, 1993, p. 273.

[180] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 191 y 207.

[181] Le critica en el sentido de crear una culpabilidad por el carácter BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, p. 314, afirmando que «se deja el camino libre a la práctica judicial para partir de la premisa de que el indiferente es el *mal ciudadano* y no el *buen ciudadano*» (cursiva en el original). Sobre la idea de que también los autores imprudentes se comportan de modo indiferente respecto a los bienes jurídicos, cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 8. Recopilación de críticas contra *Engisch* en DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 179 ss, que se resumen en la afirmación según la cual «la teoría de *Engisch* sobre el dolo eventual sólo tendría cabida en el marco de una ética del sentimiento». Otras críticas en MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, pp. 22-23 y SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 101-102.

[182] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 7, entiende que la teoría de *Engisch* lleva a que sea imposible sostener un concepto común de dolo; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*,

Además, el planteamiento de *Engisch* lleva a castigar como meras imprudencias aquellos casos en que, en el momento de actuar, el sujeto se representa una nada despreciable probabilidad de realización del tipo (sin que pueda llegar a hablarse de «altamente probable») y decide sin embargo actuar pese a que tal realización le resulta indeseable (no agradable ni indiferente)[183]. Su teoría, por tanto, sigue dejando fuera de lo doloso supuestos en que el grado de conocimiento del sujeto hace muy difícil afirmar que concurre un mero descuido.

Con todo, no parece aventurado sostener que si *Engisch* hubiera optado por neutralizar el contenido emocional de la indiferencia —como admite en los casos de elevada probabilidad, para los que no exige actitud emocional alguna— la discusión dogmática sobre el dolo habría avanzado de golpe casi un cuarto de siglo[184]. De hecho, dicha neutralización es la vía que acabará por imponerse como remedio al desfase existente entre los postulados de la teoría del consentimiento y una praxis jurisprudencial que se veía obligada a distorsionar en la aplicación del Derecho los requisitos conceptuales de dicha teoría para evitar resoluciones excesivamente benignas.

Aunque, como se ha dicho, la teoría de la probabilidad perdió su batalla con la teoría del consentimiento, entienden algunos autores que en la práctica es la que se ha acabado por imponer[185]. Sin embargo, esta

pp. 272-273, afirma que «la indiferencia respecto a la producción o no del resultado no nos dice nada sobre el elemento volitivo del dolo». Frente a críticas semejantes, ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 220-222, se escuda en la afirmación de que el dolo no tiene que determinarse en función del uso del lenguaje, sino en tanto que forma más grave de culpabilidad y, en este sentido, considera un prejuicio afirmar que sólo la voluntad puede constituir dicha forma más grave. Añade además este autor (*ibidem*, p. 221) que en el lenguaje cotidiano la expresión «querer» se utiliza con un doble sentido que incluye los objetivos deseados y las consecuencias «co-queridas» aunque no deseadas.

[183] Cfr. ENGISCH, Comentario a la sentencia BGHSt, vol. 7, p. 363 ss, en *NJW*, 1955, p. 168.

[184] Así, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 62: «la expresión "indiferente" no sólo puede utilizarse en un sentido descriptivo, sino también normativo. En sentido psicológico-descriptivo significa que una persona afronta con indiferencia un estado de cosas, es decir, que a dicha persona le da igual si el hecho en cuestión es verdadero o falso. Esta afirmación no exige que el hecho se valore positiva o negativamente en cualquier sentido. En un *sentido normativo* y, ciertamente en el sentido de reproche, la expresión "indiferente" se utiliza cuando se dice de alguien que se ha *comportado con indiferencia* frente a un hecho. Ello exige que este hecho se valore de manera positiva o negativa y se establezca sobre la persona en cuestión un pretensión ética o jurídica (...) la indiferencia en sentido psicológico descriptivo y en sentido normativo *no deben hacerse coincidir*» (cursiva en el original). Según esta autora (*ibidem*, n.º marg. 65), *Engisch* entremezcla los dos conceptos: utiliza el psicológico para el dolo eventual y se conforma con el normativo cuando el sujeto actúa en el conocimiento de una notable probabilidad de realización del tipo.

[185] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 81-83. Considera esta autora que los ámbitos en que la teoría de la probabilidad se ha impuesto especialmente son los delitos patrimoniales y los casos en que existe un riesgo muy escaso de realización del tipo, en los que nadie

última afirmación requiere ulteriores matices: desde luego, la teoría de la probabilidad no ha prosperado en lo terminológico, aunque en las cuestiones de fondo sí parece haberse impuesto un planteamiento en que el elemento volitivo prácticamente ya no desempeña papel alguno más allá de lo meramente declarativo[186]. Sin embargo, el grado de representación que se suele exigir al sujeto para afirmar el dolo, desde las perspectivas más modernas, es inferior al exigido por la teoría de la probabilidad[187]. Casos como el de *la ruleta rusa* o el *del tirador inexperto* sólo pueden castigarse como dolosos si se acepta que para el dolo es suficiente con representarse *algo menos* que el resultado como probable[188]. En tal medida, *la deficiencia clave de la teoría de la probabilidad no está en absoluto alejada de la que determinó la caída en desgracia de la teoría del consentimiento: haber colocado demasiado alto el listón que separa dolo e imprudencia*, haberlo colocado a una altura insostenible desde el punto de vista del merecimiento de pena, como se observa en aquellos casos en que, sin ser probable la realización del tipo, el sujeto actúa en conciencia de un riesgo no permitido de proporciones en absoluto desdeñables[189].

La imposibilidad de que perviviera mucho tiempo más una situación en que, por los problemas apuntados, se afirmaba una cosa en el plano teórico y se aplicaba otra en la práctica, va mostrándose cada vez de una forma más patente con el paso de las décadas. Será en los años cincuenta de este siglo cuando doctrina y jurisprudencia deban enfrentarse de lleno con el problema, obligados por la sentencia del llamado *Lederriemenfall* («Caso de la correa de cuero»), en la que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) reformula el contenido del elemento volitivo del dolo eventual y fija también las pautas para la futura configuración del elemento cognitivo. A partir de este caso, los parámetros de la discusión cambian y, como se intentará demostrar, se produce un notable acercamiento de fondo entre las diversas teorías. En este sentido, si una expresión puede describir de manera especialmente gráfica el estado de la discusión del dolo desde los años cincuenta hasta el día de hoy es la de «consenso divergente»: *consenso* sobre las cuestiones de fondo pese a la *divergencia* en las palabras. En el siguiente Capítulo va a tratar de mostrarse esta realidad, tomando como punto de partida la famosa sentencia del BGH.

quiere castigar al sujeto como autor doloso. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 93, entiende por su parte que la jurisprudencia está en la práctica mucho más cerca de la teoría de la probabilidad de lo que reconoce, en la medida en que adopta la inminencia y la envergadura del peligro como principales indicios para la afirmación del dolo eventual.

[186] Este proceso se constata en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, según opinión de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 422 y 426 (nota). De acuerdo, MAQUEDA ABREU, «La relación "dolo de peligro" – "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 "sobre el aceite de colza"», *ADPCP*, 1995, p. 428 (nota). El propio Tribunal, en su sentencia sobre el denominado «Caso de la colza» (STS de 23 de abril de 1992, A 6783, ponente Bacigalupo Zapater, FJ 3.º de la resolución del recurso de la defensa de J. M. Bengoechea), reconoce que «en la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus planteamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se percibe en la teoría del dolo eventual».

[187] Así, por ejemplo, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 53: la teoría de la probabilidad se vería obligada a castigar por lesiones imprudentes a quien, siendo consciente de padecer el SIDA, mantuviera sin advertir a su pareja relaciones sexuales sin protección, pues en un único contacto sexual la probabilidad de contagio es muy baja (cfr. *infra* IV.2.A). Esto lleva a que este autor afirme con contundencia que «la teoría de la probabilidad ha devenido obsoleta».

[188] El «Caso de la ruleta rusa» (cfr. *supra* II.2.B) muestra que la expresión «probable» puede contener diversos significados. Por un lado se afirma que es probable aquello a lo que, de acuerdo con el pronóstico del sujeto, se atribuye más de un 50% de opciones de suceder en el futuro. En este último sentido, la teoría de la probabilidad es rechazable, pues deja fuera del ámbito de lo doloso supuestos como el citado, en que existe aproximadamente un 17% de opciones de realización del tipo y un 83% de no realización. Sin embargo, «probable» también puede entenderse como lo contrario de «no improbable», en el sentido de que lo improbable es aquello cuya posibilidad de producción se considera muy remota. De acuerdo con esta acepción, un 17% de opciones de realización del tipo llevaría a afirmar que la realización no es improbable y a incluir su representación dentro del ámbito de lo doloso. En este sentido utilizan la expresión autores como JAKOBS, *Derecho penal*, p. 327. Los planteamientos cognitivos más modernos acogen esta última acepción, aunque recurren a una terminología menos equívoca, basada en expresiones como «representación del riesgo» o «conocimiento de la concreta posibilidad» (cfr. *infra* III.2). Cfr., en este punto, SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 161 y ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, Madrid, 1995, pp. 165-166.

[189] En este sentido, SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1957, pp. 309-310.

III. EL «CONSENSO DIVERGENTE»

III.1. EL «CASO DE LA CORREA DE CUERO» *(LEDERRIEMENFALL)*

No parece exagerado afirmar que la sentencia de 1955 en la que el Tribunal Supremo alemán (BGH) resuelve el denominado «Caso de la correa de cuero» (*Lederriemenfall*) marca un punto de inflexión clave en el devenir histórico de la centenaria discusión sobre el concepto de dolo [190]. Aunque su importancia pueda ser, observada con una cierta perspectiva, más simbólica que sustancial, es indiscutible que en el texto de esta resolución se emplean argumentos que abogan de modo patente por una plena neutralización del discutido elemento emocional-volitivo del dolo eventual, entrando en clara contradicción con la que hasta entonces había sido jurisprudencia del propio BGH y, anteriormente, del *Reichsgericht* [191]. En tal medida, los razonamientos de esta sentencia permiten dar

---

[190] El texto de esta resolución puede encontrarse en BGHSt, vol. 7, p. 363 ss. Aparte de las numerosas referencias que ha merecido esta sentencia, tanto en manuales como en obras monográficas sobre el dolo, se centran específicamente en su comentario los siguientes trabajos: en tono crítico, ENGISCH, Comentario a la sentencia BGHSt, vol. 7, p. 363 ss, en *NJW*, 1955, pp. 1688-1690; de acuerdo con los resultados de la resolución, SCHMIDHÄUSER, «Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958», *GA*, 1958, p. 161 ss y ROXIN, *JuS*, 1964, pp. 53-61. Cfr., igualmente, las páginas que se dedican a la sentencia en KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 45 ss; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 157 ss y en CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996, p. 508 ss.

[191] Así, por ejemplo, en la sentencia del *Reichsgericht* (RGSt, vol. 72, pp. 43-44) de 20 de diciembre de 1937 se había afirmado tajantemente que «para la afirmación del dolo eventual no basta con que el acusado haya contado con la posibilidad del resultado jurídico-penal y se haya resignado a ella; hace falta, además, que haya *aprobado interiormente* el resultado en cuestión y que, para el caso de su acaecimiento, lo haya querido (...). Igualmente, donde de modo ocasional la jurisprudencia del RG haya utilizado para la determinación del dolo eventual la expresión "resignarse", ésta sólo cabe bajo la exigencia terminante de que el autor *haya estado de acuerdo* con la consecuencia de su acción reconocida como posible y de que la haya *aprobado internamente*» (cursiva añadida).

cumplida respuesta teórica a las necesidades ya expuestas de ampliar el concepto de dolo eventual. Sin embargo, y como se intentará demostrar en este Capítulo, la vía escogida por el BGH para conseguir tal ampliación lleva a eliminar en la práctica buena parte de las diferencias entre la teoría de la voluntad y la de la representación.

Los hechos sometidos a enjuiciamiento en esta famosa resolución fueron los siguientes:

> *El joven de casi 20 años de edad K. había conocido en 1953 al vendedor de seguros M., con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K. entabló amistad con J. Para poder comprar ropa y pagar el alquiler de una habitación, a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M. cierta cantidad de dinero, pensando que éste no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que, una vez dentro de su vivienda, dejarían a M. inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlo cortándole la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte.*
>
> *El 25 de febrero de 1954 K. y J. convencieron a M. para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accedió. A las cuatro de la madrugada y de acuerdo con el plan, J. golpeó a M. mientras éste dormía con el saco de arena en la cabeza, acción que sólo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K. recurrió a la correa de cuero, que había llevado consigo, y, con la ayuda de J., consiguió colocarla alrededor del cuello de M., tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente, se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M. El Tribunal del Jurado condenó a J. y K. como autores dolosos de dicha muerte.*

El BGH, tradicionalmente partidario de la teoría del consentimiento, se encontraba en este caso ante una compleja disyuntiva, pues parecía evidente que los acusados no tenían en modo alguno el propósito de causar la muerte de M., ni el acaecimiento de tal resultado les resultaba agradable. Prueba de ello es que inicialmente buscaran un medio lo menos lesivo posible para dejar inconsciente a la víctima y que, después, intentaran llevar a cabo maniobras de reanimación. Además, la base de la que partían los acusados para asegurar su impunidad —M. no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, delictivas por aquel entonces en Alemania— desaparecía con la muerte de la víctima. Por todo ello, no parece aventurado afirmar que el resultado de muerte no sólo no era contemplado por los acusados con mera indiferencia, sino que era algo que no deseaban en absoluto, pues sólo podía

ocasionarles muy graves contratiempos, como a la postre acabaría sucediendo. Una aplicación consecuente de la teoría del consentimiento, entendida ésta en los términos en que lo había hecho hasta entonces la jurisprudencia, llevaba claramente a tener que condenar por un mero homicidio imprudente, al faltar en los sujetos la aprobación interna con que se solía caracterizar el dolo eventual[192].

Para no tener que llegar a semejante solución, el BGH recurre a unos argumentos que, en buena medida, ya habían sido planteados por la sentencia de instancia. En primer lugar, parece indiscutible que los acusados eran conscientes de que el uso de la correa de cuero ponía en peligro la vida de M., como bien demuestra la circunstancia de que inicialmente hubieran descartado dicho método para evitar tal resultado[193]. El elemento cognitivo del dolo queda, por tanto, acreditado. Prosigue el BGH:

> es cierto que el conocimiento de las posibles consecuencias de una determinada acción y el consentimiento sobre dichas consecuencias son dos requisitos independientes del dolo eventual, algo que no ha ignorado el Tribunal del Jurado. Al afirmarse esto no se parte de que el autor quiera en sentido jurídico un resultado cuando solamente lo haya advertido como posible (...). De las circunstancias reseñadas se puede deducir sin lugar a dudas que *los acusados no deseaban en modo alguno la muerte de M.* (...). El consentimiento del resultado, que según la jurisprudencia del *Reichsgericht* y del *Bundesgerichtshof* constituye el elemento decisivo para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, no significa que el resultado deba satisfacer los deseos del autor. *Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseable para dicho autor*[194]. Sin embargo, éste *aprueba el resultado en sentido*

[192] De acuerdo con esta idea, ROXIN, *JuS*, 1964, p. 54. El callejón sin salida al que llega la teoría del consentimiento en los supuestos que presentan la estructura del *Lederriemenfall* (el sujeto crea un notable riesgo pero el resultado le desagrada) es puesta gráficamente de manifiesto por GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 424, a propósito de la STS de 28 de noviembre de 1986 (A 7841, ponente Soto Nieto), que resuelve el denominado «Caso Bultó».

[193] Para evitar caer en la determinación de un mero *dolus antecedens* hacía falta probar que los sujetos volvieron a representarse en el momento de apretar el cuello a la víctima la virtualidad letal del medio empleado, como acertadamente exige JAKOBS, *Derecho penal*, p. 328. El BGH argumenta del siguiente modo: a partir del hecho probado de que los sujetos unos días antes advirtieron que apretar el cuello de la víctima con el cinturón podía producir la muerte de ésta, se entiende que volvieron a contar con dicha representación en el momento en que realmente actuaron. Esta habitual forma de proceder en la argumentación jurisprudencial merecerá ulteriores consideraciones en otros apartados de este trabajo (*infra* XIV).

[194] El TS español sigue una argumentación casi idéntica a la del BGH en su sentencia de 27 de febrero de 1992 (A 1361, ponente Huerta y Álvarez de Lara) donde literalmente se afirma: «aunque el resultado mortal no fue directamente deseado, se aceptó y admitió dicha posibilidad letal al vender heroína de tan alto grado de pureza sin advertirlo a los

jurídico cuando, de acuerdo con el objetivo que ambiciona, necesariamente, esto es, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo ello, para el caso concreto, lo quiere [195].

Prosigue la sentencia:

> también en el dolo incondicionado [«unbedingter Vorsatz», esto es, dolo directo de segundo grado] el resultado puede resultar desagradable al autor, lo que ocurre, en todo caso, cuando alguien que quiere conseguir un determinado objetivo emplea de mala gana un método, porque sabe que sólo mediante ese método puede alcanzar el resultado que persigue. El dolo eventual se diferencia del no eventual en que el resultado indeseado no se prevé como necesario, sino tan sólo como posible. Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer y por ello acepta el peligro, mientras que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro, porque en la medida en que no puede conseguir su objetivo de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado.

Con esta argumentación, el BGH ratifica la condena por asesinato impuesta por el tribunal inferior.

En gran medida, el consenso de fondo que reina en la actual doctrina jurídico-penal alemana es hijo de la sentencia del *Lederriemenfall*, porque en los argumentos que en ella se utilizan pueden identificarse, tanto las posturas que siguen exigiendo para el dolo un elemento volitivo, como aquéllas que consideran dicho elemento superfluo e innecesario. El mantenimiento a nivel terminológico del dolo como conocer y querer es un argumento para las primeras, aunque el «aprobar en sentido jurídico» que emplea el BGH para caracterizar el elemento volitivo del dolo eventual queda, sin duda alguna, muy lejos del verdadero querer. La neutralización de las connotaciones emocionales de este segundo elemento (el referido «aprobar en sentido jurídico») es, precisamente, un argumento a favor de las teorías cognitivas [196]. En cualquier caso, los planteamientos explicitados en la sentencia del *Lederriemenfall* dan suficiente margen para que posturas aparentemente diversas puedan sentirse cómodas [197].

Además, esta sentencia llega en un momento en que las doctrinas finalistas se encuentran en especial apogeo. Para algunos de los principales representantes del finalismo, la ubicación del dolo natural en el tipo y su exclusión de la culpabilidad comporta la necesidad de construir una noción de dolo lo más depurada posible de elementos emocionales como los que exigía la teoría del consentimiento en sus diversas versiones. «En el "traslado" del dolo de la tercera planta (la reprochabilidad) a la primera (la tipicidad) el mobiliario de la teoría del consentimiento debe quedarse en el piso más alto, pues no resulta aprovechable para la delimitación entre el tipo del delito doloso y el tipo imprudente», afirmaría expresivamente en 1958 *Armin Kaufmann* [198]. Junto a esto, la progresiva implantación de ideas como la adecuación social o el riesgo permitido como causas de exclusión de la tipicidad objetiva, permite prescindir del elemento emocional para solucionar casos como el del médico que acomete una operación quirúrgica muy arriesgada, motivo por el que buena parte de la doctrina seguía exigiendo la necesidad de un elemento de aprobación del resultado diferenciado de la mera representación de peligro [199].

---

compradores, así como el riesgo probable de que se diera aquel resultado». Como en la sentencia alemana, el elemento volitivo del dolo eventual se desvincula totalmente de los deseos del autor.

[195] En lengua alemana «Billigung» puede emplearse tanto en el sentido de «consentir» como en el de «aprobar», expresiones que en castellano distan mucho de tener un mismo significado. Tradicionalmente la doctrina española ha traducido la expresión «Billigungstheorie» (así como «Einwilligunstheorie») por «teoría del consentimiento», terminología que aquí se mantiene dado su arraigo. Sin embargo, en el *Lederriemenfall* se opta por traducir la expresión «Billigung in Rechtssinne» como «aprobar en sentido jurídico», pues buena parte de la doctrina germánica entiende que cuando en el ámbito de la dogmática del dolo eventual se emplean el verbo «billigen» y derivados se hace como sinónimo de «gutheißen», verbo que puede traducirse por «aprobar», pero no por «consentir». En este ámbito pueden resultar ilustrativas las consideraciones de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 269.

[196] Cfr., sin perjuicio del desarrollo posterior (*infra* III.3.B y V.1.B), FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 318-319. KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 52, habla de una auténtica «destrucción» o de un «vaciado de sentido» de la expresión «billigen» («aprobar»).

[197] SCHÜNEMANN, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 48-49, entiende que estos puntos de vista, dominantes en la jurisprudencia alemana, son, en realidad, «una combinación de las teorías de la probabilidad y la indiferencia». Añade este autor, en referencia a posteriores resoluciones judiciales, que «la conclusión a que llega el BGH pone de manifiesto que las diferencias prácticas entre estas concepciones rivales no son tan grandes como puede parecer a la vista de la fuerte disputa acerca de si deben abandonarse o (como ahora vuelve a propugnar el BGH) mantenerse los elementos voluntativos del dolo».

[198] KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 75. Cfr. igualmente, las observaciones de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 155-157. Este autor (*ibidem*, p. 157) manifiesta, sin embargo, que históricamente «no existe ninguna adscripción automática entre finalistas y representacionistas, por un lado, y causalistas y consensualistas o motivacionistas, por otro».

[199] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 324-326, expone cómo el consentimiento desempeñaba el papel de filtro que permitía excluir de lo doloso los casos de conductas valoradas positivamente pero creadoras de peligro que hoy se reconducen a la cuestión del riesgo permitido o de la adecuación social. En este sentido, ya SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 242-243, afirmaba que estos casos no resultaban problemáticos desde el punto de vista de la imputación subjetiva, sino que eran cuestiones a solucionar en la antijuricidad. SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1957, p. 307, entiende que, en ejemplos como el del médico, la conducta no es contraria a Derecho, por mucho que sea causal.

Con independencia de que en algunas resoluciones posteriores el BGH haya regresado a postulados previos a los sostenidos en la sentencia del *Lederriemenfall,* no cabe duda de que esta resolución marca un antes y un después en los planteamientos sobre el dolo eventual de la doctrina germánica[200]. En este sentido, ya *Engisch* aventuró con acierto que el caso en cuestión iba a suponer «el punto de partida para un innovador debate sobre los límites del dolo»[201]. Como se intentará demostrar seguidamente, en la actual discusión existe un consenso práctico sobre la respuesta que merecen la mayoría de casos y el debate se centra, ante todo, en la terminología que debe emplearse para expresar las ideas de fondo en que dicho consenso se basa. Como afirma *Frisch,* la discusión actual sobre el dolo «consiste, esencialmente, en cuál es *la terminología adecuada* o conveniente»[202].

III.2. EL PLANTEAMIENTO DE LAS TEORÍAS COGNITIVAS

Los actuales partidarios de concepciones meramente cognitivas sobre el dolo, continuadores del espíritu de la teoría de la representación, han visto siempre en el *Lederriemenfall* una confirmación a sus planteamientos: el *«aprobar en sentido jurídico»,* con independencia de lo que diga el BGH, tiene una autonomía conceptual nula, de tal modo que *quien actúa voluntariamente siendo consciente de la posible realización del tipo, necesariamente la «aprueba en sentido jurídico».* Esta afirmación puede hacerse extensiva a otros requisitos pretendidamente volitivos con los que la jurisprudencia suele caracterizar el dolo eventual, como son el

[200] Las sentencias del BGH que han retrocedido a postulados jurisprudenciales anteriores han sido, en general, bastante mal acogidas por la doctrina más moderna. En este sentido es paradigmático el caso resuelto en la sentencia de 22 de noviembre de 1957 («el dolo eventual requiere una aprobación interna del resultado por parte del autor y un simple resignarse con el resultado no basta») criticada por SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1958, pp. 163-168 (donde se aportan los hechos y la fundamentación jurídica de la sentencia en cuestión) y ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 104-105. Valoraciones similares merece, más recientemente, la sentencia de 15 de noviembre de 1987 (*JZ*, 1989, pp. 449-450), criticada por SCHUMANN, *JZ*, 1989, p. 449 (cfr. *supra* II.3). En ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 74, se aporta una relación de resoluciones del BGH en las que se aprecia una cierta «reanimación» del elemento volitivo del dolo eventual, fenómeno que dicho autor valora en sentido crítico. Puede encontrarse otra lista de resoluciones en PUPPE, «Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH», *NStZ*, 1992, p. 577 (nota 3).

[201] ENGISCH, *NJW*, 1955, p. 1688. La importancia de esta resolución se aprecia en las alusiones que a ella se hacen en las sesiones de la Comisión que debatió el Proyecto de Código Penal alemán en 1959; cfr. *Niederschriften*, vol. XII, p. 104 (intervención de *Dreher*), p. 107 (intervención de *Welzel*), p. 112 (intervención de *Gallas*), p. 122 (intervención de *Jescheck*).

[202] FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 547 (cursiva en el original).

«aceptar», «resignarse» o «conformarse» con la realización típica[203]. La deducción automática de estos elementos a partir del hecho de que un sujeto haya actuado pese a contar con un determinado nivel de representación del riesgo, comporta que éstos dejen de tener un sentido autónomo y, en tal medida, se puede prescindir de ellos incluso en el terreno de lo terminológico sin que las soluciones cambien[204].

Los autores que defienden este último punto de vista son numerosos. En este sentido, tal vez las expresiones más contundentes provengan de *Jakobs*, quien se refiere a las versiones de la teoría del consentimiento que deducen una pretendida actitud a partir del elemento intelectual y de la actuación del sujeto, afirmando que «apuntan a una delimitación intelectual vergonzante» y son idénticas, salvo en lo referido a su proceso de fundamentación, a las teorías meramente cognitivas. Admite, sin embargo, este autor que tal modo de proceder resulta en cualquier caso «inocuo»[205]. Según otros autores, que el actuar conociendo el peligro (elemento de representación) sea siempre el indicio clave para averiguar la «aprobación» o «conformidad» de un sujeto, es algo que por fuerza tiene que repercutir en el concepto de dolo, no pudiendo quedar esta relación de necesidad entre representación y voluntad como una mera cuestión probatoria[206]. En otras palabras, un elemento volitivo así delineado no desempeña papel sustancial alguno, pues depende de modo absoluto del contenido de la representación. Como se cuestiona *Schmidhäuser*, «preguntémonos en tono crítico, ¿cuándo "se conforma alguien" con que su acción cause un resultado no ambicionado? Precisamente cuando, y

[203] Así, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 90, considera que «la fórmula del conformarse está vacía y sólo es el circunloquio de una acción pese a la previsión de un daño como posible». Tal vez las críticas más duras contra la argumentación del BGH hayan sido las dirigidas por HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 251: «la forzada inversión del sentido del lenguaje da lugar a la introducción del concepto "aprobar en sentido jurídico", desde entonces ampliamente ridiculizado: aquello que los autores, según el sentido del lenguaje, habían *des*aprobado, lo habrían *aprobado* en sentido jurídico» (cursiva en el original). Sobre la vacuidad del «aprobar» cfr., también, OTTO, *Grundkurs*, p. 80.

[204] Así, WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 670, para quien la teoría de la voluntad y la teoría de la posibilidad no se hallan alejadas, «puesto que el autor "quiere" todas las consecuencias accesorias que prevé como posibles y que está dispuesto a aceptar al querer otro objetivo».

[205] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331. El núcleo de la teoría del dolo eventual de este autor en *ibidem*, pp. 325-335 (cfr. igualmente *infra* IV.2.B).

[206] Cfr., en este sentido, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, pp. 191-194 y ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 102, donde se analizan algunas sentencias del BGH, entre ellas la del *Lederriemenfall*, en que dicho proceso —deducción del elemento volitivo a partir de la representación— se aprecia claramente. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 272, afirma que en estos casos concurre un «querer presunto que debería ser ineficaz en el ámbito penal». Constata igualmente dicho proceder jurisprudencial, MORKEL, «Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat», *NStZ*, 1981, p. 177.

sólo cuando, considera posible que el resultado acaezca y, sin embargo, actúa»[207].

El caso de este último autor, *Eberhardt Schmidhäuser*, es seguramente el de mayor perseverancia en la defensa del carácter superfluo de cualquier elemento volitivo en el dolo, un punto de vista que viene manteniendo con firmeza desde el momento en que trascendió la sentencia del *Lederriemenfall* y que le vincula de modo directo a lo ya expresado unos años antes por *Horst Schröder*[208]. Según la concepción de *Schmidhäuser*, la forma en cómo tradicionalmente ha sido abordada la cuestión del dolo por la doctrina dominante adolece de un defecto inicial básico: intentar resolver los casos utilizando un concepto cotidiano de dolo equivalente a voluntad o intención[209]. Para tratar de evitar confusiones en este ámbito, este autor llega incluso a proponer que se destierre la expresión «dolo» (*Vorsatz*) del lenguaje jurídico y que se sustituya por la más técnica de «dolosidad» (*Vorsätzlichkeit*), desprendida del marcado tono volitivo o intencional que tiene la primera en el lenguaje cotidiano alemán[210]. Como punto de partida para tales afirmaciones, *Schmidhäuser* se vale de un argumento de Derecho positivo: la regulación que el § 16 StGB establece para el error de tipo sólo permite afirmar que la división «dolo-imprudencia» tiene como base la dicotomía «conocimiento-desconocimiento» de las circunstancias típicas[211].

En línea con lo anterior, *Schmidhäuser* considera que el conocimiento puede revestir diversas formas: en primer lugar, puede presentarse como consciencia actual de hechos presentes o futuros; por ejemplo, el conocimiento de que en un lugar se encuentra una persona, supone consciencia de un hecho presente, mientras que la representación de que, si se dispara contra ella, se provocará su muerte, es consciencia (entendida como previsión) de un hecho futuro[212]. Sin embargo, la consciencia no siempre se plantea en términos de certeza, pues en la práctica también concurren supuestos de lo que *Schmidhäuser* denomina «consciencia insegura». Éste es el caso, por ejemplo, en que un sujeto no sabe a ciencia cierta si la sombra que entrevé en la penumbra pertenece a una persona

[207] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 246.

[208] Cfr. *supra* II.2.C. Las ideas de SCHMIDHÄUSER fueron inicialmente expuestas en *GA*, 1957, p. 305 ss, donde la argumentación ya se fundamentaba en pasajes del *Lederriemenfall* (*ibidem*, p. 308). Uno de los pocos autores que explícitamente se ha adherido a sus planteamientos es MORKEL, *NStZ*, 1981, p. 179.

[209] De acuerdo con *Schmidhäuser*, en este preciso punto, AMBROSIUS, *Untersuchungen*, pp. 46-47.

[210] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1958, p. 180; EL MISMO, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968, p. 22; EL MISMO, *JuS*, 1980, p. 247 y, por último, EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2.ª ed., Tübingen, 1984, p. 200 ss.

[211] Sobre este parágrafo del StGB, cfr. *supra* I.1.

[212] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241.

(consciencia insegura de un hecho presente), o si disparando contra dicha sombra provocará la muerte de un ser humano (consciencia insegura de un hecho futuro)[213].

Establecidos los supuestos a tener en cuenta, la atribución de cada uno de ellos al ámbito del dolo o al de la imprudencia corresponde a un decisión que va ligada a cuestiones de merecimiento de pena. Según *Schmidhäuser*, el merecimiento de la pena agravada que tienen prevista los delitos dolosos con respecto a los imprudentes «debe afirmarse en aquellos casos en que el autor no está seguro de la lesión del bien jurídico, pero advierte la concreta posibilidad de que ésta se produzca y, sin embargo, actúa, pues también en estos casos se decide *de modo consciente* por dicha lesión»[214]. Así, desde su punto de vista, el conocimiento de las circunstancias típicas que exige la dolosidad incluye tanto los supuestos de conocimiento seguro como los de consciencia insegura con representación de la concreta posibilidad de realización del tipo.

A primera vista puede parecer que la teoría de *Schmidhäuser* comporta una notable ampliación conceptual del ámbito de lo doloso, como tradicionalmente se le ha reprochado[215]. Ciertamente, en los planteamientos de este autor el dolo abarca todos aquellos casos en que el sujeto actúa representándose la posibilidad de acaecimiento del resultado, lo que supone colocar el listón que separa dolo e imprudencia a un nivel desde luego más bajo que la tradicional teoría de la probabilidad que, en lo que atañe a sus declaraciones teóricas, habría reservado tales casos para el ámbito de la imprudencia consciente[216]. Sin embargo, para evitar una aproximación deformada a la teoría de *Schmidhäuser* conviene profundizar en el núcleo central de su concepción y, en concreto, en la idea de que para el dolo es necesario que el autor se represente la *concreta posi-*

[213] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241 y EL MISMO, *Strafrecht*, p. 210.

[214] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 242 (cursiva en el original).

[215] Así, KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 165, afirma que con los planteamientos de *Schmidhäuser* el dolo se amplía tendencialmente al ámbito de la imprudencia consciente y ésta deja de reconocerse como tal. Valoran esta ampliación en sentido crítico, entre otros, WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 295; AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 46; GEPPERT, *Jura*, 1986, p. 611 y DE FRANCESCO, «Dolo eventuale e colpa cosciente», *RIDPP*, 1988, p. 122. En idéntico sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 108: «al ser el momento cognitivo el que señala cuándo termina el dolo y cuándo comienza la imprudencia, estamos llevando a cabo una ampliación excesiva del ámbito de los delitos dolosos». Para CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *ADPCP*, 1985, p. 972, planteamientos como los de *Schmidhäuser* conllevan «una ampliación del ámbito del dolo contraria a la función y límites del Derecho penal». Tal crítica se amplía a todas las teorías que niegan la necesidad de un elemento volitivo en el dolo en CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 14.

[216] Por ello, es más que discutible que se puedan dirigir contra esta teoría las mismas críticas que a la teoría de la probabilidad, como, sin embargo, se sostiene en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 8.ª ed., Heidelberg, 1992, p. 312.

bilidad de realización del tipo. En este requisito está la clave de su planteamiento y lo que le permite afirmar repetidamente que, en contra de las apariencias, con su teoría no se acaba castigando un mayor número de supuestos como dolosos, sino sólo llamando a las cosas por su verdadero nombre[217].

Un buen ejemplo para analizar estas afirmaciones es el caso de la «conducción vertiginosa» (*rasanter Autofahrer*) que el mismo *Schmidhäuser* plantea[218]. El supuesto lo protagoniza un conductor que, llegando tarde a una fiesta, conduce a altas velocidades por una estrecha carretera de curvas invadiendo en determinados momentos el carril contrario sin disponer de visibilidad alguna e impactando finalmente con otro vehículo, cuyo conductor fallece. Según *Schmidhäuser* en este caso no puede afirmarse el dolo: lo que quiere el protagonista del ejemplo es llegar a la fiesta, «no quedarse en el camino a causa de un accidente; prefiere, por tanto, llegar un poco tarde a no llegar en absoluto, por lo que no conduciría tan aprisa si no partiera de que el infortunio, ahora, aquí y de la manera en que conduce, no va a acaecer»[219]. Dado que el conductor no pensó en la concreta posibilidad («ahora, aquí y de esta manera») de causar una muerte, sólo puede ser condenado por un homicidio imprudente.

Según entiende *Schmidhäuser*, en casos como el expuesto concurre una *eliminación mental de la representación de la posibilidad de realización del tipo* por parte del sujeto[220]. En ellos falta el conocimiento de la concreta posibilidad de acaecimiento del resultado: pese a haber advertido tal posibilidad en abstracto, el sujeto se ha persuadido, aunque fuera de modo irracional, de que en su concreta situación el resultado no

[217] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 249. Según SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 160, la exigencia de que la posibilidad se represente en concreto supone una aproximación a la teoría de la probabilidad.

[218] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244 ss.

[219] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244.

[220] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 249: «es evidente que *el sentimiento, el deseo y la voluntad* en exceso a menudo eliminan mentalmente determinados pensamientos y acentúan otros» (cursiva en el original). La idea de la «eliminación mental» puede vincularse a una frase de GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 64,: «al hombre le gusta creer en aquello que desea». De acuerdo con la idea de que la confianza sólo es relevante en la medida en que conlleva una eliminación mental del riesgo, HAFT, «Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs», *ZStW*, 88 (1976), pp. 379-380. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 59, interpreta que el recurso a la eliminación mental del riesgo implica el uso de una ficción «para evitar las graves consecuencias de la teoría de la posibilidad. Ante la imposibilidad de delimitación desde el momento intelectivo, éste es "manipulado" para negar sencillamente las representaciones del autor no deseadas. Tras ello se oculta una velada vuelta al elemento volitivo». También entiende que la eliminación mental es una ficción, WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 217.

iba a acaecer[221]. De esta manera se aporta también un criterio para medir la relevancia que debe darse a fenómenos como la confianza o las esperanzas del sujeto en la no realización del tipo: éstos sólo pueden excluir el dolo cuando repercutan de tal modo en la representación del sujeto que éste deja de considerar que, en su situación, concurre una concreta posibilidad de tal realización; de lo contrario, son irrelevantes[222]. Con el recurso a las *eliminaciones mentales* se consigue dejar en el terreno de la imprudencia un buen número de casos, de ahí que la ampliación de lo doloso que se imputa a *Schmidhäuser* quede, cuando menos, matizada[223].

No demasiado lejos de los planteamientos de este último autor se encuentra la perspectiva defendida posteriormente por *Wolfgang Frisch* en su obra *Vorsatz und Risiko*[224]. *Frisch* parte de dos ideas básicas: dolo es conocer y el objeto de dicho conocer no son las circunstancias del tipo objetivo, como entiende la doctrina dominante, sino ciertas características de la conducta típica[225]. Para que exista imputación dolosa, esta

[221] Son éstos los casos en que, según la terminología de SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250, debe hablarse de «imprudencia aparentemente consciente», que concurre cuando se conoce un riesgo en abstracto pero no se traslada tal conocimiento a la situación concreta. Cfr., igualmente, EL MISMO, *GA*, 1957, pp. 311-314 y EL MISMO, *GA*, 1958, p. 167. En este sentido, resulta cuestionable la afirmación de OTTO, *Grundkurs*, p. 80, según la cual la teoría de la posibilidad acaba con la imprudencia consciente. Cierto es que *Schmidhäuser* prescinde terminológicamente de la expresión «imprudencia consciente», pero deja para el ámbito del delito imprudente los casos de conocimiento en abstracto del peligro, postura que, a fin de cuentas, coincide con los planteamientos expuestos por el propio OTTO, *ibidem*, pp. 79-80.

[222] ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 39, reprocha a *Schmidhäuser* la reducción del dolo a un mero fenómeno intelectual que no permite valorar debidamente el elemento de la confianza. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 249, replica a críticas como ésta que lo relevante es si la confianza se da en grado tal que propicia el juicio de que el resultado no va acaecer y que, de no ser así, concurren meras esperanzas incapaces de excluir el dolo.

[223] Una recopilación de la críticas recibidas, así como la respuesta que les da el autor, puede encontrarse en SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 249-250. Una de estas críticas se basa en la idea de que esta teoría carga más duramente contra las personas juiciosas, es decir, aquéllas que advierten todas las posibilidades de peligro y, por contra, beneficia a los desconsiderados, esto es, a los que gozan de una facilidad innata para eliminar mentalmente los riesgos que se representan. Así, afirma SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 89, que con el recurso a la eliminación mental «se honra injustificadamente a la capacidad psicológica más fuerte de eliminación». La réplica de SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250, pasa por afirmar que con su teoría las personas juiciosas tienen la oportunidad de evitar riesgos no actuando y, por tanto, la opción de no ser castigados, algo de lo que carecen los irreflexivos, pues éstos no reconocen los peligros que están creando con sus comportamientos. BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, p. 317, vincula la contestación de *Schmidhäuser* al establecimiento de una culpabilidad por el carácter.

[224] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983.

[225] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 95 ss (esp. p. 101 ss), llega a esta última conclusión al constatar que muchas descripciones típicas contienen resultados ya efectivamente producidos que, sin embargo, no pueden haber sido conocidos por el sujeto en el momento de actuar, al ser, precisamente, las consecuencias de tal actuación. Su rechazo a los elementos volitivos se justifica en *ibidem*, p. 268 ss.

conducta debe ser conocida por parte del sujeto «en su dimensión de desvalor relevante para el tipo», dimensión que viene dada por la peligrosidad que engendra tal conducta para un concreto bien jurídico[226]. La actuación del sujeto siendo consciente del riesgo que su conducta entraña para el bien jurídico supone una auténtica decisión contra dicho bien, criterio con el que se explica la acentuada punibilidad de los hechos dolosos respecto a los imprudentes, pues, según *Frisch,* el contenido del dolo no es algo que se pueda obtener a partir de su significado cotidiano ni de apriorismos ontológicos, sino de la función que el concepto desempeña en el ámbito del merecimiento de pena[227]. La decisión contra el bien jurídico concurre, por tanto, cuando el sujeto juzga *ex ante* «que la conducta es apta para crear un riesgo concreto típicamente relevante de acaecimiento del resultado o bien una elevación de dicho riesgo» y, sin embargo, actúa[228].

Una de las similitudes entre *Frisch* y *Schmidhäuser* radica en que para el primero tampoco es suficiente con que el sujeto conozca la peligrosidad abstracta de su conducta, sino que debe conocerla con sus circunstancias concretas para afirmar el dolo[229]. La relevancia de la confianza del sujeto también debe reconducirse, según *Frisch,* al ámbito de la representación: quien actúa conociendo la peligrosidad en abstracto de su comportamiento, pero confía en que el resultado no va a acaecer, o no toma el riesgo en serio, no actúa dolosamente, en la medida en que deja de representarse correctamente la dimensión de riesgo de su conducta[230].

[226] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 101 ss; un resumen de sus planteamientos en *ibidem*, pp. 115-117 y 407.

[227] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 98-102. Sobre la función del concepto de dolo, cfr. *ibidem*, pp. 259-260.

[228] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 128. Añade este autor (*ibidem*, p. 243), que «"conocer" en el sentido del concepto de dolo, exige —en el ámbito de los delitos de resultado y en relación con el elemento del resultado— que el autor haya captado en el más auténtico de los sentidos el riesgo apropiado de su acción, que haya partido para sí de la posibilidad (también en gran medida suficiente) de un menoscabo de integridad». Muy próximo a estas ideas, ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 18: «actúa dolosamente quien actúa en conocimiento del riesgo típico».

[229] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 160 y 210. Así, para este autor no es suficiente con que el sujeto piense vagamente en la posibilidad de realización del tipo, sino que hace falta que en su actuación «parta para sí mismo» («für-sich-ausgeht») de dicha posibilidad, algo que no está demasiado lejos de las teorías que postulan la necesidad de que el sujeto «tome el riesgo en serio» (cfr. *infra* III.3.A). Cfr., igualmente, EL MISMO, *K. Meyer-GS*, pp. 546-547. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 168, consideran que *Frisch* exige un «conocimiento cualificado» que viene a ser un «equivalente funcional» del elemento volitivo exigido por otras teorías.

[230] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 218 ss. Cercana a la de *Frisch* se halla la postura de OTTO, *Grundkurs*, p. 78, para quien «lo determinante es que *el autor conozca la concreta peligrosidad de lesión del bien jurídico y, pese a la consciencia de dicho peligro, no se aparte de su propósito.* Existe un peligro concreto cuando según la experiencia general de la vida la lesión de un determinado bien jurídico está tan próxima que la no producción del resultado depende sólo del azar» (cursiva en el original). Según este autor (*ibidem*, pp. 78-79), la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente se debe establecer en función de si el sujeto conoció el peligro concreto o sólo el peligro abstracto que entrañaba su conducta. Aunque este autor denomine a la teoría de *Frisch* «teoría subjetiva del riesgo» y a la suya «teoría de la puesta en peligro», en realidad no se aprecian diferencias sustanciales entre ambas, por cuanto, como afirma el propio OTTO, «Der Vorsatz», *Jura*, 1996, pp. 472-473, todo depende de «que el autor haya reconocido el peligro concreto para el bien jurídico y pese a la consciencia de tal peligro no haya abandonado su propósito».

Una de las principales críticas que se dirige a *Frisch* sostiene que su concepción del dolo priva de razón de ser a la imprudencia consciente, en la medida en que coloca tan bajo el listón de lo doloso, que todos los casos que con teorías tradicionales tenían cabida en el ámbito de la imprudencia pasan al del dolo eventual[231]. Otro reproche entiende que los planteamientos de este autor llevan a la total confusión entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión[232]. Estas críticas, en cualquier caso, no están en absoluto alejadas de las ya emitidas contra *Schmidhäuser,* lo que resulta comprensible si se advierte que los planteamientos de *Frisch* pocas novedades aportan en relación con lo ya expresado en su momento por aquel autor o por *Horst Schröder*, más allá de una cierta adecuación terminológica del tipo subjetivo del delito a las nuevas teorías de la imputación objetiva —riesgo como objeto de representación— y de la ubicación del dolo en el injusto y no en la culpabilidad[233]. Por este motivo, algunos autores entienden que con sus aportaciones en realidad no se introduce nada que no estuviera ya dicho[234].

[231] La más completa crítica a la teoría de *Frisch* en KÜPER, *GA*, 1987, p. 500 ss. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 137, considera que la teoría de *Frisch* supone una ampliación de la punición. Cfr., igualmente, MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, pp. 432-433. Réplica a las críticas recibidas por parte del propio FRISCH en *K. Meyer-GS*, p. 546.

[232] Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 136. El tratamiento de la cuestión por el propio autor en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 290 ss. Ulteriores críticas al modelo teórico de *Frisch* en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 56 ss.

[233] Aunque SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 240-241, caracteriza el dolo como «el actuar con la representación de la posible lesión del bien jurídico», deja explícitamente fuera del ámbito de lo doloso aquellos casos en los que el autor actúa conociendo un riesgo permitido o escaso. También *Schmidhäuser*, aunque hable habitualmente de conocimiento de la posibilidad y ubique el dolo en la culpabilidad, a menudo utiliza como sinónima la expresión «actuar con conocimiento del riesgo»; cfr. en este sentido y a modo de ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1958, p. 179, donde se afirma que para el dolo es necesario «ser consciente del *concreto* peligro» (cursiva en el original). Con todo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 302-303, intenta marcar las distancias entre su teoría y el mero «tener por posible».

[234] Así, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 259, entiende que sólo se conoce un riesgo cuando se tiene por posible que el resultado acaezca. Cfr. también ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 54-55 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 88-90, quien reprocha a *Frisch* que el elemento de la confianza siga siendo tenido en cuenta aunque camuflado bajo la posición personal del autor ante el riesgo.

No obstante, el trabajo de *Frisch* parece haber tenido cierta repercusión entre la doctrina y la jurisprudencia españolas, tradicionalmente poco receptivas ante los planteamientos meramente cognitivos del dolo[235]. En este sentido, tiene un carácter paradigmático la STS de 23 de abril de 1992 —la denominada sentencia del «Caso de la colza»— en la que de forma inequívoca se define el dolo en términos meramente de representación:

> la jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en su forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el peligro permitido. En tales supuestos la jurisprudencia ha puesto de relieve que el posible deseo del autor de que el resultado no se produzca no ha sido considerado como elemento que excluya el dolo (eventual)[236].

Sin embargo, y pese a declaraciones puntuales como la anterior, un análisis global de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo no permite advertir una línea uniforme con respecto al problema del dolo, pues en ella conviven puntos de vista cognitivos como el anteriormente citado, junto con perspectivas que siguen exigiendo la concurrencia de elementos de corte volitivo, sobreviviendo incluso en algunas resoluciones la terminología de teorías tan desprestigiadas como la del consentimiento en su modalidad de la *primera fórmula de Frank* o la de la indiferencia[237]. Con todo, parece incuestionable que, en las resoluciones más

[235] Las más notables excepciones son los trabajos sobre el dolo de GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 259 y EL MISMO, *ADPCP*, 1990, p. 428, quien, en el ámbito del dolo eventual, se declara explícitamente partidario de la teoría de la probabilidad. También defiende una visión del dolo meramente cognitiva SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 651 y EL MISMO, *Aproximación*, p. 401 ss, quien afirma que «lo específico del dolo frente a la imprudencia es que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado» (cursiva en el original). BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 82, exige para el dolo «el conocimiento de la posibilidad concreta de la realización del tipo» (cfr. igualmente EL MISMO, *Principios*, p. 225 ss). Ver también, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 129 ss. En Argentina un partidario del concepto de dolo definido en términos meramente cognitivos es SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 197 ss, esp. pp. 201-202.

[236] STS 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater, FJ 3.º de la resolución del recurso planteado por la defensa de J.M. Bengoechea). Se muestra crítica con esta argumentación RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 204-205. Para otras sentencias del Tribunal Supremo en que se siguen planteamientos cognitivos, cfr. TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, p. 169 ss.

[237] Así, la STS de 16 de noviembre de 1987 (A 8511, ponente Barbero Santos) aplica la teoría del consentimiento recurriendo a la *primera fórmula de Frank*: «la cuestión a resolver para afirmar el dolo eventual es otra ¿habría actuado el procesado de la misma forma si se hubiera representado el resultado como seguro?». En la STS de 16 de enero de

recientes, el peso específico de la argumentación jurisprudencial recae sobre el elemento cognitivo del dolo, aunque la terminología de las teorías cognitivas aún sea vista con cierta reticencia, probablemente por el arraigo de la definición del dolo como conocer y querer[238]. Por este motivo, se siguen exigiendo habitualmente elementos pretendidamente volitivos como el «conformarse» o el «aceptar»[239]. Tal vez sea ésta también la causa de que buena parte de la doctrina se niegue a abandonar explícitamente un elemento de corte volitivo en el dolo, como puede apreciarse en la exposición de aquellos planteamientos que se analizan en el siguiente apartado.

III.3. LA CONFIANZA EN LA NO REALIZACIÓN DEL TIPO

Una de las ideas más importantes que se plantea en la sentencia del *Lederriemenfall* es la afirmación de que el dolo eventual «se diferencia de la imprudencia consciente en que *el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer*» o, lo que es lo mismo, la idea de que la confianza en la no realización del tipo excluye el dolo del sujeto con respecto a tal realización[240]. Este planteamiento no resulta, ni mucho menos, novedoso: buena parte de los seguidores de la teoría del consentimiento entendían que la confianza o las esperanzas del sujeto en que el resultado no iba a producirse implicaban la exclusión del elemento emocional-volitivo en que

1995 (A 7, ponente De Vega Ruiz) se sostiene que la teoría del consentimiento es «la más racional y la más unívoca». La teoría de la indiferencia se aplica en la STS de 26 de diciembre de 1987 (A 9879, ponente Bacigalupo Zapater). Se recurre a teorías volitivas similares a la empleada por el BGH en el *Lederriemenfall* en la STS de 3 de octubre de 1987 (A 6951, ponente Montero Fernández-Cid). Sobre esta materia, cfr. MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, p. 427 ss y GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 421-422.

[238] Parafraseando fragmentos de la «sentencia de la colza» (cfr. *supra* nota 47) en la STS de 20 de enero de 1997 (A 190, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se afirma que «el Tribunal Supremo se acerca desde hace tiempo en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad y ello no puede llamar la atención, pues esta evolución se apercibe en la propia teoría del dolo eventual». Una interesante perspectiva del progresivo abandono (más o menos explícito) de la voluntad en el dolo por parte de la jurisprudencia del TS en BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, pp. 225-226.

[239] Así, mientras en la STS de 18 de marzo de 1997 (A 2523, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma con respecto a la teoría del consentimiento que «esta teoría del dolo eventual ya no es seguida por esta Sala», en la STS de 11 de marzo de 1997 (A 1944, ponente Montero Fernández-Cid) se exige que «sobre ese resultado, que aparece como probable en la mente del sujeto, intervenga de algún modo la voluntad, aceptándolo, aprobándolo o conformándose con él», aunque se admite a la vez que éstos elementos *pseudo-volitivos* se dan por presuntos «desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción».

[240] BGHSt, vol. 7, p. 370 (cursiva añadida).

fundamentaban el dolo eventual, esto es, servían para negar la existencia del consentimiento o aprobación de dicho sujeto. Sin embargo, la neutralización del elemento volitivo del dolo eventual ha llevado a que, en tiempos más recientes, la cuestión se analice desde puntos de vista algo distintos. Para exponer adecuadamente la actual situación doctrinal es conveniente partir del siguiente supuesto de hecho:

> *A altas horas de la madrugada, un conductor que tiene prisa por volver a casa decide saltarse la señal de stop que regula el tráfico en un cruce de calles de su ciudad, pensando que a esas horas no iba a venir nadie en dirección contraria. El vehículo, sin embargo, colisiona con una motocicleta que circula por la vía perpendicular, produciéndose a consecuencia del impacto la muerte del motorista.*

Es ante supuestos como éste cuando la doctrina se plantea el problema de la confianza y sus repercusiones en la imputación subjetiva. Así, parece evidente que el protagonista del ejemplo no dejó de representarse que estaba realizando una acción peligrosa, pese a lo cual, una condena por homicidio doloso parecería excesiva. Con práctica seguridad, la circunstancia de que el sujeto se saltara la señal de tráfico pensando (confiando) en que no iba a producirse accidente alguno es el factor que lleva a entender que, como mucho, este caso puede castigarse como homicidio imprudente. Sin embargo, las vías conceptuales empleadas para llegar a tal solución no son siempre las mismas. Ya se expuso en el anterior apartado de este trabajo que desde planteamientos meramente cognitivos —como los de *Schmidhäuser*— al fenómeno de la confianza sólo se le atribuía relevancia si provocaba una «eliminación mental» de la representación del riesgo[241]. El hecho de que esta solución no convenza a la mayoría de autores —al fin y al cabo, el conductor no dejó de saber que lo que hacía era peligroso— lleva a buscar un tratamiento distinto para la confianza.

Dos son las grandes propuestas teóricas para resolver esta cuestión[242]. Por un lado, algunos autores consideran que la confianza sólo es relevante en la medida en que pueda llevar a que el sujeto deje de representarse correctamente el riesgo que está creando con su conducta. Sin embargo, se considera que en este ámbito no basta con un mero conocimiento de posibilidad, sino que son necesarias otras formas aparentemente más cualificadas de conocimiento. En esta línea deben encuadrarse las propuestas teóricas de *Welzel* y *Stratenwerth*, basadas, respectivamente, en las ideas de «contar con la posibilidad» y de «tomar en serio el peligro».

[241] Cfr. *supra* III.2.

[242] Cfr. GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 57-58. En la exposición de las diversas posturas doctrinales que este autor lleva a cabo se puede apreciar ya la contraposición de dos grandes perspectivas: por una parte, la que sostiene que sólo confía quien deja apreciar la posibilidad del resultado, esto es, la idea de que la confianza sólo es relevante en la medida en que repercute sobre la representación del sujeto; por otra parte, la que entiende que la confianza o las esperanzas excluyen el consentimiento o la aprobación de dicho sujeto con respecto a la realización del tipo, aunque se mantenga el nivel de representación del riesgo.

En segundo lugar, otros autores entienden que la confianza debe tener relevancia incluso en aquellos casos en que el sujeto no ha dejado de representarse un grado de riesgo que, de no mediar tal confianza, sería por sí solo suficiente para fundamentar una imputación dolosa. El problema que se plantea a quienes defienden esta idea —actualmente mayoritaria— surge de la dificultad que comporta deslindar la auténtica «confianza» (relevante) de las «meras esperanzas» (irrelevantes) cuando estos fenómenos dejan de encontrar su frontera conceptual en la repercusión que hayan tenido sobre el aspecto cognitivo del dolo y se vinculan a fenómenos *pseudovolitivos* como el «aceptar» o el «conformarse», paráfrasis del ya expuesto «aprobar en sentido jurídico». En esta línea, algunas de las propuestas teóricas defienden que, para deslindar confianzas de esperanzas, se debe recurrir a criterios de «racionalidad media», un punto de vista no exento de problemas. Todos estos planteamientos se exponen de forma más detallada en los siguientes subapartados.

A) El «contar con» y el «tomar en serio»

Como se ha anticipado, un primer grupo de autores considera que la confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse sólo debe excluir la imputación dolosa en aquellos casos en que lleva a que el sujeto deje de representarse «correctamente» el riesgo de realización del tipo. En esta línea se encuentra la propuesta teórica de *Welzel*[243]. Este autor parte de dos ideas básicas: cuando un sujeto *cuenta con* ciertas consecuencias concomitantes en el instante de actuar, abarca dolosamente su causación, pues «tiene que haberlas querido realizar eventualmente si emprende la acción»; por contra, «su voluntad de realización no se extiende a aquellos resultados posibles con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan. Pues quien al actuar confía en que no se produzcan tales resultados no los quiere realizar»[244].

Añade *Welzel*: «los conceptos de "contar con la producción" del resultado concomitante y de "confiar en que no se realice" son comple-

[243] Sobre los planteamientos de este autor acerca del dolo, cfr., básicamente, WELZEL, *Derecho penal*, p. 77 ss.

[244] WELZEL, *Derecho penal*, pp. 81-82. La idea del «contar con» ya había sido planteada por HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), pp. 177-178. Un intento de interpretar los planteamientos de este último autor en clave volitiva en VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 50-51.

mentarios y, por lo tanto excluyentes»[245]. Para el «contar con» es necesaria la representación de un apreciable grado de peligro, no bastando representaciones de una mera posibilidad[246]. La confianza de las meras esperanzas, como el querer del mero desear, se diferencia en función de si el sujeto se atribuye o no a sí mismo la posibilidad de tener alguna influencia sobre el curso de los acontecimientos venideros, es decir, se distinguen por la forma en cómo repercuten sobre el elemento del «contar con»[247].

Utilizando planteamientos no alejados de los anteriores, en la década de los cincuenta *Günter Stratenwerth* formula su teoría del «tomar en serio» como fundamento del dolo[248]. Según este autor, lo propio de la imprudencia consciente no es que el sujeto «elimine mentalmente» la repre-

[245] WELZEL, *Derecho penal*, p. 82. Cabe añadir que según este autor (*ibidem*) el «contar con» debe entenderse en los términos de la teoría de la probabilidad. Cfr., asimismo, la intervención de *Welzel* ante la *Großer Strafrechtskommission*, (*Niederschriften*, vol. XII, pp. 106-109), en que rechaza expresamente la validez de elementos como el «estar de acuerdo», «aprobar» o «conformarse» y, a la vez, fija el límite de la confianza excluyente del dolo en el hecho de que el sujeto «cuente con» la realización del riesgo. La dualidad «contar con» (dolo) *versus* «confiar en» (imprudencia) es defendida en España por CEREZO MIR, *Curso*, pp. 143-144, aunque este autor caracteriza estos requisitos como elementos volitivos basados en la actitud emocional del sujeto, de ahí que considere que en los planteamientos de *Welzel* se aprecia «una influencia excesiva de la teoría de la probabilidad». En una línea similar, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 211-212, quien se refiere al pretendido elemento volitivo del dolo eventual, entre otras, con la expresión «contar con». Cfr., igualmente, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal*, p. 268 y GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 49. El principal problema de estos puntos de vista radica en la afirmación de que es posible que un sujeto pueda dejar de «contar con» un resultado representado, sin embargo, como probable y, también, en la caracterización como emocional-volitivos de fenómenos eminentemente cognitivos.

[246] Afirma *Welzel:* «según mi concepción el "contar con" se inicia sólo con una posibilidad más alta, mientras que según su concepción [en referencia a lo defendido por *Dreher*] para el "contar con" es suficiente con cualquier posibilidad». *Gallas* replica que, en cualquier caso, la terminología de *Welzel* no resulta muy afortunada, pues, o bien lleva a pensar que con una representación de posibilidad es suficiente, o cae en las mismas trampas que la teoría de la probabilidad. Cfr. *Niederschriften*, vol. XII, p. 109 (intervención del *Welzel*) y p. 111 (intervención de *Gallas*). Cfr. igualmente WELZEL, *Derecho penal*, p. 83: las meras dudas no bastan para el «contar con».

[247] Cfr. WELZEL, *Derecho penal*, p. 84. De acuerdo, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 94: «quien cuenta con la producción de un daño puede actuar en la esperanza de que no se llegará a producir, pero no en la confianza». El papel que desempeñan el "contar con" y el "confiar" en los planteamientos de *Welzel* no está exento de contradicciones y oscuridades; cfr., en este sentido, los argumentos de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 182-184. Sobre posibles ambigüedades en el significado del «contar con», cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 251 (nota 45).

[248] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), p. 51 ss. Se adhiere a estos planteamientos AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 70. El empleo de las expresiones «contar con» y «tomar en serio» como sinónimas puede observarse en RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 43.

sentación del riesgo, sino que dicho sujeto «tome a la ligera» un peligro previamente reconocido. *A sensu contrario*, lo necesario para el dolo eventual deberá ser que el sujeto «tome en serio» el riesgo que se representa[249]. Evidentemente dicho «tomar en serio» supone algo más que un mero conocer: implica que el sujeto atribuya una cierta entidad al riesgo que previamente ha conocido, lo que no excluye la posibilidad teórica de que dicho sujeto, por motivos irracionales, juzgue poco relevantes —«tome a la ligera»— riesgos que cualquier observador medio habría calificado de graves[250]. En la teoría de *Stratenwerth,* la confianza del sujeto en el no acaecimiento del resultado se entiende como el polo opuesto a la situación en que el sujeto ha tomado el riesgo en serio, por lo que sólo concurrirán meras esperanzas irrelevantes cuando, pese a tomar el riesgo en serio, el autor no desee que se realice el tipo[251].

Las anteriores ideas, como las de *Welzel*, no están en el fondo demasiado alejadas de planteamientos declaradamente cognitivos. En este sentido, parece evidente que la confianza planteada en los términos de

[249] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), pp. 55-56. En este sentido, y con ánimo de replicar a *Schröder* o *Schmidhäuser*, añade este autor que no tomar en serio un peligro no necesariamente implica que se deje de ser consciente de él: quien lanza una colilla en el bosque puede ser perfectamente consciente de que existe un peligro y no eliminar mentalmente dicha representación. Sin embargo, actuará imprudentemente cuando tome a la ligera el peligro que se deriva de su comportamiento. Acepta la teoría del «tomar en serio», aunque con variaciones con respecto a *Stratenwerth*, WOLFF, «Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung», *Gallas-FS*, Berlín, Nueva York, 1973, pp. 225-226.

[250] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), p. 57. No resulta sencillo comprender por qué se ha interpretado por algunos autores que la expresión «tomar en serio» contiene el elemento emocional-volitivo del dolo, como es el caso de MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, p. 312 o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 60-61. Evidentemente el «tomar en serio» es algo distinto a un mero conocimiento aséptico del peligro, pues supone una cierta valoración de éste; sin embargo, de ahí a caracterizarlo como un elemento emocional-volitivo del dolo eventual dista un enorme trecho. Al fin y al cabo, en la mayoría de supuestos todo depende del grado de riesgo que advierta el sujeto, porque, como afirma JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 329-330, «el autor que decide seriamente no puede disponer con independencia de ello sobre un resignarse, un no tomar en serio, o algo similar». Quien ha podido reconocer un peligro elevado no puede a su libre antojo decidir si va a tomarlo o no en serio. Sobre las diferencias entre la teoría del «tomar en serio» y la teoría de la probabilidad, cfr. AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 62 ss. Según este autor la diferencia fundamental radica en que el «tomar en serio» es un criterio cualitativo para deslindar dolo de imprudencia que no consigue aportar la teoría de la probabilidad. CUELLO, «Acción, capacidad de acción y dolo eventual», *ADPCP*, 1983, p. 95, califica a la idea de «tomar en serio» como «síntesis refundidora de las tesis intelectuales y volitivas tradicionales». Por contra, una interpretación del «tomar en serio» en clave cognitivista en NOWAKOWSKI, *WK*, § 5, n.º marg. 13.

[251] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), p. 64, quien trata de distinguir su «tomar en serio» del «contar con la posibilidad» de *Welzel*, afirmando que quien no toma el riesgo en serio no deja por ello de contar con la posibilidad. Considera acertada la dualidad «tomar en serio» - «confiar en el no acaecimiento del resultado», MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, pp. 26-27. También KÖHLER, *Strafrecht*, p. 161, acoge estos planteamientos.

los autores expuestos desempeña un papel nada alejado de la «eliminación mental» defendida por *Schmidhäuser*: ambos elementos sólo deben tomarse en cuenta para excluir el dolo si influyen de tal modo en la representación del sujeto que ésta ya no se presenta en la forma requerida para la imputación dolosa[252]. Así, aunque *Stratenwerth* trata de marcar distancias con *Schmidhäuser,* la dualidad «tomar en serio» - «tomar a la ligera» del primero presenta una notabilísima similitud, más allá de lo meramente terminológico, con el binomio conceptual «representación de la posibilidad concreta» - «representación de la posibilidad abstracta eliminada mentalmente» que defiende el segundo. En este sentido, no debe olvidarse que para *Schmidhäuser* no bastaba con que la posibilidad de realización del tipo *pasara simplemente por la cabeza* del sujeto, sino que hacía falta que éste juzgara que en su conducta concreta concurría un grado de riesgo apreciable[253].

En trabajos posteriores el «tomar en serio» de *Stratenwerth* es acogido por *Roxin* y por buena parte de los autores que se inscriben dentro de la perspectiva teórica que defiende un concepto de dolo basado en la idea de «decisión contra el bien jurídico», un punto de vista al que el propio *Stratenwerth* se sumará más adelante[254]. Esta adhesión comportará una evolución de su concepto de dolo en que, aparentemente, cada vez tienen más importancia elementos de corte emocional-volitivo[255]. En esta última línea, bastantes autores consideran que pueden darse casos en que el sujeto «toma en serio» un riesgo sin que exista aún dolo, al haber confiado dicho sujeto en que el resultado no iba a acaecer. La confianza,

[252] En *Schmidhäuser* la «eliminación mental» (que puede ser causada por la confianza o los deseos) hace que el sujeto deje de *representarse la posibilidad in concreto* de acaecimiento del resultado; en *Welzel*, la confianza del sujeto lleva a que éste deje de *contar con* tal acaecimiento y, por último, en *Stratenwerth*, a que deje de *tomar el riesgo en serio*.

[253] Cfr. *supra* III.2.

[254] Sobre la teoría de la «decisión contra el bien jurídico», cfr. *infra* III.5. Sobre la influencia mutua entre los planteamientos de *Roxin* y *Stratenwerth*, cfr. ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 84.

[255] Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, pp. 95-96. En este trabajo el autor defiende que «al dolo no sólo pertenecen determinadas condiciones del conocimiento, sino también una concreta disposición interna del autor». Esta disposición es caracterizada de un modo evidente como un «conformarse», que faltará cuando el sujeto confíe en no realizar el tipo con su actuación. Otra concepción del dolo basada en el «tomar en serio», al que se añaden elementos volitivos, puede encontrarse en RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 43: «debe afirmarse dolo eventual cuando el autor toma en serio la posibilidad (esto es, el riesgo típico) de lesión del bien jurídico, es decir, cuenta con ella y con ella se conforma». Afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 36, que de la oposición entre *querer* y *no querer* que la teoría de la voluntad toma como punto de partida ya no queda nada cuando se habla de «tomar en serio» y de «confiar seriamente» en el no acaecimiento del resultado. Sobre los distintos usos de la expresión «tomar en serio» entre los diversos autores que la han acogido como requisito conceptual del dolo, cfr. SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 282-283.

por tanto, se separa del plano cognitivo del dolo como situación opuesta al «tomar en serio» y se concibe como un elemento que excluye el requisito emocional-volitivo que se exige para considerar dolosa una realización delictiva.

B) El «conformarse» y el «aceptar»

A partir de los años cincuenta gozan progresivamente de mayor vigor aquellas teorías que consideran que el dolo eventual exige que, además de conocer un riesgo de realización típica, el sujeto se «conforme» o «se resigne» con dicha realización, o bien «acepte» el riesgo creado con su conducta. Estas caracterizaciones del elemento volitivo del dolo eventual presentan evidentes similitudes con el «aprobar en sentido jurídico» del *Lederriemenfall*: en ambos casos se exige un componente volitivo para el dolo, pero éste ya no se presenta en el tono emocional empleado por la teoría del consentimiento clásica. Quienes defienden estos puntos de vista consideran que la posible confianza del sujeto no repercute sobre el elemento cognitivo del dolo, sino que elimina en todo caso el aspecto volitivo, descrito éste con las expresiones citadas[256].

El éxito de estos planteamientos es tal, que actualmente constituyen la postura dominante entre la doctrina y la jurisprudencia alemanas y su peso específico es más que notable en la Ciencia penal española[257]. Posi-

[256] Cfr. JESCHECK, *Wolf-FS*, p. 486: «"conformarse" y "actuar en la confianza" son conceptos complementarios del aspecto anímico: quien no actúa en la confianza de la ausencia del resultado se conforma con él; quien se conforma con la producción del resultado, no actúa confiando en su ausencia». Ésta es también la postura que se acoge por BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10.ª ed., Bielefeld, 1995, p. 435; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Múnich, 1987, pp. 83-85 y WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 214 y 216, quien afirma que «existe dolo eventual cuando el autor tiene seriamente por posible y se conforma con que su conducta lleve a la realización del tipo legal (...) actúa con imprudencia consciente cuando confía en la inexistencia de la circunstancia de que se trate o en la no producción del resultado». En la doctrina italiana, MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 320, entiende que el dolo eventual, además del conocimiento, requiere que el sujeto «acepte» el resultado. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 323, exigen una «aceptación del riesgo» por parte del sujeto, aceptación que no concurre cuando se confía en la no realización del resultado. Por su parte, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14.ª ed., Milán, 1997, pp. 346-347, entiende que existe dolo cuando el sujeto actúa aceptando el riesgo de producción del resultado y añade que el dolo sólo se excluye cuando dicho sujeto ha actuado en la segura convicción de que el resultado en cuestión no se produciría. Cfr., igualmente, ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987, vol. I, art. 43, n.º marg. 21.

[257] Esta teoría encuentra incluso su plasmación legal en el § 5 del Código austríaco y fue también la empleada en el proyecto de StGB alemán de 1962 para definir el dolo eventual: «§ 16: actúa dolosamente quien lo que quiere es realizar el tipo legal, quien sabe o prevé como seguro que va a realizarlo, o quien tiene por posible tal realización y *se conforma con ella*» (cursiva añadida). Lamenta que no prosperase tal definición ROXIN, *Einführung*, pp. 11-12. El BGH acoge este criterio, entre otras, en la sentencia de 4 de

blemente, el principal motivo de tan notable éxito deba atribuirse a que estas perspectivas consiguen, aparentemente, mantenerse fieles a la definición general de dolo como conocer y querer. Sin embargo, y como se muestra a continuación, en estos puntos de vista se pueden apreciar importantes inconvenientes teóricos.

En primer lugar, es muy discutible el grado de sustantividad que puede atribuirse a elementos como el «conformarse», el «aceptar» o el «resignarse» pues, como afirma *Welzel,* «aquél que no confía en la ausencia del resultado, sino que cuenta con su producción, tiene que estar (forzosamente) "conforme" con él»[258]. En otras palabras, el «conformarse» se afirma siempre que el sujeto actúa en conocimiento de un riesgo sin confiar en la no realización del tipo y, por tanto, goza de tan nula autonomía conceptual como el «aprobar en sentido jurídico» postulado en la sentencia del *Lederriemenfall*[259].

En segundo lugar, resulta indiscutible que, aun dotándolo de una sustancialidad de la que carece, el «conformarse» tiene ya bien poco o nada que ver con el auténtico «querer» o «intención» que se suelen exigir en la definición general del dolo. Como afirma *Kindhäuser,* «uno se conforma con que su hija no se case con alguien de su *status* social, o con que el adversario político gane las elecciones, pero nadie se conforma con algo que causa con su propia acción»[260]. Seguir afirmando en tales circunstancias que sólo la voluntad es un criterio adecuado para diferenciar lo doloso de lo imprudente resulta, cuando menos, sorprendente.

noviembre de 1988 (BGHSt, vol. 36, p. 11). En España, ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 399, entiende que concurre dolo eventual cuando «el autor decide aceptar la probable realización del tipo y cargar con el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción», esto es, «conformarse». Configuran el dolo eventual a partir de elementos como la aceptación, entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 248-249; LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 426; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal*, p. 268; PUIG PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 7.ª ed., Madrid, 1988, pp. 208-209. Estas ideas han sido también acogidas por el Tribunal Supremo en diversas resoluciones, como la STS de 25 de octubre de 1991 (A 7375, ponente Montero Fernández-Cid): «en el dolo eventual se consiente o acepta la posible producción del resultado; en tanto que en la culpa consciente se confía por el agente en que el mismo no se producirá». Estos puntos de vista también pueden considerarse dominantes en la jurisprudencia italiana, como se pone de manifiesto en el trabajo de TASSI, *Il dolo,* Padua, 1992, *passim.* Dicha jurisprudencia suele exigir para el dolo eventual la «aceptación» del resultado por parte del sujeto.

[258] WELZEL, *Derecho penal*, p. 85. Cfr., asimismo, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 539: «el resignarse a la posible producción del resultado no es más que un engaño verbal que debería ser abandonado de una vez por todas: supone un peligro para la aplicación del Derecho y aparentemente mantiene viva una teoría que hace ya tiempo fue enterrada por sus mismos protagonistas», en referencia a las antiguas teorías del consentimiento.

[259] Sobre la vinculación entre el «aprobar en sentido jurídico» y el «conformarse», cfr. AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 58. Según FRISCH, «Offene Fragen des dolus eventualis», *NStZ*, 1991, p. 23 (nota 1), el «conformarse» no es más que la expresión en que se ha acabado transformando el antiguo «aprobar» de la teoría del consentimiento, una muestra más, por tanto, del proceso de neutralización que en las últimas décadas ha experimentado el elemento volitivo del dolo eventual. También critica las expresiones que se utilizan habitualmente para caracterizar el elemento volitivo del dolo eventual, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 82, a las que califica de «clichés vacíos».

C) La racionalidad de la confianza

Cuando la relevancia de la confianza deja de medirse en función de cómo este fenómeno afecta al elemento intelectual del dolo, surge un problema adicional. Éste se plantea en aquellos casos en que, pese a contar el sujeto con una inequívoca representación de un nada despreciable nivel de riesgo, sigue confiando en que la realización del tipo no va a producirse. Una aplicación consecuente de la idea según la cual la confianza excluye el elemento volitivo del dolo lleva a apreciar en estos casos únicamente imprudencia, lo que a menudo puede hacer surgir la sensación de que, incomprensiblemente, el Derecho penal privilegia las formas más desaforadas de optimismo ante el peligro. La dimensión de este problema se aprecia con claridad acudiendo al siguiente ejemplo:

> *Un individuo convence a un amigo suyo para que le preste una elevada cantidad de dinero, afirmando que va a invertirla en un negocio muy rentable de fabricación de maquinaria que, en realidad, no existe. Su verdadera idea es destinar el dinero a la compra de décimos de lotería y, con las ganancias que* confía *obtener, no sólo piensa resarcir a su amigo, sino lucrarse también él mismo. Si, como parece lo más probable, se pierde todo el dinero ¿se está ante la comisión dolosa de una estafa?*

Si en casos como éste se deja de reconducir la confianza del sujeto al grado de representación de riesgo de realización del tipo, la única respuesta pasa por la imprudencia y, en el caso de la estafa, por la impunidad. Algunos autores consideran que ésta es la opción correcta y entienden que, por muy irracional que sea la confianza del sujeto, su existencia debe impedir la apreciación del dolo, pues en tales casos no concurre el elemento volitivo («conformidad», «aceptación») que caracteriza al dolo eventual[261]. Este punto de vista es plenamente consecuente

[260] KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 28, afirma que «el "conformarse" con la peligrosidad de la conducta es una consecuencia necesaria de querer dicha conducta tomando en serio su peligrosidad. Por tanto, no es necesario exigirlo como elemento adicional».

[261] En este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 248, afirma que la convicción o confianza del sujeto en que en su caso el resultado no acaecerá «podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba (p. ej., en la posibilidad de control del peligro que tiene el sujeto u otra persona), pero también en motivos irracionales como la superstición, aunque el juez no podrá partir de esto último salvo que existan pruebas que lo confirmen». Ideas similares en EL MISMO, en *Elementos subjetivos*, p. 32, donde se admite que la confianza irracional puede ser de difícil prueba, pero que

con la idea de que la concurrencia de los elementos que integran el dolo debe buscarse en la subjetividad del individuo y, en tal medida, los autores que acogen esta idea consideran que lo decisivo para excluir la imputación dolosa es acreditar que el sujeto *confió*, independientemente de las causas de dicha confianza o de la valoración que ésta pueda merecer desde el punto de vista de la racionalidad media. Sin embargo, y pese a su indiscutible coherencia, esta perspectiva lleva a resultados difíciles de aceptar, como, en el caso del anterior ejemplo, a la impunidad del sujeto activo.

Por este último motivo, algunos autores deciden introducir límites objetivos a la confianza, exigiendo que ésta pueda considerarse racional para que lleve a la exclusión del dolo y entendiendo que, en caso contrario, concurren meras esperanzas intrascendentes. Desde este punto de vista, no interesa la influencia que estos fenómenos puedan ejercer sobre el contenido de la representación del sujeto, sino la posibilidad de afirmar que, desde el punto de vista de la racionalidad media, las esperanzas del autor tienen fundamento[262]. En esta línea plantea *Luzón Peña* su *teoría restringida del consentimiento o de la aceptación*, según la cual «la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho (...) sino que *la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente*, aunque errónea, en que no se produzca el hecho»[263].

La clave de este último planteamiento está en hacer depender la presencia del dolo de un juicio objetivo: el recurso a una «valoración objetivo-normativa» lleva a sostener que hay confianzas relevantes para el Derecho penal (las racionales, en la medida en que excluyen el dolo eventual), mientras que otras, por contra, son irrelevantes (las irracionales o meras esperanzas, pues no tienen virtualidad suficiente para excluir

no por ello debe considerarse irrelevante. De acuerdo con la idea de que las confianzas irracionales también excluyen el dolo, aunque en este caso desde un prisma cognitivista, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 215 ss. En Austria, cfr. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 169.

[262] Para los autores partidarios de un concepto cognitivo de dolo la confianza irracional no resulta en principio especialmente problemática, pues lo que importa es que el sujeto siga representándose el riesgo. Cfr., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 652 (nota 22), quien entiende que los casos de confianza irracional son supuestos de dolo en la medida en que en ellos el sujeto tiene un conocimiento correcto de la realidad.

[263] LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 426. De acuerdo con este autor RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63 y LA MISMA, *El caso de la colza*, p. 214 ss. En la misma línea, MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, p. 436: el ámbito de la culpa queda reservado para «aquellos casos de representación errónea de una posibilidad de evitación del resultado que sean "creíbles" o, si se prefiere, capaces de generar en el autor una confianza racional y realista en su no producción, gracias al control que cree tener de la situación».

el dolo del sujeto)[264]. Sin embargo, introducir criterios de racionalidad media para determinar en qué casos debe tenerse en cuenta la confianza comporta admitir que, en ciertos supuestos, se va a prescindir de la auténtica subjetividad del autor para decidir la concurrencia de dolo, pues éste será afirmado o negado a través de un baremo objetivo.

Semejante planteamiento no parece conciliable con teorías que, a la vez, plantean la cuestión del dolo como algo que depende de la vertiente interna del sujeto[265]; al contrario, este modo de ver las cosas implica un notable grado de objetivación que, coherentemente, debería poder extenderse también al conocimiento, afirmando, por ejemplo, que existen desconocimientos irrelevantes para el Derecho penal: ¿qué sucede con el autor que simplemente no confía en nada, porque ya desde un principio ni siquiera apreció riesgo allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto y en considerables proporciones?

> *Por ejemplo,*
> *Un miembro de una violenta organización integrista decide ocultar una bomba con un dispositivo de explosión retardada en una estación de metro. Media hora antes de que el artefacto explote, el sujeto se arrepiente de su acción, pero decide no dar aviso a la policía por temor a ser descubierto y opta por recurrir a otra solución: es tal su fe en Dios, que le implora mediante rezos que detenga la explosión de la bomba y, realmente, llega un momento en que deja de ver peligro alguno, pues está totalmente convencido de que las fuerzas celestiales evitarán la explosión. El artefacto de todos modos estalla y mueren varias personas.*

En este supuesto no hace falta plantearse la cuestión de la confianza, simplemente porque de entrada no concurre en el sujeto la representación necesaria para el dolo. Pese a que valorativamente no da la sensación de que haya demasiadas diferencias entre este caso y aquél en que el sujeto conoce el riesgo pero confía irracionalmente en que éste no va a realizarse, no parece, sin embargo, que los autores que admiten la irrelevancia de ciertas confianzas también quieran considerar como irrelevantes ciertas ausencias de representación[266]. Y, en cualquier caso, tal forma

[264] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 426.

[265] Sobre la contradicción (y los peligros) que supone introducir restricciones objetivas en la cuestión de la confianza, cfr. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 543 ss.

[266] Por ello no se comprende totalmente la crítica de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 103, a *Herzberg* (cfr. *infra* IV.2.C), reprochando a este autor el establecimiento de una «delimitación puramente objetiva» entre dolo e imprudencia que «vacía de contenido y desnaturaliza el tipo subjetivo», cuando a la vez esta autora considera «correcto y necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto». Si en el caso de quien confía en que el resultado no acaecerá (aunque lo haga de modo absolutamente irracional para un hombre medio), no se atribuye relevancia a dicha confianza y se le condena, por tanto, como autor doloso ¿puede negarse que esta condena no se habrá asentado en un juicio meramente objetivo?

de proceder requiere de un proceso de legitimación que no se explicita por los que la defienden: no se explica por qué en determinados casos sí se atiende a la subjetividad del sujeto para afirmar el dolo, y por qué en otros el contenido de tal subjetividad se deja totalmente de lado y se acude a criterios objetivos[267].

D) Balance

Las divergencias expuestas en el curso de los subapartados anteriores no deben impedir que siga afirmándose la existencia de un auténtico consenso de fondo. En primer lugar, la similitud que presentan entre sí conceptos como «representación de la concreta posibilidad», «conocimiento del riesgo», «contar con» o «tomar en serio», permite sostener que, en el aspecto cognitivo del dolo, estos puntos de vista no se diferencian más que en lo terminológico. Lo mismo sucede, en segundo lugar, con el elemento de la confianza, sea caracterizado éste ya como «eliminación mental» del riesgo representado por el sujeto, ya como reverso del «tomar en serio» o del «contar con la posibilidad». Incluso la exigencia de un elemento volitivo concebido como «conformarse» o «aceptar», no es especialmente cuestionable si se considera que tales elementos no tienen ningún contenido propio[268].

Finalmente, los principales puntos problemáticos que se plantean a todas estas teorías son a grandes rasgos los mismos: en primer lugar, no resulta sencillo decidir qué tratamiento conviene dar a determinadas situaciones caracterizadas como irracionales, ya sea porque el sujeto confía de modo totalmente infundado en que un resultado no va a acaecer, o bien porque no aprecia riesgo alguno allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto en proporciones no desdeñables; en segundo lugar, y en relación con lo anterior, resulta también problemático que, en el plano teórico, todos estos planteamientos lleven a privilegiar al sujeto desaforadamente optimista y a castigar al escrupuloso.

[267] No se quiere afirmar aquí que las confianzas irracionales deban excluir el dolo, sino sólo que tal afirmación requiere un proceso global de fundamentación y legitimación que no se observa en los defensores de esta idea. Tal proceso se desarrollará en Capítulos posteriores de este trabajo (cfr. *infra* XII.4 y XVII.3).

[268] Como afirma HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 638, «muchas palabras, pero después de ponderarlas uno se pregunta si la voluntad se deduce de alguna circunstancia distinta al hecho de que el autor haya llevado a cabo una actuación peligrosa para la vida con conocimiento del peligro».

III.4. LA VOLUNTAD DE EVITACIÓN

La idea de que no concurre dolo cuando un sujeto actúa con la voluntad de evitar la realización de un tipo penal es formulada, retomando planteamientos ya esbozados por autores del siglo XIX, en el *Tratado* de *Edmund Mezger*. En esta obra tal afirmación se circunscribe a aquellos casos en los que el sujeto activo entiende que la producción de un posible resultado depende de su voluntad[269]. Acogiendo el consentimiento como elemento conceptual característico para determinados casos de dolo eventual, *Mezger* considera que «tal consentimiento aparece *excluido* cuando el sujeto interviene precisamente para *evitar* el posible resultado»[270]. La finalidad última de esta afirmación es no tener que condenar por delito doloso en los casos en que un sujeto ha querido evitar un resultado, pese a que su intervención haya sido objetivamente causal y haya actuado con la consciencia de que estaba creando un riesgo de realización del tipo. Así, afirma *Mezger* que «iría en contra de todo sano sentimiento de justicia» castigar al «médico que, considerando probable la muerte del enfermo, opera a pesar de ello para intentar la última posibilidad de salvación»[271].

[269] Cfr. MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 161. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 95, cita a autores como *Hälschner, Weißenborn, Fingers* o *Engelmanns*, como defensores de la idea de que no se deben imputar como dolosos los resultados que el sujeto se esforzó por evitar, planteamiento acogido por VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, pp. 266-267. Cfr. también, al respecto, LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 153 y HILLENKAMP, «Dolus eventualis und Vermeidewille», *Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 355-358.

[270] MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 161 (cursiva en el original). En realidad, este autor defiende una solución mixta para el problema del dolo eventual: en los casos en que el sujeto piensa que el posible resultado depende de su voluntad, es necesario su consentimiento y éste se excluye en los supuestos en que el resultado se quiere evitar. Por contra (*ibidem*, p. 163), en los casos en que el sujeto considera que el resultado no depende de su propia voluntad, basta con que considere probable su acaecimiento para que deba afirmarse el dolo. De criterios similares parte en España CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 283 ss. Según esta autora lo propio de la imprudencia es el error del sujeto sobre su capacidad para evitar el resultado; por tanto, en los casos en que el sujeto no tiene ninguna clase de control sobre las consecuencias de su comportamiento basta con que conozca «el concreto riesgo que entraña la conducta»; cuando el sujeto yerra sobre la efectiva peligrosidad de su conducta o sobre su capacidad de evitación se está en el ámbito de lo imprudente. Próximo a esta idea se encuentra KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 34-35. Este autor considera que existe dolo «cuando el autor parte de que mediante su actuación puede realizar un tipo legal»; lo propio de la imprudencia consciente, por contra, es que el autor «valore erróneamente su capacidad de poder evitar un acontecimiento». Una crítica a tales planteamientos en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 89-90.

[271] MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 161. Muchos de estos casos no pasarían hoy en día ni siquiera el filtro de la imputación objetiva, reconduciéndose al ámbito de la disminución de riesgos, de la adecuación social o del riesgo permitido. Cfr., en relación con estas cuestiones, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 257-258.

Sin embargo, el criterio propuesto por *Mezger* no consigue aportar soluciones convincentes en casos como el de la «chica de la caseta de feria» de *Lacmann,* pues también en ellos el sujeto quiere evitar la producción del resultado, pese a no moverle objetivos tan loables como al médico[272]. El criterio de distinción que aporta *Mezger* para resolver este supuesto no convence. Así, la distinción entre si el tirador esperaba evitar las consecuencias por el *género de su intervención* (imprudencia) o si lo abandonó todo al acaso (dolo) lleva a negar la imputación dolosa: el protagonista del ejemplo no lo dejó todo al azar, sino que confiaba en evitar el resultado lesivo apuntando correctamente[273]. Sin embargo, el castigo por mera imprudencia parece demasiado benévolo en supuestos en que, pese a querer evitar el resultado, el sujeto ha sido perfectamente consciente de estar creando un muy elevado riesgo para la víctima.

Partiendo de otros postulados, las ideas básicas de *Mezger* son retomadas y desarrolladas por *Armin Kaufmann* en la década de los cincuenta, dentro del interés de este autor por armonizar las tesis de la teoría final de la acción con la moderna teoría de la culpabilidad[274]. Desde la perspectiva finalista en que se inscribe *Kaufmann*, el dolo implica voluntad final de realización de las circunstancias de un tipo legal, entendiéndose que dicha voluntad no sólo debe referirse a aquellas circunstancias que abarca la intención del autor, sino también a aquellas otras que se hallan vinculadas como consecuencia accesoria a sus propósitos. Dado que esta última situación también puede darse en los supuestos de imprudencia consciente, *Kaufmann* trata de encontrar un criterio adicional que defina lo doloso, y lo encuentra en la ausencia de voluntad de evitación: *si el dolo implica voluntad de realización, éste no concurrirá cuando el sujeto actúe con el propósito de evitar dicha realización*[275].

Sin embargo, este autor no se contenta con configurar la voluntad de evitación en un sentido meramente anímico, sino que, a efectos de exclusión del dolo, considera necesario que ésta se refleje en un plano objetivo y, así, exige que tal voluntad se manifieste en el acontecer externo del hecho[276]. Además, establece como ulterior requisito que el sujeto atribuya una auténtica posibilidad de éxito a su acción de evitación[277]. Para los casos en que tal voluntad de evitación no concurra, basta para el dolo con que el autor haya efectuado el juicio de que era posible la realización de la circunstancia típica[278].

Con todo, la voluntad de evitación, en los términos en que es configurada por *Kaufmann*, no parece un criterio adecuado para trazar de forma convincente la frontera entre dolo e imprudencia. En primer lugar, plantea serios inconvenientes la exigencia de que, para excluir el dolo, tenga que manifestarse objetivamente una voluntad de evitación. En este sentido, existen muchos supuestos en los que no trasciende al exterior tal voluntad y que, sin embargo, parecería exagerado castigar como dolosos. Basta con imaginar el caso del conductor que, teniendo prisa por llegar a algún sitio, decide saltarse un semáforo en rojo. Si a consecuencia de la colisión muere alguien, parece claro que sólo cabe castigar por homicidio imprudente, aunque no se aprecie objetivamente en el hecho maniobra alguna de evitación, pues es posible que el sujeto ni tan siquiera tuviera tiempo material para reaccionar. Por contra, existen casos en que, pese a concurrir una clara voluntad de evitación, (por ejemplo, el caso de *Lacmann*), ésta no parece suficiente para excluir el dolo, dado el elevado nivel de riesgo que conlleva la actuación del sujeto[279].

Partiendo de críticas como las anteriores, algunos autores han acabado reduciendo la voluntad de evitación a la categoría de mero indicio, entre muchos otros, para excluir la existencia de dolo[280]. Sin embargo,

---

[272] Para el caso en cuestión, cfr. *supra* II.2.B. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 279, pone de manifiesto los problemas que plantea este criterio en aquellos casos en los que el sujeto quiere evitar el resultado, pero no precisamente porque le mueva una preocupación por la integridad del bien, sino por fines egoístas.

[273] Cfr. MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 164.

[274] KAUFMANN, «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1982, p. 59 (trabajo inicialmente publicado en *ZStW*, 70 (1958), p. 64 ss). Pese a partir de postulados distintos, *Kaufmann* (*ibidem*, pp. 72-73) acepta buena parte de los planteamientos ya defendidos por *Mezger*.

[275] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 68-69.

[276] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 69: «la voluntad de realización que se dirige a la evitación de la consecuencia accesoria y que excluye la producción de dicha consecuencia como posible contenido de la voluntad de realización, debe ser *voluntad rectora que se manifieste en el acontecer externo*» (cursiva añadida).

[277] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 70.

[278] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 73, quien cita como válido en este ámbito el «contar con» de *Welzel*, concretado, siguiendo a *Engisch*, en «un juicio objetivo de adecuación realizado psicológicamente». Ello lleva a AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 39, a considerar que existe una notable proximidad entre estos planteamientos y la teoría de la probabilidad.

[279] En este sentido, afirma HILLENKAMP, *Kaufmann*-GS, p. 360, que «existen constelaciones de casos en que la permanencia de un alto resto de riesgo es tal, pese a los activos esfuerzos del autor por evitar, que debe hablarse de hecho doloso. Por contra, existen evidentes constelaciones de casos que no deben ya ubicarse en el dolo por el solo hecho de que los esfuerzos por evitar no se llevaran a cabo, pues éstos podían parecer imposibles o innecesarios». En términos similares se expresa LICCI, «Dolo eventuale», *RIDPP*, 1990, p. 1503. Cfr., igualmente, HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 912, quien afirma que «la acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico criminal». Otros argumentos críticos en ZIEGERT, *Vorsatz*, pp. 99-100.

[280] Sobre el tratamiento jurisprudencial que en Alemania se dispensa a los casos en que existe por parte del autor una actividad dirigida a evitar el resultado, cfr. SCHROTH, «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», *NStZ*, 1990, pp. 325-326.

ya prácticamente nadie le atribuye un carácter básico[281]. En cualquier caso, los planteamientos de *Kaufmann* no dejan de poder enmarcarse en esquemas ya conocidos, en la medida en que su solución al problema del dolo acaba dependiendo de la representación del sujeto y, eventualmente, de su confianza. Así, para afirmar que el sujeto ha actuado dolosamente, éste debe contar con la posibilidad de producción del resultado y no atribuir a su acción de evitación la capacidad de impedirlo o, lo que es lo mismo, no confiar en ella[282]. La atribución por parte del sujeto de la capacidad de impedir el resultado a su conducta plantea los mismos problemas que la confianza en que el resultado no acaezca: se pueden presentar supuestos en los que el autor crea irracionalmente que está en condiciones de evitar el resultado cuando incluso el espectador más optimista habría afirmado que un hipotético no acaecimiento sólo sería atribuible al azar. El único aspecto de la teoría de *Kaufmann* que escapa de las líneas del *consenso* es la exigencia de que la voluntad de evitación se manifieste externamente en el comportamiento del sujeto. Tal vez sea éste el punto más débil de su teoría, pues, como ha mostrado el ejemplo del conductor, es un criterio demasiado poco sutil para resolver de forma convincente la determinación práctica del dolo[283].

III.5. LA DECISIÓN CONTRA EL BIEN JURÍDICO

La afirmación de que actúa con dolo eventual quien con su comportamiento *se decide por la posible lesión de un bien jurídico* fue realizada con estos precisos términos por *Claus Roxin* hace ya más de tres décadas y la idea ha gozado de una gran acogida entre buena parte de la doctrina posterior[284]. Así, su éxito ha ido más allá incluso de lo pretendido por

[281] Cfr. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 538. Un cierto interés por reivindicar la importancia de la aportación teórica de *Kaufmann* en HILLENKAMP, *Kaufmann-GS*, pp. 353-354, quien se refiere a una serie de autores (*Welzel, Jescheck, Lampe* y *Schroeder*, entre otros) en cuyos trabajos ha tenido influencia el pensamiento de aquél, pese a no haber acogido la totalidad de sus planteamientos. En España CUELLO, *ADPCP*, 1983, pp. 96-97, parece mostrar un cierto interés por el planteamiento de *Kaufmann*.

[282] Cfr., en este sentido, las observaciones de MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, p. 436.

[283] HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 913-914, califica la propuesta de *Kaufmann* de «solución elegante y simple», pero a la vez de «peligrosa» y «esquemáticamente objetivada».

[284] Cfr. ROXIN, *JuS*, 1964, p. 61. Según HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-916, la idea de «decisión» puede remontarse a los planteamientos de ENGISCH (*Untersuchungen*, p. 177), quien «ya en 1930, subrayara "la actitud (del agente) hacia el mundo de los bienes jurídicos" como criterio de distinto nivel de reprochabilidad de la lesión dolosa o culposa».

su propio creador[285]. En este sentido, otros autores han encontrado en la expresión «decisión contra el bien jurídico», no sólo un criterio para resolver el problema del dolo eventual, sino un instrumento fundamental para construir la definición general de dolo y para justificar el castigo de los delitos dolosos[286].

Intentar explicar la diferencia de castigo entre las realizaciones dolosas e imprudentes tomando como base la idea de «decisión» plantea problemas que ya han sido expuestos anteriormente[287]. Estos problemas no se desvanecen, sino al contrario, cuando con la idea de «decisión» se intenta construir además el concepto genérico de dolo. Ésta es una realidad ya observable en la obra de *Roxin*, el precursor de la teoría, aunque este autor entienda que lo característico de las realizaciones delictivas dolosas es la idea de «realización de un plan» y no tanto la de «decisión», que él circunscribe, como se ha dicho, al ámbito del dolo eventual[288]. El aspecto más problemático de los planteamientos de este autor aparece cuando se intenta concretar de modo más preciso el sentido último del término «decisión».

Considera *Roxin* que debe afirmarse dolo eventual (es decir, la «decisión por la posible lesión del bien jurídico») cuando concurren en un supuesto los fenómenos ya conocidos de «tomar en serio» el riesgo y de «conformarse o resignarse» con él. Se está, por contra, ante una realización imprudente cuando el sujeto actúa en la confianza de que el tipo no va a realizarse, sin que basten en este sentido las meras esperanzas[289]. Sin embargo —y ahí radica la clave de su planteamiento— desde el punto de vista de *Roxin*, conceptos como «tomar en serio» o «conformarse con» no pueden considerarse elementos del concepto de dolo, sino sólo *indicios* especialmente evidentes de la concurrencia de éste, es decir, cir-

[285] El mismo ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 6 (nota 4), puntualiza el empleo que otros autores han hecho del término «decisión», afirmando que éste «sólo comprende un aspecto del dolo». Las dudas de este autor sobre el hecho de que la idea de «decisión» valga para modalidades de dolo distintas al eventual en *ibidem*, § 12, n.º marg. 23 (nota 25).

[286] Entre otros, acogen este criterio STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 95; RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 1 y 43; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 301 y JANZARIK, «Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes», *ZStW*, 104 (1992), p. 67. En la doctrina española se muestran partidarios de esta idea, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 302 y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, p. 290. Incluso el Tribunal Supremo ha acogido este criterio en alguna de sus sentencias, como la STS de 3 de octubre de 1987 (A 6951, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se afirma que «lo que caracteriza el dolo eventual es la eventual y puntual decisión de lesionar bienes jurídicos». En Italia acoge favorablemente la idea de «decisión» DE FRANCESCO, *RIDPP*, 1988, pp. 122-123.

[287] Cfr. *supra* I.2.

[288] ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 23, afirma que «quien cuenta con la realización de un tipo reconocida como posible sin que ello le lleve a abandonar su plan, se decide de forma consciente (...) en contra del bien jurídico que el tipo en cuestión protege».

[289] Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 27.

cunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de un bien jurídico en la actuación del sujeto[290]. En esta línea, entiende este autor que muchas otras teorías sobre el dolo no son en absoluto desaprovechables, pues también ellas suministran *indicios* que permiten constatar en determinados supuestos la concurrencia de una «decisión». De acuerdo con esta idea, se acaba aceptando que el dolo eventual puede fundamentarse, según los casos, en la indiferencia del sujeto, en el actuar pese a conocer la posibilidad de realización del tipo y/o en la ausencia de voluntad de evitación, afirmándose, asimismo, que las teorías meramente intelectuales no están, en el fondo, lejos de la teoría que él defiende[291].

La crítica fundamental a un planteamiento como éste resulta evidente: basta con preguntarse si concurre una «decisión» cuando, por ejemplo, un sujeto es consciente de estar creando con su conducta un notable riesgo cuya realización en el resultado trata, sin embargo, de evitar, aunque no confíe demasiado en el éxito de sus maniobras de evitación, ni desee en absoluto que el resultado se produzca. Es decir, en caso de contradicción entre los diversos *indicios*, ¿qué criterio hay que acoger para afirmar o negar la existencia de una auténtica «decisión» contra el bien jurídico por parte del sujeto? Otras teorías tratan de reconducir toda esta amalgama de fenómenos a los elementos del concepto de dolo que defienden, separando los que no aportan nada de aquéllos que colman el contenido de su definición. Sin embargo, *Roxin* no puede hacerlo, pues según su punto de vista todos ellos son posibles indicadores igualmente válidos de la «decisión contra el bien jurídico» o de la «realización de un plan»[292]. Cuántos indicios tienen que concurrir para que se pueda

[290] Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 32 (cursiva añadida). Esta idea se vincula a la afirmación de este autor (*ibidem*, § 12, n.º marg. 27) de que «las plasmaciones verbales en este ámbito no pueden ser más que aproximaciones».

[291] Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 32. A efectos de determinación del dolo se concede valor indicativo a la indiferencia (*ibidem*, § 12, n.º marg. 37), a la teoría de la voluntad de evitación (*ibidem*, § 12, n.º marg. 47) y al criterio de la cobertura del peligro defendido por *Herzberg* (*ibidem*, § 12, n.º marg. 62; cfr. *infra* IV.2.C). Respecto a la teoría de la posibilidad (*ibidem*, § 12, n.º marg. 40) se admite que lleva prácticamente a idénticos resultados y sólo aporta «otra interpretación y otra terminología». En términos similares se hace referencia a la teoría de la probabilidad (*ibidem*, § 12, n.º marg. 43) y al punto de vista de *Frisch* (*ibidem*, § 12, n.º marg. 54).

[292] De hecho, resultan muy discutibles los argumentos de que se sirve ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 22, para afirmar la existencia de dolo en el «Caso de la correa de cuero» (cfr. *supra* III.1). Cuando este autor sostiene, para afirmar el dolo, que la muerte entraba dentro del plan de los acusados, parece pasar por alto que la producción de dicha muerte implicaba, precisamente, el total fracaso de dicho plan, pues con ella sus causantes ya no tenían garantizada la impunidad. En este sentido, los criterios que emplea *Roxin* para llegar a su conclusión son prácticamente idénticos a los utilizados por las teorías meramente intelectuales, pues en este caso entiende que el dolo se deduce del hecho de que los autores «se arriesgaron de forma consciente» a que la muerte se produjera. Si algunos

afirmar el dolo o qué sucede cuando éstos se contradicen, son cuestiones para las que no parece existir una respuesta clara.

Que la fórmula «decisión contra el bien jurídico» resulta demasiado vaga para que se pueda encontrar en ella una definición operativa del dolo es algo que puede observarse fácilmente si se atiende a las diversas concreciones que han hecho de tal fórmula los autores que la han acogido en sus planteamientos[293]. En este sentido, no todos los autores que aceptan la idea de «decisión contra el bien jurídico» están necesariamente de acuerdo con los concretos desarrollos argumentales de *Roxin*[294]. Para los partidarios de la teoría de la posibilidad, concurre una «decisión contra el bien jurídico» cuando el sujeto actúa siendo consciente de la posibilidad de realización del tipo; para los de la teoría de la probabilidad cuando lo hace representándose como probable dicha realización; para otros autores cuando el sujeto se conforme con ella; etc[295].

Pese a esta vaguedad, algunos autores han intentado de modo entusiasta construir un concepto de dolo a partir de esta idea. Así, según *Winfried Hassemer*, los planteamientos de *Roxin* presentan claras ventajas: no quedan anclados en apriorismos ontológicos, «renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo», «reunifican voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual ("decisión", "negación explícita", "asunción")» y «localizan el dolo en el aspecto más íntimo del individuo agente»[296]. *Hassemer* parte

indicios tienen especial peso en la resolución de este supuesto son, desde luego, los basados en los conocimientos de sus protagonistas.

[293] ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 84, afirma que la aceptación de la idea de «decisión» no implica necesariamente que quienes la acogen la desarrollen en un idéntico sentido. Cfr., igualmente, *ibidem*, p. 28, donde se afirma que, según los diversos autores, la idea de «decisión» parece una «denominación intercambiable» para designar el dolo en su conjunto o sólo su elemento volitivo.

[294] Así, por ejemplo, según PHILIPS, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW*, 85 (1973), p. 27 ss, la delimitación entre dolo e imprudencia es una cuestión relativa a la decisión del sujeto en una situación de riesgo: «debe afirmarse dolo cuando quien actúa se decide conscientemente por una conducta que es incompatible con el ordenamiento jurídico. La peculiaridad del dolo eventual resulta de la peculiaridad de la decisión bajo riesgo: debe afirmarse, por tanto, dolo eventual, cuando quien actúa se decide conscientemente por una conducta que es incompatible con las máximas de riesgo que rigen en un ordenamiento jurídico» (*ibidem*, p. 38). Pese a emplear la idea de «decisión», la teoría de este autor puede interpretarse en clave meramente cognitiva, añadiendo restricciones objetivas al dolo en función de la relación entre el riesgo creado y su valoración jurídica.

[295] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 263 ss, esp. pp. 266-267. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 38, por ejemplo, acepta la idea de «decisión contra el bien jurídico» para explicar la penalidad acentuada de los delitos dolosos, sin por ello estar de acuerdo con las ideas de los autores englobados en este apartado (cfr. *infra* IV.1).

[296] HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-916.

de la idea de que el dolo es un concepto que refleja una disposición o tendencia anímica *(Dispositionsbegriff)* no observable de forma inmediata y que, por tanto, sólo puede ser utilizado de modo operativo recurriendo a una serie de indicadores que tienen que cumplir tres condiciones básicas: observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva[297]. Estos indicadores no pueden separarse del concepto de dolo, porque sólo ellos lo hace aplicable y, en este sentido, se ordenan en tres momentos: uno externo (grado de peligro existente) y dos internos (la representación y la «decisión», a deducir ambas a través de indicios). A partir de la ponderación de estos tres factores debe valorarse si, efectivamente, concurre una «decisión contra el bien jurídico» en el caso concreto, pero no puede aportarse un concepto más detallado de dolo[298].

Sin embargo, dos de los tres factores exigidos por *Hassemer* plantean evidentes problemas: en primer lugar, si el nivel objetivo de peligro es lo que tiene que ser aprehendido por el sujeto, no se ve cómo a la vez puede ser elemento conceptual del dolo; en segundo lugar, no puede perderse de vista que, desde una perspectiva como la de este autor, se atribuye un doble papel a la idea de «decisión», pues ésta caracteriza globalmente al dolo y, a la vez, es un elemento de la definición de éste, sin que se aporten en este segundo caso requisitos más concretos sobre su contenido específico. Así las cosas, en el planteamiento de *Hassemer* sólo parece tener una autonomía propia el segundo indicador, esto es, la representación.

Más recientemente, *Ulrich Schroth* en Alemania y *Mª del Mar Díaz Pita* en España han acogido en sus exhaustivos trabajos sobre el dolo planteamientos similares a los de *Hassemer*[299]. Según *Schroth*, las afirmaciones sobre el dolo ajeno son juicios prácticos, figuras de imputación a través de las cuales se atribuye responsabilidad, de tal modo que la responsabilidad agravada propia de los delitos dolosos sólo concurre en aquellos casos en los que el sujeto *asume o hace suyos los elementos constitutivos del injusto*[300]. Para concretar esta idea regresa *Schroth* a la clasificación tripartita de siempre, afirmando que concurre una «asunción» de los elementos constitutivos del injusto cuando el sujeto actúa con intención, en la certeza de que va a realizar el tipo o reconoce el peligro como próximo, pero decide seguir actuando[301]. Ello no sucederá, por contra, cuando el sujeto elimine mentalmente el riesgo representado, lo tome a la ligera, realice intentos serios para evitar el resultado lesivo, confíe seriamente en la evitación de dicho resultado por parte de un tercero o de la víctima o, por fin, actúe arriesgadamente a favor del titular del bien jurídico[302]. En definitiva, una mezcla de los planteamientos de autores como *Schmidhäuser*, *Kaufmann* o *Stratenwerth*, y de cuestiones relativas al tipo objetivo o a la justificación, desempeñan el papel de meros indicadores de un concepto de dolo definido con la imprecisa fórmula del «hacer suyos los elementos del injusto».

[297] Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 925. Esta misma idea se desarrolla en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 2-3. Sobre la noción de *«Dispositionsbegriff»*, cfr. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990, pp. 183-185.

[298] Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 927-928: «la ordenación sistemática de los indicadores resulta de su misión y de la estructura de su objeto, es decir, ellos han de posibilitar una conclusión fiable respecto de la existencia de dolo, sirviendo para constatar la existencia de una decisión a favor del injusto típico». PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 60, replica que si los indicadores ya son el concepto mismo, «¿qué tienen que indicar los indicadores?». En cualquier caso, no deben confundirse «indicadores» con «indicios»; estos últimos servirían, según parece desprenderse de las afirmaciones de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 926, para acreditar que el sujeto, por ejemplo, contó en el caso concreto con los conocimientos que requiere el indicador de la representación.

[299] SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, esp. p. 115 ss y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, esp. p. 318 ss. También MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, pp. 289-191, acogen la teoría de la «decisión contra el bien jurídico». Estos autores se decantan inicialmente por la teoría de la voluntad, aunque expresan las dificultades de prueba que plantea este elemento y, en este sentido, afirman que, «como se trata de un elemento subjetivo, lo mejor para su prueba es comprobar la existencia de determinados *indicadores* objetivos de los que deducir si realmente hubo o no una *decisión contra el bien jurídico*». Desde su punto de vista, dichos indicadores son el riesgo para el bien jurídico implícito a la acción, la capacidad de evitación del resultado con que cuenta el sujeto y su desconsideración, falta de respeto o indiferencia hacia el bien jurídico. En definitiva, para estos autores actúa dolosamente quien «quiere una acción muy peligrosa, o acepta el resultado o tiene frente a él una indiferencia valorativa rayana en el dolo directo». De acuerdo con estas ideas puede afirmarse que esta versión de la teoría de la «decisión» engloba bajo este nombre las más diversas teorías sobre el dolo eventual, que pasan a desempeñar el papel de meros indicadores. Sin embargo, resulta cuestionable la afirmación de que se pueda utilizar la indiferencia del sujeto (indicador del dolo) para deducir la decisión del sujeto (concepto del dolo). Si además se añade a ello que la indiferencia es un «criterio complementario del elemento volitivo», aun resulta menos evidente dónde empieza el concepto y dónde acaba el indicador. Finalmente, resulta también harto dudoso que se gane algo afirmando que el indicador de la voluntad (elemento subjetivo) puede ser la indiferencia (elemento subjetivo), pues ésta necesariamente ha de plantear idénticas dificultades probatorias.

[300] Cfr. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 115-118 y EL MISMO, *JuS*, 1992, p. 7. Aunque *Schroth* se desmarca de *Hassemer* y habla de «asunción» en lugar de «decisión», DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 207, afirma que el significado de la primera expresión «viene, no obstante, a coincidir con la decisión tal como la entiende *Hassemer*, es decir, como una determinación arraigada en el sujeto, como un "acto de autoafirmación frente al mundo"». FRISCH, *NStZ*, 1991, p. 24, critica la terminología empleada por *Schroth* y la califica de «vaga».

[301] Cfr. SCHROTH, *JuS*, 1992, pp. 7-8. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 10 (nota 33), critica a este autor que, pese a haber afirmado que en el dolo se trata de interpretar la conducta de los semejantes, *Schroth* no ve en el dolo eventual otra cosa que hechos psíquicos.

[302] Cfr. SCHROTH, *JuS*, 1992, pp. 7-8 y EL MISMO, *Vorsatz als Aneignung*, p. 119 ss. FRISCH, *NStZ*, 1991, pp. 23-24, manifiesta sus dudas acerca de que la «asunción» que defiende *Schroth* aporte algo distinto al «conformarse» que habitualmente exige la jurisprudencia.

Por su parte, *Díaz Pita* entiende que la imputación dolosa se fundamenta en la «decisión del sujeto contra el bien jurídico» y que ésta requiere la concurrencia de tres factores: existencia de una situación de peligro inminente y concreto de lesión del bien jurídico, aprehensión correcta de esta situación en toda su extensión y significado y, en tercer lugar, adopción de una decisión contraria al bien jurídico[303]. Dadas las similitudes entre sus definiciones, los problemas que se plantean a esta autora parecen idénticos a los que se observan en la teoría de *Hassemer*: el primer elemento —la situación objetiva de peligro— difícilmente puede formar parte del concepto de dolo, si es a la vez objeto de éste; el tercero —la «decisión contra el bien jurídico»— también desempeña en este caso un doble papel: sirve para caracterizar globalmente al dolo y, al mismo tiempo, es su elemento volitivo. Además, un análisis detallado de los planteamientos de *Díaz Pita* permite sostener que podría prescindirse del tercer elemento: la «decisión» se da siempre que el sujeto aprehende correctamente la situación de riesgo y, sin embargo, actúa[304]. Por ello, aunque esta autora reivindique la necesidad de un elemento volitivo en el dolo, en el fondo parece defender una teoría cognitiva que, ya a nivel enunciativo, en poco de diferencia de los planteamientos de autores como *Frisch* o *Schmidhäuser*[305].

[303] DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321. El tercer momento, la «decisión», puede darse en dos situaciones diversas: cuando el objetivo del sujeto sea la destrucción del bien jurídico o cuando «el menoscabo del mismo aparezca como consecuencia irrenunciable en la consecución del fin último al que el sujeto aspira».

[304] El elemento de «decisión» no parece tener un contenido propio, sino que responde al esquema clásico de las teorías cognitivas: dolo es acción pese a la representación. Cfr., en este sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 309: «cuando el sujeto ha aprehendido toda la situación y es consciente de que su acción puede conducir a la lesión de un bien jurídico protegido, así como es consciente de las demás alternativas de comportamiento, llegamos a la toma de decisión. El sujeto debe optar entre la posible lesión o la omisión de todo comportamiento que tal riesgo implique (...) si el sujeto prefiere la posibilidad de lesión de un bien jurídico, anteponiendo así sus particulares intereses, estaremos ante un actuar doloso».

[305] Que la teoría de esta autora es en realidad cognitiva puede comprobarse en los argumentos empleados en su trabajo para resolver diversos casos. Así, en el supuesto de quien acelera un coche a gran velocidad por un circuito de *karts* provocando la muerte de su acompañante (DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 332-334), se afirma que se cometió un homicidio doloso, porque el sujeto conocía las características del vehículo, las de la vía utilizada, la gran velocidad a que conducía y, además, sabía que él no era un experto conductor. La «decisión» se extrae del hecho de que, pese a tal conocimiento, continuara conduciendo a gran velocidad. En otros casos, como de los siguientes fragmentos se deduce, no parece exigirse siquiera una «correcta aprehensión», pues basta con que la representación se atribuya al autor si la hubiera tenido una persona razonable en su lugar: «Andrés podía tener en cuenta la posibilidad de que una persona del grupo fuera ocultada por los mencionados arbustos (...) previsión que *cualquier persona razonable podía haber tenido*» (*ibidem*, p. 340, cursiva añadida). De este modo es comprensible que esta autora reconozca que «casos que, con la ayuda de teorías tradicionales, aparecen calificados

Pese a no haber desarrollado a fondo sus planteamientos, merece la pena, aunque sólo sea por la representatividad del autor, comentar la propuesta sobre el dolo de *Bernd Schünemann*[306]. Este autor parte de la idea de que la pena más grave de los delitos dolosos se justifica, por un lado, en un mayor grado de conocimiento por parte del sujeto que se traduce en una evitabilidad cualificada y, por otro lado, en la constatación de un déficit personal en dicho sujeto, que se muestra como alguien especialmente peligroso para un determinado bien jurídico[307]. Estas dos ideas llevan a que *Schünemann* distinga otros tantos niveles dentro del dolo: uno cognitivo relacionado con el injusto y otro emocional, a ubicar en la culpabilidad. En el ámbito del injusto entiende este autor que concurren tres grados posibles de representación del riesgo de realización típica («considerar posible», «considerar probable» y «certeza») y tres más en el de la culpabilidad («deseo», «indiferencia» y «rechazo»), que dependen de la actitud emocional del sujeto con respecto a la eventual realización del tipo[308]. Existirá dolo cuando, por lo menos, uno de los dos niveles se dé en su grado intermedio, lo que con respecto a las situaciones límite lleva a afirmar que únicamente se excluye la imputación dolosa cuando el sujeto tiene por posible un resultado, pero no desea su producción[309].

Dejando a un lado la cuestionable partición del dolo y su ubicación en dos escalones distintos de la estructura del delito, la propuesta de *Schünemann* parece resucitar antiguos fantasmas de la teoría del consentimiento, pues *reanima* las actitudes emocionales del sujeto que la doctrina había ido neutralizando con el paso de los años y pasa a ubicarlas en la culpabilidad[310]. Además, el hecho de que el dolo se excluya cuando el sujeto se representa como posible la realización del tipo pese a considerarla indeseable, lleva a castigar como meras realizaciones imprudentes casos como el de la «correa de cuero»[311]. Como *Herzberg* pone en evi-

como imprudentes, resultan dolosos en base a la clasificación que aquí se propone», aunque sorprende la afirmación correlativa de que «la ampliación práctica del dolo no debe, sin embargo, ser interpretada como una ampliación teórica del mismo (consecuencia a la que se llega defendiendo teorías de corte cognitivo ...)» (*ibidem*, pp. 350-351).

[306] Los planteamientos de este autor pueden encontrarse en SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 360 ss. Para su propuesta *de lege ferenda* sobre el dolo, cfr. *ibidem*, p. 363 (cfr. *supra* I.3); para su propuesta *de lege lata*, *ibidem* p. 364. También se aborda la cuestión del dolo en EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 250 ss.

[307] Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 362. Cfr. también EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 269 ss.

[308] Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 364.

[309] Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 364 y EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 272.

[310] El planteamiento de *Schünemann* entronca con los autores que defienden una doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad (cfr. *supra* I.2, nota 37).

[311] En su segundo trabajo sobre la cuestión, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50

dencia, con el planteamiento de *Schünemann* el sujeto que apuesta una fuerte suma de dinero jugando a la ruleta rusa contra la cabeza de otro individuo y tiene la mala suerte de que sale la bala debe ser condenado únicamente por imprudencia, pues sólo se ha representado el resultado como posible (una única bala en un tambor donde caben seis) y la producción del resultado le desagrada, pues con ella pierde la apuesta[312].

A la vista de los planteamientos expuestos, puede afirmarse que las teorías de la «decisión contra el bien jurídico» son tal vez la muestra más patente de que, desde el *Lederriemenfall,* la dogmática del dolo se encuentra inmersa en una batalla esencialmente terminológica[313]. La dificultad que comporta encontrar las palabras adecuadas para plasmar un concepto de dolo parece ser lo que impulsa a *Roxin* o *Hassemer* a propugnar un modelo de dolo *abierto*, sólo esbozado con la idea de «decisión». Sin embargo, esta opción plantea dos evidentes problemas: por un lado, parece abrir las puertas a una cierta inseguridad jurídica pues, si la propia doctrina se ve incapaz de concretar el concepto de dolo, ¿cómo podrá hacerlo el juez en los casos que se le presenten? En relación con esta cuestión surge el temor de que la idea de «decisión», por demasiado imprecisa, pueda acabar justificando, valga el juego de palabras, *un mero decisionismo ad hoc* y una renuncia a la tradicional tarea de la dogmática de crear conceptos claros y generalizables. En segundo lugar, los indicadores que estos autores propugnan recuerdan demasiado a los empleados por otras teorías, por lo que se tiene la sensación de que, pese a crearse un concepto *abierto*, éste se *cierra* con los criterios más habituales (conocer y querer) cuando se detallan tales indicadores[314].

Buena prueba de lo anterior es que, cuando algunos autores que asumen la idea de «decisión contra el bien jurídico» tratan de concretar el concepto de dolo, vuelven éstos a los elementos tradicionales y dan cobijo, bajo esta fórmula o la de «asunción de las circunstancias constitutivas del injusto», a las más dispares teorías que se han mantenido en las últimas décadas. Su intuición inicial es buena: como afirma *Roxin*, en el fondo casi todas las teorías aciertan en su resolución de la mayor parte de los casos y todas ellas arrojan luz sobre algunas cuestiones específicas. Su solución, sin embargo, resulta engañosamente sencilla: en lugar de buscar el denominador común a todas estas teorías e intentar poner un poco de orden en lo terminológico, se opta por agruparlas como suministradoras de indicadores de la vacua expresión «decisión contra el bien jurídico»[315]. Por esta vía se construye un concepto de dolo para cuya definición hacen falta varias líneas y se mezclan indicadores y conceptos de tal manera que a menudo resulta difícil saber con exactitud cuándo se está hablando de qué es el dolo y cuándo de cómo se puede determinar[316]. Tal vez el problema venga de los fundamentos de esta teoría, pues, de entrada, resulta difícil apreciar avance alguno en la afirmación de que dolo es «decisión contra el bien jurídico», porque las preguntas inmediatas son qué quiere decirse con tal «decisión» y cuándo concurre ésta[317]. Todo indica que la solución tiene que ir necesariamente en la dirección opuesta: simplificación terminológica y búsqueda de criterios que resulten comprensibles y manejables para los aplicadores jurídicos.

(1994), pp. 272-274, apuesta por una cierta objetivación de los elementos del dolo, especialmente del elemento volitivo, lo que debe aligerar los problemas de prueba. Cfr. también EL MISMO, *en Problemas jurídico penales del SIDA*, p. 49, donde se dedican calificativos harto elogiosos a planteamientos cognitivos como los defendidos por *Jakobs* o *Frisch*.

[312] Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636.

[313] De ahí la afirmación de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 927 (nota 79), de que «en la doctrina existe unanimidad sobre lo que es en esencia el dolo, pero ésta se ve ocultada por las tradicionales paráfrasis».

[314] Tal vez por este motivo manifieste KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 39, sus sospechas de que con la idea de «decisión» «no se expresa nada que no estuviera ya dicho con el antiguo "consentimiento"».

III.6. LAS CLAVES DEL CONSENSO

Los planteamientos expuestos en el curso de este Capítulo conforman lo que aquí se ha optado por denominar *situación de consenso divergente*. Entre todas estas teorías existe un acuerdo práctico sobre el fondo de la cuestión del dolo y sus discrepancias sólo afectan a la termi-

[315] Sin acoger expresamente este planteamiento, algo parecido intenta SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 93, quien defiende una perspectiva en la que el dolo se basa en elementos tomados de diversas teorías: «existe dolo eventual cuando el autor tiene por posible y aprueba la realización del tipo, la tiene por probable o la afronta con absoluta indiferencia».

[316] Un grave problema que plantean estas teorías se debe al hecho de que, a menudo, establezcan indicadores subjetivos para la determinación de conceptos también subjetivos, con lo que no se gana nada a efectos prácticos, pues los primeros presentan los mismos problemas procesales que los segundos. Así, por ejemplo, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321, afirma que la representación y la decisión como indicadores del dolo «deberán, por su parte, ser atribuidas al sujeto en base a indicadores externos, entre los que se encuentran la capacidad de evitar el resultado por parte del sujeto o su valoración correcta de dicha capacidad». Esta última afirmación muestra lo intrincado de la teoría: el dolo se define como «decisión contra el bien jurídico», concepto dispositivo que debe concretarse a través de tres indicadores: el grado de peligro, la representación del sujeto y su «decisión»; estos dos últimos elementos tampoco son directamente constatables, por lo que se debe acudir a ulteriores indicadores externos como la capacidad de evitar el resultado por parte del sujeto o su valoración correcta (¿indicador externo?) de dicha capacidad.

[317] En esta línea, afirma KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 48, que «la unión de voluntad y representación bajo el techo común de la "decisión" no comporta avance alguno mientras se aferre a la posibilidad de diferenciar entre conocer y querer».

nología que debe emplearse para describir los términos de tal acuerdo o, residualmente, al tratamiento que debe dispensarse a supuestos de importancia marginal. Conviene definir ahora, de modo sucinto, cuáles son las claves que permiten sostener la existencia de tal consenso doctrinal más allá de las evidentes discrepancias terminológicas.

En primer lugar, es indiscutible que existe unanimidad entre todas las posturas expuestas en afirmar que el dolo es algo que se fundamenta en determinados fenómenos (conocimiento, voluntad, ...) ubicados en la vertiente interna de los individuos, un tema que, con muy contadas excepciones, está fuera de discusión desde el definitivo abandono del *dolus indirectus* a finales del siglo XVIII[318]. En segundo lugar, existe también acuerdo en exigir para el dolo que el sujeto prevea que, en caso de actuar, puede realizar un tipo penal con su conducta. En este ámbito se discrepa acerca de cuál es la expresión más correcta para caracterizar dicha previsión: «contar con», «tomar en serio», «representación de la posibilidad» o «conocimiento del riesgo» son algunas de las propuestas apuntadas. El hecho de que ninguna de ellas cuantifique de forma minuciosa el grado de riesgo que el sujeto se debe representar no permite una diferenciación nítida entre estas posturas[319]. En este sentido, puede afirmarse que existe acuerdo en exigir que el sujeto se haya representado *un cierto grado de riesgo de realización del tipo*, sin que sea posible concretar mucho más esta idea, ni aportar cuotas exactas de peligro. De todos modos, en lo que existe también acuerdo es en afirmar que para el dolo no basta con la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino que el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo.

Algunos de los autores cuyos puntos de vista han sido expuestos en este Capítulo entienden que la concurrencia de la anterior representación es ya suficiente para afirmar el dolo[320]. Otros, por contra, exigen ulteriores elementos de corte pretendidamente emocional-volitivo[321]. Así, se afirma que para el dolo eventual hace falta, además de la representación de un riesgo de realización del tipo, que el individuo «acepte», «se resigne» o «se conforme» con dicha realización[322]. Sin embargo, como se ha puesto ya en evidencia, los autores que defienden la necesidad de estos últimos elementos los caracterizan de una forma tan vacía que su formulación contribuye sin duda a aumentar las divergencias terminológicas, pero no cuestiona el consenso de fondo. Si de la estructura «actuar pese a conocer el riesgo» se deduce siempre una aceptación, ésta no añade nada que no aporten por sí solos los anteriores elementos y, por tanto, su exigencia resulta superflua[323]. Esta realidad es especialmente evidente en aquellos planteamientos que no refieren la «aceptación» o el «consentimiento» a la realización del tipo como resultado de la acción, sino a la peligrosidad de la conducta misma: quien actúa pese a conocer los riesgos de su comportamiento, necesariamente tiene que aceptarlos[324]. Estas últimas perspectivas son la muestra más evidente de lo que *Bacigalupo* ha definido como «la culminación de un proceso de lento aflojamiento de las exigencias "volitivas" del concepto de dolo eventual», cuyo origen puede remontarse al «aprobar en sentido jurídico» de la sentencia del «Caso de la correa de cuero»[325].

Del auténtico «querer» que se reclama en la definición del dolo ya no queda nada cuando se habla de «conformarse» o «resignarse». Que, pese a ello, se continúe exigiendo estos elementos sólo resulta explicable por la negativa de algunos autores a prescindir por completo de un aspecto volitivo en el dolo. Sin embargo, cuando se reemplaza la voluntad

[318] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 3. SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 264, afirma que «tanto en *Von Liszt* como en *Welzel* el dolo radica en una relación psíquica real entre el autor y su hecho que, como fenómeno de la consciencia, viene ontológicamente dado al Derecho penal». Cfr., igualmente, HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 916: «la parte esencial [del dolo] reside en lo interno, en el momento de la decisión y de la asunción personal». En el mismo sentido, afirma HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636, que la cuestión del dolo es algo que, según las posiciones dominantes, se decide «en la cabeza del autor». En sentido similar, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, p. 35.

[319] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, pp. 162-163.

[320] Cfr. *supra* III.2.

[321] Cfr. *supra* III.3.B.

[322] ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 85, pone de manifiesto que entre todas estas expresiones no existe diferencia sustancial alguna.

[323] En este sentido, PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 6. Cfr. también MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 248-249: «la aceptación va implícita en el actuar voluntariamente *sin descartar* la probabilidad del delito» (cursiva en el original) y MAQUEDA ABREU, «La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en *Elementos subjetivos*, p. 187. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 323, pese a mostrarse partidarios de la teoría de la «aceptación del riesgo», admiten que la teoría de la posibilidad puede llevar a resultados muy parecidos cuando se exige que el juicio de posibilidad haya sido formulado con el debido rigor y lo mismo sucede con la teoría del consentimiento si se neutraliza el elemento volitivo y se entiende como «aceptación del riesgo» y no como «aceptación interior». Finalmente, el mismo MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado*, vol. I, p. 428, se apoya en el hecho de que según *Welzel* la confianza excluya el «contar con» para atribuir a este elemento el mismo papel que en otras teorías desempeña el consentimiento.

[324] En Italia, ROMANO, *Commentario sistematico*, vol. I, art. 43, n.º marg. 17, afirma la concurrencia de dolo eventual en los casos en que el sujeto «se representa la (concreta) posibilidad de la realización del tipo delictivo y acepta tal riesgo». En la doctrina española MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 249, sostiene que la aceptación del sujeto no debe referirse al resultado delictivo, sino a la conducta capaz de producirlo. Muy crítico con estos puntos de vista SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 181 ss: o el requisito de la «aceptación» es superfluo o encubre un elemento de actitud interior.

[325] BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos*, p. 81. En EL MISMO, *Principios*, p. 224, se recalca la idea de que a lo largo del tiempo la jurisprudencia ha ido «reduciendo cada vez más las exigencias de los elementos que debían demostrar la existencia de la voluntad».

por la resignación no cabe duda de que, en realidad, ya se está ante una renuncia implícita a la primera.

> Para reforzar estas ideas resulta especialmente gráfica una comparación propuesta por *Herzberg*. Este autor equipara a quienes afirman que dolo es «conocer y querer» con aquella persona que definiera la palabra «ave» como «animal volador, vertebrado, de sangre caliente y con plumas» y que, al darse cuenta de que los avestruces o los pingüinos no pueden volar, no suprimiera el adjetivo «volador» de la definición inicial, sino que intentase demostrar que «el correr aleteando de los avestruces o los pingüinos también es un volar "debilitado" o un volar "condicionado", un volar "en sentido amplio", es decir, que también en el caso de estos animales es posible encontrar, aunque sea deformada, una capacidad para volar» [326].

Finalmente, entre los autores expuestos se discute qué relevancia debe atribuirse a la confianza del sujeto en que su actuación no va a realizar un determinado tipo penal pese a existir en el plano objetivo un riesgo de tal realización. En este sentido, algunos autores consideran que tal confianza sólo debe excluir el dolo si el sujeto deja de contar con el grado de representación necesario y, así, se habla de «eliminación mental» del riesgo o de «tomarlo a la ligera» [327]. Por contra, otros autores entienden que quien confía no tiene por qué dejar de representarse un determinado riesgo, pero, en cualquier caso, éste ya no acepta o no se resigna a que dicho riesgo llegue a realizarse [328]. La confianza en este último supuesto elimina el aspecto volitivo requerido por la imputación dolosa [329]. En cualquier caso, las conclusiones son idénticas: la *auténtica* confianza excluye el dolo [330].

[326] HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575.

[327] Una relativización de las discrepancias teóricas entre las teorías que sólo exigen para el dolo un elemento cognitivo y las que añaden la voluntad en PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 1: «quienes consideran que el dolo es meramente conocimiento también distinguen entre conocimiento en el sentido de simple conocimiento de hechos (objeto de conocimiento) o la previsión de posibilidades y un segundo elemento del conocimiento que es una especie de toma de posición frente a estos hechos conocidos y que se describe como tomar en serio el peligro, juzgar que el resultado es posible, partir de ello, sostener la posibilidad del resultado y no eliminarla mentalmente».

[328] Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 102, quien caracteriza los elementos del «conformarse» y el «confiar» como relativos al aspecto volitivo del dolo. En Austria, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 169, entiende que la confianza del sujeto excluye la «conformidad» de éste con el resultado. WELZEL, *Derecho penal*, p. 84, afirma, en referencia a la imprudencia consciente, que «la representación del peligro puede muy bien coexistir con la confianza en que todo saldrá bien, ya que ambas están ubicadas en diferentes planos anímicos: aquélla es un plano intelectual, ésta en un plano volitivo-activo». Por contra, WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 669, discrepa de las teorías que plantean la confianza como algo separado del «tomar en serio», esto es, de las que admiten que pueden darse casos en que un sujeto «toma en serio» un riesgo, pero a la vez «confía en que no se realice». Afirma este autor que «el individuo irreflexivo no es un acróbata psicológico que tome en serio un peligro y, a la vez, confíe en su no realización; al contrario, si confía en un buen desenlace es porque ha dejado de tomar el peligro en serio a causa de una valoración errónea de la situación o de un optimismo completamente irracional».

Una cierta divergencia que va más allá de lo terminológico parece concurrir en el tratamiento que se propone para los supuestos en los que se da una confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse, pero sin que exista fundamento objetivo alguno para tal punto de vista, es decir, los casos de la denominada *confianza irracional*. En este sentido, mientras algunos autores optan por conceder relevancia a tales fenómenos y por negar el dolo en estos casos, otros entienden que, dada la irracionalidad de la confianza, ésta ya no debe ser tenida en cuenta [331]. Ambas propuestas plantean problemas: mientras la primera solución privilegia los optimismos más infundados, la segunda emplea dos raseros distintos para resolver la cuestión del dolo [332].

Como ya se ha apuntado, el problema de los fenómenos psíquicos irracionales no sólo afecta al caso de la confianza, sino que también puede hacerse extensivo al elemento intelectivo del dolo (*no representaciones irracionales de riesgo*). Éste es un inconveniente que se plantea a las teorías integradas en el *consenso divergente*, pues todas ellas exigen para el dolo un cierto grado de representación. El que la irracionalidad del sujeto lleve a que éste deje de ver riesgos evidentes, o a que confíe sin fundamento alguno, son dos manifestaciones posibles de un fenómeno idéntico al que debe dispensarse un tratamiento similar. En cualquier caso, y como se intentará mostrar en otro apartado de este trabajo, todas las posturas expuestas acaban encontrándose cuando se atiende a las condiciones de aplicabilidad del concepto de dolo [333]. Sólo atendiendo a estas condiciones puede darse una solución convincente a estos problemas.

[329] En este sentido, afirma HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636, que las teorías que parten de la idea de que la confianza excluye el dolo utilizan dos elementos: uno cognitivo-racional (conocer) y otro de pronóstico-irracional (confianza) y añade que «la doctrina dominante designa erróneamente al segundo elemento como "volitivo"». MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 27 (nota 29), entiende que «ni el "tomar en serio" el peligro, ni el "no descartarlo" o "no confiar" en su realización son elementos *emocionales*, sino expresivos de una apreciación *intelectual* del peligro».

[330] Especialmente ilustrativo en este punto ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 66.

[331] Cfr. *supra* III.3.C.

[332] Sobre las grandes soluciones apuntadas ante el problema de las confianzas irracionales, cfr. *supra* III.3.C.

[333] Cfr. *infra* XII.4 y XVII.3.

IV. LAS «VOCES DISCORDANTES»

La gran mayoría de soluciones teóricas propuestas para el problema del dolo en el período que va de la sentencia del *Lederriemenfall* hasta la actualidad puede encuadrarse dentro de la situación de *consenso divergente* descrita en el Capítulo anterior. Sin embargo, en las últimas décadas se han alzado algunas voces minoritarias que rechazan abiertamente las claves en que se fundamenta dicho *consenso*. Tal disconformidad se manifiesta de un modo especialmente evidente en las propuestas teóricas de autores como *Walter Kargl, Günther Jakobs, Rolf D. Herzberg* o *Ingeborg Puppe,* auténticas *voces discordantes* que quiebran, con sus novedosos enfoques de la cuestión, la uniformidad de planteamientos que se oculta tras la batalla terminológica en que están enzarzados los restantes autores.

La discrepancia de estas cuatro perspectivas se manifiesta en dos sentidos bien distintos. Por una parte, *Walter Kargl* rechaza en sus recientes trabajos los elementos conceptuales que desde el *consenso divergente* se emplean para caracterizar el dolo, entendiendo que éstos resultan insostenibles desde un punto de vista psicológico-empírico. Como se verá, este autor aboga por una *redefinición del concepto de dolo que tome en cuenta las aportaciones de determinadas disciplinas científicas acerca de fenómenos psicológicos como el conocimiento o la voluntad.* En sentido opuesto, autores como *Jakobs, Herzberg* o *Puppe* se atreven a cuestionar uno de los pilares básicos en que se sustenta el *consenso divergente* y, de acuerdo con esta idea, *ponen en tela de juicio que la cuestión del dolo sea algo que sólo deba dilucidarse atendiendo a la subjetividad del individuo*, introduciendo de este modo en la discusión criterios de corte netamente objetivo. Al análisis de todas estas posturas se dedica el presente Capítulo.

IV.1. LÓGICA EMOCIONAL Y DOLO

En su monografía de 1993, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie* («El dolo jurídico-penal sobre la base de la teoría cognitiva de la acción»), *Walter Kargl* lleva a cabo el más notable intento hasta la fecha de construir un concepto de dolo que tome como punto de referencia la realidad psicológica del individuo. Como no duda en afirmar este autor en el prólogo de su obra, «en ningún otro ámbito de la dogmática jurídico-penal, la voluntad de normativizar ha despreciado tan a conciencia la perspectiva del autor como en el ámbito del dolo»[334]. Desde su punto de vista, este desprecio es algo que el Derecho penal no se puede permitir si realmente pretende satisfacer necesidades preventivas, pues, prescindiendo del referente individual, la reacción penal se degrada hasta convertirse en un mero instrumento de retribución del hecho: «¿por qué debería alguien que en su entendimiento no quería matar y, por tanto, no ha actuado dolosamente, aprender a no matar dolosamente con la ayuda de la pena?»[335]. Un Derecho penal no puede llamarse preventivo si prescinde por completo de cuál haya sido en el momento de comisión de los hechos la auténtica realidad psíquica del sujeto a quien castiga.

Der strafrechtliche Vorsatz toma como punto de partida las investigaciones del psiquiatra forense *Reinhart Lempp*, quien en 1977 publicó un trabajo basado en el análisis del comportamiento de ochenta jóvenes condenados por homicidio[336]. Según este autor, en tan sólo dieciocho de los ochenta casos podía afirmarse a ciencia cierta que el sujeto hubiera *querido* realmente matar a la víctima; en los restantes, *Lempp* entiende que se produjo una «ocultación del crimen frente a sí mismo» por parte de los jóvenes[337]. Sin embargo, las fórmulas utilizadas por la doctrina dominante para definir el dolo ignoran totalmente esta realidad y tan sólo buscan en el hecho aquellos datos que permitan afirmar la concurrencia de categorías con tan dudosa validez empírica como el consentimiento del autor, o si éste tomó o no en serio el riesgo que se representó. Así, ya en los interrogatorios policiales o judiciales a sospechosos e inculpados, se advierte que por parte de las autoridades existe un interés desmedido por completar las tradicionales categorías conceptuales del dolo eventual y una absoluta renuncia a intentar reconstruir los fenóme-

[334] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 15.

[335] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 69, haciendo suya la pregunta que se formulara SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, Friburgo d. B., 1981, p. 216.

[336] LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977.

[337] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 17 ss, remitiendo a LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 168.

nos psíquicos que verdaderamente acontecieron en el momento del hecho. *Lempp* concluye su trabajo refiriéndose a los casos analizados con la siguiente afirmación:

> si el autor se hubiera representado las consecuencias del hecho, no lo habría llevado a cabo. ¿Qué es, sin embargo, lo que le impidió representarse en dicho momento tales consecuencias? Sin duda, el hecho mismo y su psicodinámica. En cada emoción y en cada agitación están notablemente restringidos el pensamiento y la capacidad de pensar, casi hasta su completa supresión. Cuando menos, el intelecto se encuentra tan determinado por el acontecer del momento, que ya no son posibles pronósticos de futuro o reflexiones sobre las posibles consecuencias[338].

Las ideas de *Lempp* permiten a *Kargl* formular una serie de conclusiones iniciales. La primera de ellas sostiene que las instancias de aplicación del Derecho penal actúan en la convicción de que tienen ante sí a un sujeto que en el momento del hecho ha procedido siempre de modo totalmente racional: dicho sujeto aprehende la existencia de un riesgo, calcula las posibilidades de que dicho riesgo acaezca y, en función de este cálculo y de sus propios intereses, decide o no actuar. Según *Kargl*, este prototipo no concurre en un buen número de casos, como se ha encargado de demostrar la investigación de *Lempp*[339]. La segunda de sus conclusiones iniciales surge al hilo de la tradicional bipartición entre elementos cognitivos y volitivos en las definiciones de dolo. Entiende *Kargl* que no es en absoluto evidente que pueda sostenerse dicha separación atendiendo a la realidad psíquica del sujeto, lo que le lleva a preguntarse: «¿existe una acción en conocimiento de la posibilidad de lesión que no sea una lesión voluntaria? O, más breve aun: ¿existe una acción no dolosa pese al conocimiento de la posibilidad de lesión?»[340]. Llegada a este punto, la argumentación de este autor deriva hacia un orden de cosas en que el dolo se asienta sobre el conocimiento del sujeto, pero ello no comporta, como podría parecer, la creación de un concepto amplísimo de dolo que se extienda hasta el ámbito tradicionalmente ocupado por la imprudencia consciente, sino todo lo contrario, pues, desde su perspectiva, en relativamente pocos casos puede afirmarse que un sujeto realmente *conozca*.

Desde el punto de vista defendido por *Kargl* existen dos posibles formas de conocimiento: una práctica y directa, que se basa en las experiencias vitales del sujeto, y otra reflexiva, abstracta e independiente de

[338] LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 198. En argumentaciones similares se basa PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 465 ss, para negar la posibilidad de que exista dolo eventual en aquellos casos en que el sujeto ha actuado inmerso en un estado pasional.

[339] Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 30-31. De acuerdo con esta idea, PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 462.

[340] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 32.

la situación. El problema de gran parte de las teorías del dolo es que construyen sus conceptos a partir de este segundo género de conocimiento, pese a que éste difícilmente habrá concurrido en el momento de los hechos. Por si esto fuera poco, en muchos supuestos se intenta tomar este conocimiento —de entrada a menudo inexistente— como indicio clave para derivar ulteriormente la voluntad del sujeto, una forma de proceder que, desde el punto de vista psicológico, resulta inadmisible[341]. La búsqueda de elementos volitivos en el dolo es fruto, según *Kargl*, de una concepción reduccionista-racionalista de la cognición, pues del mismo modo que no puede existir una voluntad vacía —no se puede querer lo que no se conoce—, tampoco puede existir un conocimiento vacío, es decir, exento de emotividad, valoración o decisión: *la voluntad y el intelecto no pueden enfrentarse como dos realidades aisladas o contrapuestas*.

La noción correcta de conocimiento propugnada por *Kargl* debe tomarse de la teoría de la *Lógica emocional* («Affektlogik»), formulada por el suizo *Luc Ciompi*[342]. De los planteamientos de esta teoría se deduce que las estructuras afectivas e intelectuales del hombre están configuradas de modo completamente común: *conocer es querer y querer es conocer*[343]. A efectos de la imputación dolosa lo importante es, por tanto, delimitar en qué casos se da el conocimiento adecuado para considerar que el sujeto también *ha querido* algo al actuar. Llegado a este punto, *Kargl* se inclina por una concepción cercana a los postulados de la teoría de la probabilidad:

> un concepto de conocimiento psicológicamente individualizado y, por tanto, eficiente, debe abarcar aquellos elementos de la representación del peligro en que el autor pueda reconocer su «querer» o bien su «decisión». Un conocimiento de posibilidad no es aquí suficiente. Dado que en un mundo contingente literalmente todo es posible, se debe ser muy exigente en la (virtual) admisión de aceptaciones responsables sobre la medida del

[341] Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 34.

[342] CIOMPI, «Zur Integration von Fühlen und Denken im Licht der "Affektlogik". Die Psyche als Teil eines autopoietischen Systems», en KISKER (ed.), *Neurosen, Psychosomatische Erkrankungen, Psychotherapie*, 3.ª ed., Berlín, 1986. Cfr., igualmente en este ámbito, JANZARIK, *ZStW*, 104 (1992), p. 73 ss. Para una somera exposición de los postulados de la Lógica emocional, cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 61 ss, donde se resumen los planteamientos defendidos por *Ciompi*.

[343] Cfr. KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991, p. 537, donde se afirma que «no hay voluntad sin conocimiento ni conocimiento sin voluntad». Las críticas de este autor a las teorías tradicionales de la voluntad por intentar separar ambos elementos, en *ibidem*, pp. 535-537. Aunque, desde luego, con fundamentos muy distintos, no se halla lejos de *Kargl* H. MAYER, *Strafrecht*, p. 118, quien afirma que, según su concepción, la voluntad consciente es una unidad interior, «la voluntad no es más que una forma de acción de la conciencia en tanto que tal». En sentido contrario, SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 309: «se puede conocer algo sin quererlo, pero no querer algo sin conocerlo».

> peligro representado. Tales exigencias no pueden calcularse matemáticamente en el caso concreto, lo que tampoco es necesario (...) *el peligro debe ser tan elevado que la confianza en un buen desenlace no sería realista*[344].

Según *Kargl* lo trascendente para el dolo es que

> el autor se encuentre con que la mayoría de motivos hablan a favor de que se realice la circunstancia del hecho en cuestión. Lo probable se califica, por tanto, como en alta medida probable, si desde la perspectiva del autor, o bien, si sobre las bases de su conocimiento emocional, son completamente mayoritarios los fundamentos que hablan a favor del mal desenlace del peligro. Sólo en este dolo de probabilidad se auto-reconoce el autor y resulta por ello agradable desde el punto de vista de prevención especial. Y únicamente lo que es efectivo en términos preventivo-especiales tiene una dimensión preventivo-general[345].

Aunque sobre el papel la presente teoría parezca equiparar voluntad y conocimiento en un plano de absoluta disolución, lo cierto es que el segundo factor tiene un papel claramente preponderante sobre el primero en el concepto de dolo que se propugna[346]. Y ello por diversos motivos:

[344] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 69-70 (cursiva añadida). En su obra anterior, *Handlung und Ordnung*, p. 544, este autor parecía conformarse con un menor grado de representación: «se da *dolosidad* cuando en el momento de su actuación el autor reconoce la realización del tipo (dolo directo) o por lo menos la tiene por concretamente posible (dolo eventual)».

[345] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 69-70. Las situaciones en que el sujeto actúa por debajo de la representación de la alta probabilidad devienen casos de imprudencia, aunque este autor (*ibidem*, pp. 67-68) sostiene una visión ciertamente peculiar de esta figura en su modalidad consciente: «la imprudencia consciente no puede darse bajo condiciones psicológicas normales. Es un fenómeno patológico. Ello debería ser evidente para la teoría de la decisión, pues no parece tener sentido apreciar en un único comportamiento una determinación a favor y otra en contra de la realización del tipo, ya que, de este modo, se separa el conocer del sentir. Sobre la base de la Lógica emocional sólo es plausible una interpretación del acontecimiento: quien es consciente en el instante de decisión de la conducta de la concreta posibilidad de acaecimiento del resultado, se decide por la lesión del bien jurídico. A quien le falta este conocimiento no se decide contra el bien jurídico y actúa como mucho imprudentemente. Actuar pese a conocer es la decisión misma». Cfr., igualmente, EL MISMO, *Handlung und Ordnung*, p. 540 ss.

[346] En España, aunque desde puntos de partida distintos, parecen llegar a conclusiones próximas OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 132-133, pues estos autores sostienen que «quien conoce la *alta probabilidad* de producción de un resultado como consecuencia de su conducta y persiste en practicarla, no puede aducir que careciera de una cierta certidumbre respecto a la emergencia de ese resultado cuando la probabilidad se confirma, una certidumbre nada alejada de la necesariedad característica del dolo directo de segundo grado que fundamenta, justamente, el que, como queda señalado, no pueda decirse que el sujeto no ha querido el resultado» (cursiva añadida). Así, «pretender, como pretenden las tesis extremas de la teoría de la probabilidad, la exclusiva presencia del conocimiento, de un conocimiento aséptico, incontaminado de todo deseo, de cualquier forma volitiva dirigida al resultado, nos parece sumamente difícil».

el más evidente es, sin duda, que se considere decisivo un criterio como el de la (elevada) probabilidad, que claramente pone el acento en la cuestión cognitiva; en segundo lugar, porque, según *Kargl*, la voluntad es algo que no puede deducirse aisladamente en el proceso judicial, mientras que sí lo es el conocimiento, pues «si reconocemos que existe una lógica profunda y una lógica superficial del conocimiento que depende de la situación de interacción, entonces parece posible una comunicación parcial con el mundo de experiencias del acusado»[347]. En cualquier caso, esta forma de ver las cosas obedece a la propia lógica de este autor: *actuar pese a determinados conocimientos implica querer.*

La teoría de *Kargl* supone uno de los esfuerzos teóricos más serios por construir un concepto de dolo que tome en consideración la realidad psíquica del individuo. Sin embargo, en la exposición de este autor no queda del todo claro si, cuando se afirma que el conocimiento es algo deducible en el proceso penal, se está afirmando que lo que debe hacerse es investigar pericialmente la realidad psíquica del sujeto, o si la «comunicación parcial con el mundo de experiencias del acusado» permite que el conocimiento de dicho sujeto se determine haciendo uso de las tradicionales máximas de experiencia aplicadas sobre indicios objetivos. La primera posibilidad parece encajar mejor con los planteamientos globales de *Kargl*, claramente dirigidos a conjugar la realidad psíquica del individuo con la imputación subjetiva, pero plantea claros problemas de aplicabilidad[348]. La segunda opción, sin embargo, desdibuja su teoría, pues todo indica que el contenido de cualquier construcción conceptual en clave psicológico-empírica queda distorsionado cuando ésta se lleva a la práctica a través de reglas de experiencia no necesariamente basadas en investigaciones también psicológicas[349].

Otra objeción que se puede formular a los planteamientos de *Kargl* es atribuible a su punto básico de referencia: las investigaciones de *Lempp*. El análisis de este último autor se basa en el estudio de un delito tan concreto como el de homicidio, cuyas formas de ejecución difieren enormemente de las de muchas otras conductas delictivas, lo que es especialmente evidente cuando la dinámica comisiva de la acción homicida está impregnada de connotaciones de tipo pasional. Sin embargo, no es tan evidente que la racionalidad que *Lempp* niega a la mayor parte de homicidas también desaparezca, en mayor o menor medida, en otros ámbitos de delincuencia. El delincuente racional no tiene por qué ser una *rara avis* en ámbitos como el de la criminalidad económica[350].

Finalmente, y a modo de crítica global, debe afirmarse que una adhesión a los planteamientos de *Kargl* es impensable si no se parte de una aceptación previa de los postulados de la Lógica emocional y de la prevención especial como finalidad de la pena. En cuanto a lo primero debe afirmarse que, sin duda, otras concepciones de la psicología pueden llevar a resultados distintos y desde el ámbito de la aplicación del Derecho no se está en condiciones de aseverar qué punto de vista es el correcto[351]. En cuanto a la admisión de la prevención especial como finalidad de la pena, baste una remisión a las críticas que tradicionalmente se han dirigido a esta teoría y que han abierto enormes interrogantes sobre su viabilidad[352].

IV.2. INTENTOS DE OBJETIVACIÓN

A) Planteamiento: el «Caso del virus del SIDA»

En la última década, una parte de la doctrina ha mostrado especial interés por la problemática que plantea la imputación dolosa cuando en el plano objetivo concurren riesgos mínimos no permitidos, es decir, aquellos supuestos en los que un sujeto crea de modo consciente un riesgo que sólo supera muy levemente las barreras de lo reglamentaria o legalmente tolerado o de la adecuación social[353]. En este ámbito el debate

[347] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 72. En este punto el autor coincide con PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 37, quien también entiende que el conocimiento de un sujeto es más fácilmente reconstruible *a posteriori* que su voluntad.

[348] Cfr. *infra* VIII.1.

[349] En sentido similar, EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken*, disertación inédita, Bonn, 1996, p. 56.

[350] El mismo KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 26, reconoce que la importancia del trabajo de *Lempp* no debe sobredimensionarse, por ceñirse éste al delito de homicidio cometido por autores de determinadas edades.

[351] En esta línea, afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 117, que tampoco la forma en cómo la Lógica emocional concibe la realidad psíquica del sujeto puede considerarse incontrovertida y, de hecho, otras muchas teorías psicológicas utilizan planteamientos distintos. A modo de ejemplo, autores como KASIELKE/LANDER/SCHMIDT/STRAUß, «Psychologische Aspekte zum Problem der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes», *Staat und Recht*, 1964, p. 676, también basan su idea de dolo en determinados planteamientos psicológicos y, sin embargo, llegan a conclusiones distintas a las de *Kargl*, pues entienden que «ambos conceptos [conocimiento y voluntad] se hallan en una relación interna. El hecho psicológico del "querer" implica necesariamente también la "consciencia", pero no al contrario». En este orden de cosas, ya LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 137-141, se esforzó por demostrar que el concepto de voluntad con que trabajan los juristas es distinto al de los psicólogos, pues un uso de este último en Derecho penal llevaría a resultados que se opondrían al sentimiento de justicia.

[352] Cfr., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 26 ss.

[353] Una definición de riesgo mínimo no permitido en EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 1: «riesgos mínimos no permitidos son aquellos riesgos con los que sólo se sobrepasa en escasa medida el límite de la valoración de lo jurídicamente permitido. La probabilidad de realización del tipo sólo se incrementa mínimamente con respecto a lo permitido en el contexto de la acción».

afecta especialmente a aquellas teorías que propugnan el conocimiento del riesgo o de la posibilidad de realización de un tipo como único elemento del concepto de dolo, pues, de acuerdo con sus postulados generales, los autores que las defienden se ven obligados a sostener que un sujeto ha actuado dolosamente siempre que haya conocido un riesgo o lo haya tomado en serio, por insignificante que pueda ser éste. En supuestos en que el grado de peligro creado y representado por un sujeto sea cuantitativamente escaso (aunque no permitido), el castigo por delito doloso puede antojarse a menudo excesivo. Estos problemas se ponen de manifiesto recurriendo al siguiente ejemplo:

> *Un conductor reduce levemente, aunque por debajo de lo reglamentariamente permitido, la distancia de seguridad con el vehículo que le precede en la carretera. Dicha acción se realiza con plena consciencia: el sujeto se da perfecta cuenta de que está creando un riesgo no permitido para la vida de los ocupantes del otro vehículo. De repente el otro coche frena y se produce una colisión de la que resultan muertes. ¿Homicidio doloso?*

Ciertamente, debe reconocerse que, en este concreto punto, las teorías volitivas, o las que defienden la idea de que la confianza excluye el dolo, aportan una solución que puede parecer más adecuada: en el caso del conductor falta la voluntad de realizar el tipo o se está actuando en la confianza de que no va a suceder nada grave y, por tanto, concurre una mera imprudencia. Como se ha dicho, la problemática de estos casos afecta básicamente a las teorías cognitivas: por un exceso de escrupulosidad, el sujeto puede haber «tomado en serio» o «contado con», o incluso «valorado como probable», la realización en el resultado de un riesgo mínimo no permitido, pero la condena por el correspondiente delito doloso prácticamente nunca resulta satisfactoria en casos como éste[354].

En este orden de cosas, el factor al que en buena medida cabe atribuir la revitalización de la discusión del dolo en la segunda mitad de la década de los ochenta y principios de los noventa es la sentencia del BGH alemán sobre el llamado «Caso del virus del SIDA»[355]. La vinculación de este supuesto con el problema de los riesgos mínimos no permitidos es evidente: cuando un portador del virus del SIDA mantiene relaciones sexuales existe un cierto riesgo de contagio para la otra persona, pero éste es muy reducido en un único contacto sexual[356]. Teniendo en cuenta este dato, la doctrina discute sobre si puede considerarse admisible que se condene al portador del virus como autor de una tentativa de homicidio o lesiones cada vez que mantiene relaciones sexuales.

Los hechos sometidos a juicio en esta importante resolución fueron los siguientes:

> *En febrero de 1986 se comunicó al acusado, un ciudadano norteamericano residente en Alemania, que los resultados de las pruebas médicas que le habían sido practicadas ponían en evidencia que se encontraba infectado por el virus del SIDA. El doctor S. le advirtió que para el resto de su vida debía utilizar preservativo en relaciones sexuales de cualquier género, pues el mero contacto de fluidos corporales podía ser suficiente para transmitir la mortal enfermedad. A mediados de julio de 1986 se le reiteró al acusado la gravedad de su dolencia y las posibles consecuencias de mantener contactos sexuales sin preservativo.*
>
> *A pesar de ello, en agosto de 1986, y entre diciembre del 86 y enero del 87, el acusado mantuvo relaciones sexuales con otros dos sujetos sin informar a éstos de la enfermedad que padecía. Se afirma también en los hechos probados de la sentencia que el acusado fue en todo momento consciente del peligro que entrañaba su conducta. El temido contagio no se pudo probar en el caso de uno de los sujetos con que el acusado mantuvo relaciones sexuales y no se llegó a producir en el del otro.*

El *Landgericht* de Nuremberg condenó al acusado como autor de tres delitos de lesiones en grado de tentativa. En el correspondiente recurso su defensa alegó ante el BGH que los estudios científicos mostraban cómo el peligro de contagio era ínfimo, sobre todo en los contactos orales. Sin embargo, en su sentencia el BGH no acepta semejantes argumentaciones y sostiene que en tales contactos también concurre un riesgo

---

[354] Cfr. EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 24-25 y 31. JAKOBS, «El lado subjetivo del hecho de los delitos de resultado en supuestos de habituación al riesgo», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, p. 203, hace extensivo el problema a determinadas teorías volitivas: «quien sobrepasa de manera leve el riesgo permitido —por ejemplo, quien conduce a 70 km. por hora por una calle ancha y poco frecuentada de la ciudad— y se representa el riesgo de las posibles consecuencias, ¿comete tentativa de homicidio si —dependiendo de la teoría del dolo eventual que se siga— valora de manera seria, *acepta, aprueba*, toma seriamente en consideración o como las fórmulas delimitativas denominen dicho riesgo?» (cursiva añadida).

[355] El texto de la sentencia en BGHSt, vol. 36, p. 1 ss. El problema no resulta absolutamente novedoso para la jurisprudencia alemana: ya en 1987 se había juzgado en el *Amtsgericht* de Múnich el caso en que una prostituta con SIDA no advirtió a sus *clientes* de que era portadora del virus, siendo condenada por tentativa de lesiones. El texto de esta sentencia en *NJW*, 1987, p. 2314 ss y *NStZ*, 1987, pp. 407-408 (con comentario de ARLOTH). Otros comentarios doctrinales sobre esta última resolución en HERZBERG, «Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten», *JuS*, 1987, p. 777 ss y PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 486 ss. Para otras resoluciones de la justicia alemana sobre supuestos similares, cfr. las referencias aportadas por HERZBERG, «Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts», *JZ*, 1989, p. 470 (nota 1).

[356] No está demasiado claro cuál es el riesgo exacto de contagio del SIDA que concurre en un único contacto sexual con una persona infectada, aunque, en cualquier caso, el peligro no parece en absoluto elevado. Al respecto, BRUNS, «Nochmals: Aids und Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 2282, afirma que es muy inferior al 5%, mientras que FRISCH, «Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizerten als Straftat – BGHSt 36, 1», *JuS*, 1990, p. 367, habla de una probabilidad de entre el 0,1 y el 1%.

relevante de infección, aunque éste no se pueda cuantificar porcentualmente[357]. Este tribunal afirma el dolo eventual de lesiones del acusado recurriendo a argumentos sobradamente conocidos: dicho sujeto se representó como posible el contagio y se resignó a que éste se produjera o se conformó con tal posibilidad[358]. Algunos autores reprochan a esta argumentación que no tome en cuenta que, al ser muy bajo el riesgo de contagio, no era tan fácilmente descartable que el acusado hubiera actuado en la confianza de que el virus no iba a transmitirse[359].

Tanto en la doctrina alemana como en la de otros países, la sentencia del BGH ha servido para revitalizar el debate sobre el dolo[360]. Aunque la mayor parte de autores ha abordado el problema en los términos

[357] Cfr. BGHSt, vol. 36, pp. 3-5 y pp. 7-8.

[358] Cfr. BGHSt, vol. 36, p. 9. El BGH (*ibidem*, pp. 10-11) añade que «también en este ámbito el comportamiento doloso requiere el conocimiento *y* voluntad de la realización típica y, en este sentido, la aprobación del resultado típico constituye el elemento esencial de diferenciación. Teniendo en cuenta el extendido conocimiento sobre el riesgo de infección que concurre en los contactos sexuales sin protección, en este caso es evidente que el autor conoce la posibilidad de infección de su pareja. Si pese a ello no desiste de su acción, se conforma con el peligro que ésta entraña o, por lo menos se resigna a su realización». FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 538 ss, ve en esta sentencia una muestra más de la vacuidad del pretendido «elemento volitivo» del dolo eventual. Cfr., en sentido similar, EL MISMO, *JuS*, 1990, p. 366.

[359] Así, BRUNS, «Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention», *MDR*, 1989, p. 200. FRISCH, *JuS*, 1990, p. 367, entiende que, ante una probabilidad tan escasa, la posibilidad de que el autor confiara en que el contagio no iba a producirse goza de un fundamento especialmente sólido. Por contra, LUZÓN PEÑA, «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», *PJ*, 23 (1991), p. 94, opina que no puede admitirse la confianza que excluye el dolo si el sujeto no ha tomado medidas para evitar el contagio.

[360] La problemática del dolo en los casos de contactos sexuales llevados a cabo por personas infectadas por el virus del SIDA ha sido tratada, entre otros, en los siguientes trabajos: HERZBERG, «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?», *NJW*, 1987, p. 1461 ss; EL MISMO, «Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr», *NJW*, 1987, p. 2283 ss; BRUNS, «AIDS, Prostitution und das Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 693 ss; EL MISMO, *NJW*, 1987, p. 2281 s; HERZOG/NESTLER-TREMEL, «Aids und Strafrecht – Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung», *StV*, 1987, p. 360 ss, esp. p. 363 ss; PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 486 ss; BOTTKE, «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», en SCHÜNEMANN/PFEIFFER (ed.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, p. 171 ss, esp. p. 188 ss; HERZBERG, *JZ*, 1989, p. 470 ss, esp. p. 475 ss; BRUNS, *MDR* 1989, p. 199; PRITTWITZ, «Das "AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs», *StV*, 1989, p. 123 ss; HILLENKAMP, *Kaufmann-GS*, p. 351 ss; SCHLEHOFER, «Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützen Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten», *NJW*, 1989, p. 2017 ss; FRISCH, *JuS*, 1990, p. 362 ss, esp. p. 366 ss; EL MISMO, *K. Meyer-GS*, p. 534 ss. Comentarios sobre la sentencia del BGH en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 76 ss y PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 8-9. En España, ROMEO CASABONA, «SIDA y Derecho penal», en *Problemas del tratamiento jurídico del SIDA*, Madrid, 1995, p. 67 ss. Finalmente, existen dos importantes obras sobre la problemática penal del SIDA que recogen contribuciones de diversos autores españoles y alemanes: MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona, 1993 y SZWARC (ed.), *AIDS und Strafrecht*, Berlín, 1996.

tradicionales, esto es, basando su solución en los clásicos requisitos del conocimiento, la confianza o la resignación del sujeto, la sentencia ha servido también para poner a prueba ideas especialmente novedosas[361]. Tal es el caso de las propuestas teóricas de *Herzberg* y *Puppe*, quienes sostienen que ciertas características del riesgo generado por el sujeto deben determinar, ya en el plano objetivo, la decisión sobre el dolo o la imprudencia. Estos dos autores llegan a la conclusión fundamental de que *determinados riesgos no permitidos son en sí mismos inidóneos, independientemente de cuál haya sido la representación del sujeto, para fundamentar una imputación dolosa.* Uno de los principales motivos para adoptar tal punto de vista es el razonamiento según el cual dar un protagonismo absoluto a cuestiones como la confianza del sujeto, especialmente en el ámbito de los riesgos mínimos no permitidos, lleva a privilegiar a los autores optimistas y a castigar a los pesimistas o escrupulosos. Un problema ya advertido por *Jakobs*, años antes de la sentencia del BGH, con respecto a determinados riesgos que se crean habitualmente en el ámbito de la circulación rodada.

B) Imputación subjetiva y habituación al riesgo

A nivel global, *Jakobs* caracteriza el dolo en términos exclusivamente cognitivos, pues entiende que la fórmula tradicional de dolo como conocer y querer «se revela desde el principio inadecuada» para dar cabida a los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual[362]. Desde su perspectiva, «*dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias*» y, por lo que respecta a la frontera inferior de dicho conocimiento, es decir, al dolo eventual, éste concurre «*cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción*», un punto de vista nada alejado de los planteamientos de *Schmidhäuser, Frisch*, o de los partidarios del «tomar en serio»[363]. La vinculación entre estos autores es paten-

[361] Discuten sobre la cuestión de la confianza HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV*, 1987, pp. 365-366. Crítico con los planteamientos de estos autores, BOTTKE, en *Die Rechtsprobleme*, p. 190 ss. Sobre el pretendido elemento volitivo del dolo cfr. PRITTWITZ, *StV*, 1989, pp. 125-126. Este autor sostiene que la deducción del elemento volitivo del dolo a partir del grado de conocimiento sólo está justificada cuando el sujeto se representa una notable probabilidad de que se realice el tipo, lo que no sucede en este caso. Por su parte, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 272, cuestiona que en estos supuestos deba condenarse por delito doloso, pues el grado de riesgo que concurre en ellos es mucho menos elevado que el que se da en la circulación rodada, un ámbito en que sólo se suele apreciar realizaciones imprudentes.

[362] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315.

[363] JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 316 y 327, resp. (cursiva en el original). La exigencia de la representación de la realización típica como «no improbable» no debe llevar a inscribir a *Jakobs* en la teoría de la probabilidad pues, según este autor, «no improbable» no

te si se tiene en cuenta que *Jakobs* no se conforma con un «mero pensar en la posibilidad del resultado» para apreciar la concurrencia del elemento intelectual del dolo, sino que exige un juicio válido por parte del sujeto de que no es improbable la realización del tipo[364].

Sin embargo, *Jakobs* cree que en determinados ámbitos hace falta introducir matizaciones a esta última afirmación, especialmente en lo que atañe a los riesgos propios de la circulación rodada. Es éste un sector de actividad en el que los intervinientes crean de forma constante riesgos no permitidos de los cuales son, casi siempre, perfectamente conscientes: no respetar en carretera la distancia de seguridad reglamentaria con el automóvil que circula por delante, superar levemente los límites de velocidad autorizados, etc. Esta creación de riesgos —no permitidos, pero habituales— tiene en la práctica destinatarios recíprocos: a veces es un sujeto específico quien somete a otros conductores a dichos riesgos y a veces son otros conductores quienes le someten a él mismo. Dado que cualquier automovilista ha pasado miles de veces por tales situaciones y en la mayoría de los casos no se ha producido percance alguno, en un ámbito como éste existe lo que *Jakobs* denomina una «habituación al riesgo» por parte de los ciudadanos, y ello con independencia de que dichas conductas entrañen una indiscutible peligrosidad estadística[365]. Dicha habituación es imprescindible para poder participar en el tráfico: un conductor tiene que acostumbrarse a dejar de ver la muerte acechándole cada vez que el coche que le sigue reduce la distancia de seguridad pues, si no lo consigue, deberá dejar de conducir «por agotamiento psíquico»[366]. De manera inversa, cuando sea él mismo quien no respete tal distancia, y aunque lo haga con la consciencia de que estadísticamente dicha maniobra comporta cada año un elevado número de accidentes, esta forma de conocimiento no deberá bastar para el dolo[367].

En consecuencia, para afirmar el dolo hará falta, no sólo que el riesgo creado conscientemente por el sujeto no esté permitido, sino que, además, sobrepase la medida de aquellos riesgos sobre los que existe una habituación social. Así, afirma *Jakobs*:

> quien en la circulación rodada —en conocimiento actual del riesgo de resultado— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo tiene dolo de lesión[368].

Todos estos argumentos de *Jakobs* van dirigidos a corregir los resultados a que conduciría una aplicación estricta de los conceptos más usuales de dolo en situaciones que acontecen con una gran frecuencia. Así, dicha aplicación llevaría a afirmar que cualquier reducción consciente de la distancia de seguridad reglamentaria respecto de otro vehículo debería implicar, por lo menos, una condena por tentativa de daños, lesiones u homicidio, según los bienes jurídicos que el conductor se representara estar poniendo en peligro. Este problema se plantea también a autores como *Schmidhäuser*, quien recurre a la solución consistente en

se corresponde necesariamente con «probable» (en el sentido de superior al 50% de probabilidad). La idea se expresa con un ejemplo: el sujeto que juega a la ruleta rusa con una sola bala en un tambor donde caben seis no estima probable que se produzca la muerte (1 posibilidad contra 6), pero dada la probabilidad restante (aprox. un 17%) el acaecimiento de la muerte no es improbable, entendido «no improbable» en el sentido de que el riesgo tiene suficiente entidad para no ser considerado *quantité négligeable* (cfr. *supra* II.3, nota 188).

[364] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 327: «el mero "pensar en" u "ocurrirse", sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo». Cfr., igualmente, EL MISMO, «El delito imprudente», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, p. 170: «no basta pensar en lo que es probable, sino que ha de ser *valorado como tal*» (cursiva en el original). RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 81, entiende que, en la teoría de *Jakobs*, «la línea divisoria entre el dolo y la imprudencia la marca la formulación o no de ese juicio, lo cual es equivalente al elemento volitivo tal como aquí se entiende» (cfr. *supra* III.3.C). Sin embargo, una cosa es que *Jakobs* admita que determinadas actitudes emocionales del sujeto puedan repercutir sobre su grado de representación del riesgo (algo que, por otra parte, también admite *Schmidhäuser* con su recurso a la eliminación mental) y otra cosa distinta es afirmar que el juicio en cuestión tenga un carácter emocional-volitivo.

[365] Cfr. JAKOBS, «El lado subjetivo», p. 202: «un conductor no puede pronosticar seriamente su propia muerte cada vez que el coche que le sigue en la autopista a cien kilómetros por hora reduce la distancia de seguridad a veinte metros. Pero si fuese él quien se comportase de manera incorrecta, ¿cómo podría entonces pronosticar, seriamente, la eventual muerte (tanto la suya como la) de los demás? Probablemente el conductor sepa muy bien que un comportamiento de estas características y con una frecuencia masiva tiene por lo general consecuencias intolerables. Sin embargo, en relación con cada caso en concreto de ahí sólo deriva el conocimiento de una infracción disciplinaria». En EL MISMO, «El delito imprudente», p. 182, se alude a este fenómeno con la expresión «pérdida del miedo». También admite el fenómeno de la habituación al riesgo SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 293. Un intento de trasladar la argumentación de *Jakobs* sobre la habituación al riesgo al terreno de las relaciones sexuales mantenidas por portadores del virus del SIDA en HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV*, 1987, pp. 363-364.

[366] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 334 y EL MISMO, «El lado subjetivo» p. 198.

[367] Cfr. JAKOBS, «El lado subjetivo», p. 198: «esta aceptación [de los riesgos que se dan en el tráfico rodado] se produce por medio de la eliminación mental de la representación de las eventuales consecuencias que se suelen producir, lo que significa que el conocimiento teórico de la peligrosidad de la situación se ve eclipsado por el conocimiento, confirmado en la práctica, de la altamente probable ausencia de consecuencias del devenir, y ello en la medida en que la situación se experimenta una y otra vez en la práctica como carente de consecuencias y ni tan siquiera de forma especialmente crítica». Idénticas ideas en EL MISMO, «El delito imprudente», p. 183.

[368] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 335. Cfr. también EL MISMO, «El lado subjetivo», p. 199.

afirmar que, en estos supuestos, el conductor elimina mentalmente la representación de peligro concreto o actúa confiando en que no va a pasar nada, lo que le hace perder la consciencia del peligro concreto[369]. Sin embargo, esta solución no puede aplicarse de modo automático a todos los casos y no sirve si se demuestra que el conductor no eliminó mentalmente o simplemente no confío en nada: lleva a castigar al conductor escrupuloso. Por ello *Jakobs* procura normativizar la solución, para hacerla extensiva a todos los casos de habituación al riesgo, prescindiendo de los concretos fenómenos psíquicos que hayan podido darse[370]. Su conclusión viene a decir que *el conocimiento del riesgo estadístico no es todavía relevante para el dolo y por mucho que conductores escrupulosos puedan llegar a determinadas representaciones sobre lo peligroso de su proceder en el caso concreto, dichas representaciones son irrelevantes para la imputación dolosa*[371].

La valoración que merece el planteamiento de *Jakobs* es difícil, en la medida en que también lo es llegar a comprender de un modo exacto la naturaleza del argumento que emplea este autor para dejar fuera del ámbito de lo doloso todas las creaciones conscientes de riesgos mínimos no permitidos aunque habituales. En primer lugar, es obvia la conveniencia de diferenciar las representaciones de peligro estadístico de las representaciones de peligro en la situación concreta. Parece evidente que nadie se plantearía condenar por tentativa de homicidio al conductor que, al no respetar la distancia de seguridad con el vehículo que le precede, pensase simplemente en que a causa de dicha infracción mueren cada año miles de personas. La totalidad de la doctrina exige que el sujeto atribuya peligrosidad concreta a su conducta, pero entiende *Jakobs* que incluso en los casos en que se dé tal atribución debe negarse la imputación dolosa en aquellas infracciones sobre las que existe habituación.

Una forma de interpretar los planteamientos de *Jakobs* es la de entender que lo que realmente postula este autor para los casos de habituación al riesgo es una presunción *iuris et de iure*: ahí donde existe tal habituación debe partirse de que todos los sujetos que crean riesgos no permitidos sólo se representarán, a lo sumo, riesgos estadísticos, pero nunca riesgos concretos. De esta presunción se deriva que nunca existe

[369] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-245 y *supra* III.2.

[370] Cfr. JAKOBS, «El lado subjetivo», p. 199: «en estos dos ámbitos, es decir, tanto en el concerniente a los riesgos permitidos como en el de los riesgos que superan el nivel del riesgo permitido, la eventual prognosis del resultado, debe dejar de ser tomada subjetivamente en serio en la práctica, si es que la participación en el tráfico rodado debe seguir siendo algo factible, y de hecho dejará de tomarse en serio si la participación en el tráfico se convierte en una actividad cotidiana rutinaria».

[371] JAKOBS, «El delito imprudente», p. 182, añade que «verse a sí como factor en esa frecuencia estadística y verse a sí mismo como alguien que actúa creando un peligro considerable son dos cosas distintas».

dolo en estos casos, aunque se pudiera llegar a demostrar que la representación del peligro concreto estuvo presente «en la cabeza» del autor. Esta interpretación lleva a afirmar que determinados riesgos se deben consideran *per se* inidóneos para fundamentar una condena por delito doloso, con independencia de cuál haya sido la subjetividad del concreto individuo enjuiciado. Así, la perspectiva de *Jakobs* no se aparta de las doctrinas dominantes más que en un punto concreto: él entiende que *no todo riesgo representado sirve para fundamentar la imputación dolosa.* Según este autor, no sirven para fundamentar tal imputación las representaciones de riesgos habituales no permitidos o, como también afirma, las representaciones de fenómenos sobrenaturales o de riesgos permitidos, por mucho que en su caso el sujeto las valore como notablemente peligrosas[372]. La aportación de *Jakobs* se concreta, por tanto, en una restricción normativa del ámbito de las representaciones de peligro que pueden dar lugar a dolo y, en tal medida, supone una evidente ruptura con el *consenso divergente*, especialmente, con la idea de que el dolo es algo que depende en exclusiva de la subjetividad del individuo y de que, existiendo consciencia (y eventualmente voluntad) de un riesgo no permitido, existe dolo[373].

El principal interés del planteamiento de *Jakobs* viene dado por la explicitación de cómo ante determinados comportamientos se hace muy difícil afirmar la existencia de una realización delictiva dolosa, por mucho que el sujeto realmente haya llevado a cabo un juicio serio sobre la peligrosidad de su conducta[374]. Por un lado, parece indiscutible que en

[372] Sobre la irrelevancia de la representación de acontecimientos no terrenales, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315: «el dolo faltará cuando el autor se basa en que el suceso está condicionado sobrenaturalmente».

[373] Hay que tener en cuenta que en el sistema de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313, la normativización puede emplearse para dar por irrelevantes determinadas representaciones, pero no así para atribuir a un sujeto representaciones que éste (psicológicamente) nunca ha tenido, pues el § 16 StGB exige conocimiento actual como requisito irrenunciable del dolo. Atribuir al sujeto representaciones con las que en realidad nunca ha contado, supondría una extensión analógica del requisito del conocimiento. Por contra, reducir el ámbito de las representaciones válidas, como hace *Jakobs*, no se opone a la regulación de la materia, en la medida en que tiene un efecto restrictivo del dolo beneficioso para el sujeto.

[374] Esta realidad no puede circunscribirse al ámbito del tráfico rodado, pues existen otras modalidades de conducta en que, sin existir propiamente una habituación social al riesgo, también se hace muy cuesta arriba afirmar el dolo pese a las representaciones del sujeto. En este sentido, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 258, expone el caso del padre que envía a su hijo menor de edad al tejado para que repare una antena. Aunque el padre tome en serio el peligro de esta acción o considere posible la muerte del hijo, parece excesivo entender que el padre ha cometido una tentativa de homicidio si el hijo vuelve sano y salvo. *Herzberg* considera que los casos de habituación al riesgo son supuestos que quedan dentro de los riesgos que él denomina *cubiertos* (cfr. *infra* IV.2.C) y que ya en el plano objetivo nunca pueden dar lugar a dolo. Así, para este último autor (*ibidem*, p. 258), la teoría de *Jakobs* es correcta pero incompleta: hay riesgos sobre los que no existe una

una sociedad habituada a ciertos riesgos lo normal es que en la práctica determinados juicios de concreta peligrosidad no se lleven a cabo o que, si se realizan, éstos no transciendan más allá de la psique del autor. Sin embargo, no es inimaginable que en algunos supuestos (p. ej. un sujeto confiesa que mediante una reducción de la distancia de seguridad intentó embestir al coche que le precedía) tal juicio pueda llegar a trascender más allá de lo psíquico y a impregnar la conducta de una dolosidad que no es posible pasar fácilmente por alto[375]. Sin embargo, si se transforma en *iuris tantum* la presunción *iuris et de iure* formulada por *Jakobs*, el planteamiento de este autor ya no se diferencia de las teorías dominantes, en la medida en que también éstas exigen para la afirmación del dolo cierta actividad probatoria para enervar otra presunción: la de inocencia.

C) El *peligro descubierto* como criterio de distinción

Entiende *Rolf D. Herzberg* que la discusión sobre la delimitación entre dolo e imprudencia se encuentra en un callejón sin salida, pues es posible detectar puntos débiles en todas las teorías que han sido defendidas hasta el día de hoy[376]. De entrada, todas ellas construyen su definición de dolo a partir de la representación del sujeto, pero en determinados casos, y aunque se dé dicha representación, no parecen muy dispuestas a apreciar una realización dolosa, por lo que recurren a factores de tan dudosa existencia como la eliminación mental del riesgo o el tomar dicho riesgo a la ligera[377]. *Herzberg* constata —no sin razón— que cuando las doctrinas dominantes se encuentran ante riesgos pequeños muestran una clara predisposición a negar el dolo, mientras que si el riesgo es elevado tienden de un modo casi inmediato a afirmarlo[378]. Ello

habituación social que tampoco pueden dar lugar, ya en el plano objetivo, a una imputación dolosa.

[375] El análisis de esta problemática se retoma *infra* XVII.4.A.1.

[376] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 249.

[377] Críticas a los planteamientos más extendidos en HERZBERG, *JuS*, 1986, *passim*. Sobre *Schmidhäuser* se afirma, por ejemplo, que tal vez sea cierto que en la práctica del tráfico rodado muchas veces se dan eliminaciones mentales del riesgo por parte de los conductores, pero a partir de ello no puede derivarse una argumentación jurídica: ¿se estaría dispuesto a condenar también por dolo al conductor que provocó un accidente siempre que no hubiera eliminado mentalmente la representación de peligro? (*ibidem*, p. 250). Las teorías del «tomar en serio» tampoco dan una solución mejor: ¿debería condenarse por homicidio doloso al maestro que deja bañar a sus alumnos en un río peligroso en función de si «tomó el riesgo en serio» y sólo como autor de un homicidio imprudente si «tomó el riesgo a la ligera»? (*ibidem*, p. 250).

[378] En esta línea, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 252, critica a la teoría del «tomar en serio» que ésta acabe afirmando que el sujeto toma en serio el riesgo allí donde *debe* tomarse en serio: criterios objetivos para la imputación subjetiva. Cfr., también, EL MISMO, *JZ*, 1988, pp. 638-639.

lleva a este autor a plantearse que, tal vez, la solución a esta problemática no sólo deba depender de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del riesgo creado y advertido. En este sentido afirma *Herzberg* que «*el dolo no depende de si el autor ha tomado en serio un peligro reconocido, sino de que haya reconocido un peligro a tomar en serio*»[379].

Según este autor, dentro de los riesgos no permitidos es posible distinguir dos modalidades: los peligros *cubiertos (abgeschirmte)* y los peligros *descubiertos (unabgeschirmte)*. Concurre un peligro *cubierto* cuando en el momento del hecho existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse. Dichas circunstancias son, ante todo, el cuidado de la propia víctima o del mismo autor: peligro *cubierto* es, por tanto, aquél que la víctima puede reconocer y, prestando atención, evitar, o el que el autor puede confiar, de un modo fundamentado, en mantener bajo control[380]. El peligro *descubierto*, por contra, concurre en aquellos supuestos en que no existen fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal: éste es el caso, por ejemplo, en que se duda sobre la edad de la víctima en los abusos sexuales, o en que se dispara contra alguien sin que éste tenga posibilidad alguna de evitar que la bala le alcance[381].

El conocimiento por parte del sujeto de un peligro cubierto *fundamenta la imprudencia, mientras que si lo que conoce dicho sujeto en el momento de actuar es un peligro* descubierto*, se está ante un caso de dolo*[382]. Sin embargo, los peligros *descubiertos pero lejanos*, tampoco

[379] HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 262 y EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 639 (cursiva añadida). A esta afirmación se debe que RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 95, interprete la teoría de *Herzberg* como una objetivación de la teoría del «tomar en serio».

[380] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 254. Los casos en que el sujeto confía racionalmente en poder controlar el riesgo vinculan parcialmente a este autor (*ibidem*, p. 258) con los planteamientos de *Armin Kaufmann* (cfr. *supra* III.4), aunque para el primero la teoría del segundo resulta demasiado limitada, pues no contempla los supuestos en que quien crea el riesgo confía en que será la propia víctima quien lo controlará. En HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 635, se aportan ejemplos de peligros *cubiertos*: el maestro que deja bañar a sus alumnos en una poza, encender un cigarrillo en una habitación llena de material de embalaje donde está prohibido fumar. Para este concepto, cfr. igualmente, EL MISMO, *JZ*, 1989, p. 476.

[381] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, pp. 255-256. En EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 639, se concreta la definición: concurre un peligro *descubierto* «cuando durante o después de la conducta del autor debe interponerse la suerte, el azar o una buena dosis de ambos para que el tipo no se realice, esto es, cuando el autor, con base en un juicio *racional*, no puede confiar en absoluto o no de manera eficaz en que, durante o después de su conducta peligrosa, la *actividad* propia o ajena de alguna manera *se haga con el control* del peligro» (cursiva en el original).

[382] Cfr. HERZBERG, *NJW*, 1987, p. 1464, quien afirma que la diferencia entre dolo (conocimiento de un peligro *descubierto*) e imprudencia consciente (conocimiento de un peligro *cubierto*) se establece en el plano de lo objetivo, mientras que la diferencia con la

darán lugar a dolo, en la medida en que la realización del tipo pueda considerarse un caso de auténtico infortunio[383].

Herzberg se conforma para afirmar el dolo con que el sujeto se represente un peligro *descubierto*, pero sin que haga falta que lleve a cabo valoración alguna sobre la calidad de dicho peligro: el juicio sobre si un riesgo sirve o no para fundamentar el dolo tiene una naturaleza meramente objetiva[384]. Como se puede apreciar, el criterio de la confianza queda totalmente objetivado en los planteamientos de este autor: la calidad objetiva del peligro traza la línea entre aquellos casos en que se puede confiar y aquéllos en los que no[385]. Aplicando estas ideas a los supuestos de contactos sexuales llevados a cabo por personas infectadas con el virus del SIDA, *Herzberg* entiende que en estos supuestos se crea conscientemente por parte del autor un peligro *descubierto*. Al mantener relaciones sexuales sin protección, quien es portador del virus lleva a cabo una acción peligrosa para la salud de su pareja frente a la cual no existen factores de contención del riesgo —ni por parte del autor, ni por parte de la víctima desinformada— que puedan fundamentar objetivamente una confianza en que el contagio no va a producirse[386].

imprudencia inconsciente y el error de tipo se lleva a cabo en un nivel subjetivo, en la medida en que éstos se caracterizan por el desconocimiento del peligro; cfr., igualmente, EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 641.

[383] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 256. El autor utiliza este criterio para dejar fuera del ámbito de lo doloso casos como el siguiente: «¿debería existir, por ejemplo, una tentativa de homicidio si alguien a las tres de la madrugada, con la absurda esperanza de un resultado mortal, arroja un ladrillo al jardín del vecino?». Pueden apreciarse algunas similitudes entre el punto de vista de este autor y las restricciones objetivas que SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 199 ss, plantea a su concepto cognitivo de dolo, especialmente en el caso de los peligros remotos.

[384] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 261. Este autor entiende que «para el dolo lo decisivo es el *conocer*, no la *fe*» (cursiva en el original). En el fondo de sus planteamientos subyace la idea de que, de la misma manera que los meros deseos no pueden fundamentar el dolo, las meras esperanzas no pueden excluirlo (entendiendo que, tanto deseos como esperanzas, no son más que «creencias o fe»).

[385] La teoría de *Herzberg* puede parecer, a primera vista, próxima a aquéllas que entienden que sólo la confianza *racional* en el no acaecimiento del resultado excluye el dolo cuando se ha conocido el peligro (cfr. *supra* III.3.C). Sin embargo, existen algunas diferencias: *Herzberg* niega siempre el dolo cuando concurre un peligro *cubierto*, sin que importen las intenciones del sujeto; además, tampoco es evidente que la *cobertura* del peligro sea el criterio que postulan los partidarios de la irrelevancia de las confianzas irracionales para determinar dicha irracionalidad (cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 100-102).

[386] Cfr., al respecto, HERZBERG, *NJW*, 1987, p. 1464 ss; EL MISMO, *JuS*, 1987, p. 782 y EL MISMO, *JZ*, 1989, p. 476: «el acusado tuvo dolo de dañar la salud en proporciones vitalmente peligrosas porque no sólo era consciente de que el riesgo de contagio no estaba permitido, sino porque también era un riesgo *descubierto*». En este caso, aplicando la teoría de *Herzberg*, es correcta la condena por tentativa de lesiones. El autor matiza que cuando se emplea un preservativo por parte del portador del virus existe una confianza objetivamente fundada en la contención del peligro, por lo que no concurre dolo, aunque

Los planteamientos de *Herzberg* deben hacerse acreedores de merecidos elogios, en la medida en que indiscutiblemente plasman una nada desencaminada crítica contra algunos de los habituales *tics* de las teorías cognitivas, sin por ello volver al elemento volitivo del dolo, que este autor rechaza, si cabe, con mayor contundencia que las primeras[387]. Ya se ha puesto de manifiesto al analizar los planteamientos de *Jakobs* que, en determinados casos, el significado objetivo de la conducta lleva a considerar desproporcionado su castigo como dolosa, prescindiendo incluso de cuál haya sido la representación del sujeto[388]. *Herzberg* va más allá que *Jakobs* y, si éste pretendía dejar fuera de lo doloso los riesgos sobre los que existe habituación social, el primero excluye también aquellos supuestos en que el sujeto conoce un riesgo que objetivamente se puede calificar de *cubierto*, mientras que se mantienen en el ámbito doloso los casos de conocimiento de riesgo *descubierto no remoto*. Y ello siempre con independencia de las valoraciones acerca del grado de peligro o de las intenciones que haya podido tener al respecto el sujeto[389]. Así, el criterio basado en la *cobertura* del peligro no comporta propiamente ni una ampliación ni una reducción del ámbito de lo doloso en comparación con las teorías más usuales, sino un tratamiento globalmente distinto: se dan casos en que un peligro *descubierto* habría dado lugar sólo a imprudencia desde planteamientos mayoritarios, a causa de la confianza o eliminación mental del riesgo por parte del sujeto; por contra, en casos de peligros *cubiertos Herzberg* excluye siempre el dolo, mientras que las teorías tradicionales lo afirmarían si el autor hubiera conocido el peligro, lo hubiera tomado en serio o hubiera querido su realización en el resultado[390].

Sin embargo, la postura de *Herzberg* también parece presentar algunos puntos problemáticos. En primer lugar, su distinción entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* establece una división demasiado sesgada entre

puede tratarse de un riesgo permitido; cfr. EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 642 (nota 42). Uno de los autores que acoge el criterio del peligro *descubierto* para resolver el caso del SIDA es SCHLEHOFER, *NJW*, 1989, pp. 2019-2020.

[387] Sobre el rechazo a la presencia de posibles elementos volitivos en el dolo, cfr. los sólidos argumentos expuestos, especialmente, en HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 573-575 y 635-638.

[388] Así, aunque JAKOBS, *Derecho penal*, p. 333, rechaza la teoría de *Herzberg*, se muestra de acuerdo con este autor en una idea: «no es posible fundamentar que el conocimiento al que se llega por exceso de escrupulosidad aumente la inculpación, ni que cada vez que el autor sobrepase mínimamente el riesgo no permitido haya de considerarse ello relevante para la decisión».

[389] Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 635-636.

[390] El mismo autor describe el fenómeno: al importar única y exclusivamente el conocimiento de determinados peligros, las intenciones, deseos o valoraciones sobre el riesgo, que en otras doctrinas desempeñan un papel clave, en la de *Herzberg* no tienen trascendencia alguna; cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639.

los riesgos que objetivamente pueden fundamentar el dolo y los que no[391]. En este sentido, existen peligros *descubiertos* ante los que resulta difícil afirmar un comportamiento doloso; éste sería, por ejemplo, el supuesto en que un conductor corta una curva sin visibilidad, de tal modo que sea imposible, en caso de que se avecine otro coche en sentido contrario, que alguno de los dos conductores disponga de tiempo para reaccionar. Es evidente que en este caso el conductor ha creado conscientemente un peligro *descubierto*, pero también lo es que la condena por homicidio doloso resultaría excesiva[392]. Por contra, parece que no habría que renunciar a apreciar tentativa en aquellos casos en que objetivamente existe un *factor de cobertura* del peligro que *ex ante* fue desconocido por el sujeto[393]. En segundo lugar, otro problema evidente de la teoría de *Herzberg* viene dado por la dificultad que comporta establecer, incluso desde un prisma objetivo, cuándo concurre un peligro *descubierto*[394].

[391] Como es obvio, todos aquellos autores que parten de que el dolo tiene un fundamento exclusivamente psíquico critican a *Herzberg* la introducción de criterios objetivos. Según BRAMMSEN, *JZ*, 1989, pp. 79-80, «con su ubicación de la problemática del dolo en el tipo objetivo *Herzberg* se acerca peligrosamente al antiguo *dolus indirectus*». RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 100-101, afirma que objetivizar las situaciones de confianza y prescindir de la vertiente interna del sujeto «puede dar lugar a la sospecha de presunción de dolo» y que no «se entiende que la intención (dolo directo de primer grado) no fundamente "dolo" cuando el peligro está "cubierto"».

[392] En esta línea se dirige la crítica de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 86: «según *Herzberg* la imprudencia grave e incluso la mediana se consideran dolo». Muy problemáticos son también para la teoría de *Herzberg* los casos en que el conocimiento del sujeto debe referirse a una circunstancia preexistente como, por ejemplo, la edad de la víctima en unos abusos sexuales o la ajenidad de una cosa en un hurto. En estos supuestos, *Herzberg* se ve abocado a afirmar siempre la concurrencia de un peligro *descubierto*, porque evidentemente, ni la atención propia ni la ajena (que sí pueden evitar que el riesgo se realice en el resultado) pueden cambiar la edad de un menor o el propietario de una cosa. En todos estos supuestos el autor que actuase en la duda lo haría para *Herzberg* dolosamente, al no existir factores posibles de cobertura del riesgo. Ello parece excesivo en casos en que, por ejemplo, el autor pudo haberse planteado que la víctima era menor, pero, a partir de otros factores objetivos (apariencia física, madurez), haber creído —erróneamente— que era prácticamente imposible que no fuera mayor de doce años.

[393] Por ejemplo, un terrorista coloca una bomba dentro de una bolsa de deporte al lado de una comisaría, pero los policías ven el objeto sospechoso y la desactivan. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 333, critica que «resulta arbitrario diferenciar entre una reducción de peligro que se efectúa antes de la creación de peligro (ejemplo: el autor apunta cuidadosamente antes de lanzar una piedra al lugar situado junto a la cabeza de una persona; no se despejaría el riesgo) y una reducción posterior (ejemplo: la víctima quizá pueda esquivar la piedra; sí se despejaría)». También en sentido crítico afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 86, que la distinción entre peligro *cubierto* y *descubierto* resulta manipulable, en la medida en que en los casos de peligro *cubierto Herzberg* parece sólo fijarse en las circunstancias que fundamentan la cobertura, sin tener en cuenta que éstas pueden estar acompañadas por un número mayor o menor de otras circunstancias que hablen a favor de la no cobertura del peligro y, por contra, cuando presta atención a éstas, *Herzberg* se inclina por afirmar la presencia de un peligro *descubierto*.

[394] Cfr., por ejemplo, el caso planteado por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 234. Idéntica crítica formula RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 101. A ello puede replicarse que tampoco otras cuestiones *objetivas* que se tratan en la teoría del delito están exentas de supuestos-límite, como por ejemplo, la determinación de si un sujeto está o no en posición de garante, o si el riesgo que éste ha creado es o no objetivamente previsible para imputarle el resultado. Así se defiende de estas críticas el propio HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 255 y EL MISMO, *JuS*, 1987, p. 781, donde añade que aun más difícil es diferenciar cuándo el autor ha tomado el riesgo en serio, cuándo se ha conformado con éste, etc. También se critica a *Herzberg* que su distinción basada en la calidad del peligro no es fácilmente trasladable a determinados delitos, como las injurias, las coacciones o la malversación; cfr., en este sentido, WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 227. Esta crítica no es de recibo: igual dificultad plantean estos tipos a las teorías dominantes sobre el dolo: ¿cómo puede tomarse en serio el riesgo de una injuria? ¿cómo puede alguien conformarse con el riesgo de una malversación?

No es correcta, sin embargo, la crítica según la cual *Herzberg* crea un concepto de dolo enteramente objetivo, pues este autor sigue exigiendo el conocimiento del riesgo por parte del sujeto como requisito irrenunciable para la imputación dolosa[395].

D) Peligro de dolo – peligro de imprudencia

Un paso más en los intentos de aportar criterios para, ya en el plano de lo objetivo, distinguir qué riesgos son aptos para fundamentar una imputación dolosa, puede apreciarse en los planteamientos de *Ingeborg Puppe*. Esta autora parte de la idea de que, pese a que prácticamente todas las teorías hacen depender la existencia del dolo de cómo valora el sujeto una situación objetiva de riesgo, en realidad, debe ser «el Derecho y no el autor el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo de que es consciente dicho autor»[396]. La opinión dominante entiende que objetivamente cualquier riesgo es apto para dar lugar a dolo o imprudencia y que la concurrencia de éstos sólo depende de la orientación psicológica con que el sujeto se haya enfrentado a dicho peligro[397]. *Puppe* se declara en manifiesto desacuerdo con este punto de vista: como *Herzberg*, entiende ella que ya en el plano ob-

[395] De ahí que deba juzgarse en principio improcedente la crítica de BRAMMSEN, *JZ*, 1989, p. 79, quien acusa a la teoría de *Herzberg* de acercarse peligrosamente a las presunciones de dolo.

[396] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 61. LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), p. 14: «las teorías de la voluntad y de la representación incurren en un mismo error inicial. Ambas se embarcan en la cuestión de cómo elabora psíquicamente el autor la decisión incorrecta ante un conflicto entre sus objetivos y la integridad ajena jurídicamente protegida. Pero éste es sólo su asunto interno que no concierne al ordenamiento jurídico». En LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, pp. 35-36, esta autora defiende argumentos parecidos a los de *Herzberg*: en la práctica se emplea un concepto de dolo distinto del que se enuncia, que no sólo depende de la subjetividad del autor penal, sino que toma en cuenta factores netamente objetivos.

[397] La exclusiva dependencia de lo psíquico, entiende esta autora, lleva a un Derecho penal del sentimiento o del carácter; cfr. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 5.

jetivo algunos peligros no son aptos para fundamentar una imputación a título de dolo, pues este título de imputación no debe responder a la descripción de una realidad psíquica, sino a una valoración normativa según la cual se entiende que, dados determinados factores objetivos, alguien *quiso* algo[398].

De acuerdo con la perspectiva de esta autora, conviene distinguir entre *peligros (propios) de dolo* y *peligros (propios) de imprudencia*. Según *Puppe*, «un peligro es propio del dolo, cuando observado en sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado» o «una estrategia generalmente apropiada» para dicha causación, afirmaciones que, sin duda, beben de las fuentes del olvidado *dolus indirectus*[399]. Aunque la decisión sobre cuándo concurre un método idóneo es algo que se determina objetivamente, no forma parte, sin embargo, de las intenciones de *Puppe* crear un concepto enteramente objetivo de dolo. En su planteamiento los conocimientos del autor siguen desempeñando un importante papel, ya que «sólo se puede hablar de un método para la causación de un resultado cuando, según los conocimientos de quien emplea tal método, la posibilidad de alcanzar el objetivo sea *relativamente elevada*»[400]. En este sentido, las diferencias del planteamiento de *Puppe* con los postulados dominantes son básicamente dos: primero, según esta autora, no todo comportamiento objetivamente arriesgado sirve para fundamentar una imputación dolosa, y, segundo, no hace falta que el autor valore el riesgo de realización típica, sino que basta con que conozca los factores que lo integran[401].

[398] Cfr. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 14: «lo determinante no es si el autor aprobó o eliminó mentalmente la puesta en peligro o la lesión de la integridad ajena, sino si su conducta, interpretada como la de un ser racional, supone la expresión de tal "aprobación"». Crítico con estos planteamientos, KÖHLER, *Strafrecht*, p. 150 (nota 46), por entender que incurren en una «mera "atribución" objetiva».

[399] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 90-91.

[400] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 92 (cursiva en el original). Esta autora añade que «no se puede decir nada más, en general, sobre la *cantidad de peligro de dolo* ni es posible, en concreto, aportar cuotas de probabilidad. Pero esto no implica deficiencia alguna, pues tampoco en la práctica nos regimos por cuotas de probabilidad, sino según un conjunto de experiencias aprendidas sobre qué métodos sirven para alcanzar determinados objetivos» (cursiva en el original). Respecto a los conocimientos, cfr., también, LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 39: «nos deberemos contentar, en la determinación general del peligro propio del dolo, con un criterio normativo. Sólo concurre dicho peligro cuando los factores conocidos por el autor y por él mismo causados representan una estrategia razonable de causación del resultado».

[401] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 99: «el autor debe conocer tantos factores como sean necesarios para calificar un peligro como propio del dolo, pero no hace falta que valore dicho peligro como un método apropiado para la realización del tipo, pues ésta es una cuestión jurídica y no fáctica. Así, el autor debe ser consciente de que existe un peligro de realización del tipo. Si le falta por cualquier motivo esta consciencia se le puede reprochar ceguera ante los hechos, pero no dolo de realización del tipo».

Una de las conclusiones más interesantes a las que llega *Puppe* es la negación del dolo en los casos en que la probabilidad objetiva de causación de un resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad o de los conocimientos del sujeto:

> el infectado con virus VIH que, una única vez y sin protección, mantiene un contacto sexual consentido, actúa sin duda desconsideradamente con respecto a la vida de su pareja, pero no aplica un método de homicidio, pues existe una probabilidad de contagio inferior al 2%. Por este motivo, no actúa dolosamente aunque esté motivado a actuar por la representación de la posibilidad de infección de su pareja, aunque *quiera* en un sentido corriente que ésta comparta su mismo destino[402].

Cuando los contactos se repitan será posible, no obstante, hablar de una estrategia de causación[403]. El hecho de que la intención psicológica deje de tener sentido en el ámbito de la imputación subjetiva lleva a *Puppe* a abandonar explícitamente la tradicional clasificación tripartita del dolo[404].

Según sostiene esta autora, la principal ventaja de su teoría radica en que con ella se consigue una gran uniformidad en la resolución de los casos, dejando a un lado los inevitables supuestos-límite[405]. Sin embargo, es evidente que el principal punto débil de una perspectiva como ésta se encuentra en el establecimiento de unas reglas claras para determinar en qué casos un hecho puede valorarse como una «estrategia adecuada»[406]: «¿a partir de cuándo, por ejemplo, un acto de estrangulamiento es una estrategia idónea de homicidio?», se pregunta en tono crítico

[402] PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 45 (cursiva añadida). Esta autora (en *NK*, § 15, n.º marg. 91) entiende que la concurrencia de intención por parte del sujeto sólo tiene relevancia cuando se plasma en factores objetivos de peligro: «cuando un buen tirador a una distancia media con un arma bien dirigida dispara contra una persona con la intención de matar, crea un peligro propio de dolo, pero no por sus malas intenciones, sino porque apunta a una zona del cuerpo en la que éste es mortalmente vulnerable». Por contra, cuando la intención actúa sobre un peligro inadecuado para conseguir la causación del resultado, por mucha voluntad en sentido psicológico-naturalista que concurra en el fuero interno del autor, no puede afirmarse el dolo; cfr., LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 111.

[403] Crítico, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 93: «¿tiene que proponerse el autor, cada vez que mantiene contactos sexuales, repetir estos contactos en el futuro?».

[404] PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 63 ss y LA MISMA, *NK* § 15, n.º marg. 144-149, afirma que la intención entendida psicológicamente sólo podría desempeñar un papel en la culpabilidad, pero no en el dolo, pues éste es intención objetivada en la que tienen también cabida los casos tradicionales de dolo eventual.

[405] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 92-93.

[406] La autora aplica su criterio en la resolución de diversos casos; por ejemplo, lanzar un *cóctel Molotov* en un espacio cerrado es un método adecuado para incendiar una casa, pero sólo es un método de homicidio si se dirige contra personas, o si para éstas resulta difícil la salida del inmueble; cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 94 ss. Sin embargo, es imposible aportar un catálogo general de reglas que permita valorar todas las conductas humanas como posibles métodos apropiados (o no) de causación de un resultado.

Schroth, quien entiende que la perspectiva de *Puppe* lleva a juzgar al individuo teniendo en cuenta la figura de un hombre medio racional considerado en abstracto y no la perspectiva del individuo concreto[407]. Otra crítica se puede formular atendiendo al tratamiento legal de la materia, pues en la regulación del error de tipo la ausencia de conocimientos es el único factor que excluye el dolo, sin que se tengan en cuenta criterios objetivos[408]. Finalmente, puede añadirse que el criterio de la estrategia idónea no parece especialmente adecuado para resolver el problema del dolo referido a circunstancias típicas distintas del resultado, como sucede, por ejemplo, en el caso en que el autor duda sobre la edad de su víctima en unos abusos sexuales[409].

Aparte de la posible indefinición que se plantea en el momento de decidir cuándo concurre una estrategia apropiada de causación del resultado, los planteamientos de *Puppe* presentan tal vez su punto más débil en el elemento del conocimiento. En la medida en que se requiere que el juicio de idoneidad del método de causación se lleve a cabo teniendo en cuenta los conocimientos con que cuenta el sujeto activo, no se extiende a este elemento la necesidad de prescindir de lo psicológico y de pasar a lo normativo que sí se postula, por contra, para el elemento de la intención[410]. En este sentido, de la misma manera que se sostiene que el

[407] SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 93-94. La réplica de PUPPE en *NK*, § 15, n.º marg. 95, afirmando que esta crítica «apenas hay que tomarla en serio», porque su teoría resuelve de un modo inequívoco la mayoría de los casos y, si no puede pedirse más a una expresión del lenguaje de la calle, tampoco a un concepto jurídico. Una crítica similar formula LACKNER, *StGB*, § 15, n.º marg. 25, quien entiende que *Puppe* fundamenta el dolo en lo que un hombre racional en lugar del autor se habría representado y no en lo que realmente se representó, que es «lo único capaz de sostener la fundamentación del injusto personal doloso», añadiendo que el criterio sobre lo que es racional también es un criterio inseguro y expuesto a arbitrariedades. A estas críticas puede darse la misma respuesta que a las dirigidas contra *Herzberg* (cfr. *supra* IV.2.C).

[408] Así, RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 5b, afirma que «la distinción entre peligros de dolo y peligros de imprudencia contradice la ley, puesto que el § 16 parte claramente de que los peligros no permitidos exigidos por el delito doloso y por el delito imprudente son idénticos» y, por tanto, la diferencia entre el dolo y la imprudencia debe buscarse en la perspectiva subjetiva del autor. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Francfort d.M., 1993, p. 357, afirma que «la evidente atribución de responsabilidad subjetiva en función del grado "objetivo" de peligro resulta profundamente injusta y contradice el principio de reprochabilidad individual». Según RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza"», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 278, otro problema de la teoría de *Puppe* viene dado por el hecho de «prescindir de la contraposición entre una relación y su objeto de referencia», al trasladar el problema de la imputación subjetiva al ámbito de lo objetivo.

[409] Cfr. la respuesta de la autora a esta crítica en PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 103, abandonando para estos casos el criterio de la idoneidad del método empleado y acogiendo la exigencia de una representación de probabilidad.

[410] Probablemente, el que esta autora no dé el último paso para la plena normativización se debe a que según ella el conocimiento ajeno es una realidad a la que «por principio se puede acceder en el ámbito del juicio oral», mientras que sobre los sentimientos del autor «sólo se puede especular»; cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 120 y LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), p. 37. Una afirmación, por lo demás, harto discutible (cfr. *infra* VII).

dolo es intención objetivada, podría también afirmarse que es realización consciente objetivada de un tipo penal, de tal modo que la normativización sería completa. Al no dar este último paso, la teoría de *Puppe* no consigue liberarse por completo de la dependencia de datos psicológicos.

E) Balance

Tal vez el principal mérito que quepa atribuir a las *voces discordantes* que representan en la actualidad *Jakobs, Herzberg y Puppe* sea el de poner en evidencia algunos defectos bastante habituales de las teorías dominantes. Así, es indiscutible que ante determinados riesgos éstas muestran una sospechosa facilidad para negar que el sujeto haya contado con los conocimientos necesarios para la imputación dolosa, lo que permite cuestionar que realmente la afirmación del dolo esté exclusivamente en función de la subjetividad del autor penal. También es indudable que, en las teorías que conforman el *consenso divergente,* la imputación dolosa depende de ciertos fenómenos psicológicos («tomar en serio», «confiar», «aprobar», «eliminar mentalmente») cuya existencia práctica es dudosa y cuya determinación procesal se antoja muy a menudo irrealizable. Sin embargo, los planteamientos de *Jakobs, Herzberg* o *Puppe* no pueden calificarse en modo alguno como enteramente objetivos, pues todos ellos siguen exigiendo que el sujeto cuente con ciertos conocimientos sobre el riesgo creado. En este sentido, es posible afirmar incluso que sus teorías tienen un efecto fundamentalmente restrictivo del ámbito de lo doloso, en la medida en que consideran que determinados comportamientos resultan objetivamente inidóneos para fundamentar una imputación a título de dolo, sin que tenga importancia alguna la vertiente psicológica del individuo en el momento de llevarlos a cabo. Con ello se disipa el temor de que la objetivación suponga necesariamente en este ámbito una ampliación punitiva.

Sin embargo, los planteamientos de estas tres *voces discordantes* no parecen hallarse libres de problemas: en primer lugar, la distinción de *Herzberg* entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* llega a resultados poco satisfactorios en supuestos como el del conductor que invade el carril contrario en una curva a tal velocidad que resulta imposible cualquier reacción (peligro *descubierto*) para el caso de que se aproxime otro coche en sentido opuesto[411]. En segundo lugar, *Jakobs* pasa por alto que, si

[411] Cfr. *supra* IV.2.C.

bien en las conductas en que existe una habituación al riesgo lo normal es que el sujeto juzgue improbable la realización del tipo o que, si la juzga probable, ello no trascienda, pueden darse sin embargo casos en que un individuo se valga de dichos riesgos para realizar de modo consciente un determinado tipo y, si tal consciencia es de algún modo constatable, no parece conveniente descartar la posibilidad de una imputación dolosa[412]. Finalmente, la principal debilidad de la teoría de *Puppe* es similar a la de *Jakobs*: algunos métodos en general inapropiados para producir un determinado resultado pueden llegar a verse como idóneos en función de ciertas representaciones del sujeto que los ha empleado, si éstas llegan a trascender de algún modo[413].

Todas estas críticas pueden resumirse en una sola: los anteriores autores pretenden convertir en regla general e inderogable lo que simplemente es habitual en la práctica, esto es, que determinadas conductas se realicen sin consciencia de su concreta peligrosidad o que, en el plano objetivo, no aparenten ser la realización voluntaria de un tipo penal. Sin embargo, este modo de ver las cosas pasa por alto que, ocasionalmente, ciertos datos que por regla general se mantienen ocultos en el fuero interno del sujeto pueden trascender y hacerlo de tal forma que la valoración del hecho cambie.

> *Por ejemplo,*
> *Una colisión entre vehículos de la que resultan muertes sólo llevará, por regla general, a apreciar un delito imprudente. Sin embargo, la valoración de este hecho cambia si, por ejemplo, el causante del accidente declara ante el tribunal que le juzga que embistió al otro coche de forma perfectamente consciente a consecuencia de un ataque de sadismo.*

Es indudable que el hecho de que determinadas realidades subjetivas lleguen a conocerse modifica la valoración que merece un comportamiento. Sin embargo, ésta es una realidad que pasan por alto los autores analizados en este apartado: en la medida en que declaran que algunos riesgos son objetivamente inidóneos para una imputación dolosa, éstos deberán seguir siéndolo incluso cuando, como en el ejemplo, el individuo revele determinados datos de su subjetividad. Cierto es que ello sucederá muy pocas veces en la práctica, pero la posibilidad teórica existe y ésta no puede pasarse por alto en el momento de las construcciones conceptuales.

Los anteriores problemas hacen imposible que se considere como totalmente correcto alguno de los tres planteamientos expuestos. Sin embargo, las críticas que estos autores dirigen a las teorías dominantes no deben caer en saco roto y serán tenidas muy en cuenta en momentos

[412] Cfr. *supra* IV.2.B.
[413] Cfr. *supra* IV.2.D.

posteriores de este trabajo. En este sentido, puede ya anticiparse que la orientación básica que se desprende de los planteamientos de las *voces discordantes* se considera correcta en lo fundamental: la cuestión del dolo sólo puede solucionarse renunciando al psicologicismo y acogiendo con firmeza una opción valorativa. A esta cuestión se dedicará la Segunda Parte de este trabajo, después de formular, en el siguiente Capítulo, algunas conclusiones acerca del concepto de dolo.

V. RECAPITULACIÓN

Esbozado a grandes rasgos el desarrollo histórico del concepto de dolo y expuesto de un modo más detenido el estado actual de la discusión, es posible ya formular una serie de conclusiones. Esta tarea debe llevarse a cabo en tres grandes pasos:

1.º) Dado que ninguna de las propuestas teóricas que las *voces discordantes* ofrecen para superar los enfoques tradicionales de la problemática del dolo parece por sí sola convincente, deberá regresarse al *consenso divergente* como punto de partida. Como se ha puesto de relieve, las *divergencias* en el ámbito de dicho *consenso* tienen una naturaleza más terminológica que sustancial: ello debe hacer posible encontrar denominadores comunes entre todas las teorías que lo integran y, con base en dichos denominadores, debe poder extraerse una definición inicial de dolo.

2.º) Una vez aislados los denominadores comunes del *consenso*, la definición de dolo que se asiente sobre ellos deberá ser sometida a diversas pruebas. En primer lugar, debe comprobarse que esta definición resulte conforme con el texto de la ley. Seguidamente, debe mostrarse que el concepto de dolo obtenido está en condiciones de referirse adecuadamente a todos los elementos que integran el tipo objetivo como punto de referencia del tipo subjetivo. Finalmente, debe acreditarse que con dicho concepto se consigue trazar una frontera entre los conceptos de dolo e imprudencia con la que puede explicarse, en términos preventivos, el diferente tratamiento penológico entre realizaciones delictivas dolosas e imprudentes.

3.º) En tercer lugar, conviene poner de manifiesto cuáles son los puntos problemáticos que plantea el concepto de dolo obtenido, para lo que deben tenerse especialmente en cuenta las críticas formuladas por las aquí denominadas *voces discordantes*.

V.1. BÚSQUEDA DE DENOMINADORES COMUNES

La búsqueda de comunes denominadores dentro del *consenso divergente* es un objetivo que puede alcanzarse analizando sucesivamente dos cuestiones: en primer lugar, debe establecerse sobre qué puntos del *consenso* existe unanimidad incluso en el aspecto terminológico. De este modo podrán fijarse una serie de *denominadores comunes iniciales*. En segundo lugar, procede analizar si los elementos de la definición de dolo sobre los que no existe acuerdo terminológico realmente aportan algo sustancial que vaya más allá de los denominadores comunes previamente aislados. Si la respuesta a esta cuestión tiene carácter negativo, será posible formular el concepto de dolo en que se asienta el *consenso divergente*. Éste deberá ser sometido a ulteriores análisis de acuerdo con el esquema planteado en el apartado anterior.

A) Puntos de unanimidad en el consenso divergente

Dentro del *consenso divergente* se observa indiscutible unanimidad en la apreciación de dos concretas cuestiones: en primer lugar, se sostiene por principio que la concurrencia de dolo depende de la subjetividad del autor penal en el momento de realizar el comportamiento típico. Por consiguiente, es éste un concepto que tiene como presupuesto aplicativo la concurrencia de determinados *fenómenos de naturaleza psicológica*[414]. Respecto al contenido específico de estos factores, existe también acuerdo en que para la concurrencia de dolo hace falta que, al actuar, el sujeto se represente *un determinado grado de riesgo de realización de un tipo penal* (elemento intelectivo o cognitivo), mientras que se dejan para el ámbito de la imprudencia los casos en que el sujeto no aprecia peligro alguno, sólo aprecia un nivel irrelevante de riesgo, o no proyecta a su comportamiento específico la representación de unos riesgos que sí conoce en abstracto. Éstos son, por tanto, los puntos sobre los que existe acuerdo doctrinal, es decir, los *denominadores comunes iniciales* del *consenso*.

Por contra, las primeras *divergencias terminológicas* se observan cuando se intenta aportar una expresión que defina adecuadamente las características que debe reunir la representación del sujeto activo para que éste actúe dolosamente. En este sentido, algunos autores recurren a fórmulas como «representarse la posibilidad de realización del tipo» o

[414] Así, por todos, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636: «pese a toda la discusión existe, sin embargo, unanimidad sobre el hecho de que es *en la cabeza* del autor donde se decide si concurre dolo o imprudencia consciente» (cursiva en el original). En idéntico sentido, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 52 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 3. Cfr., igualmente, *supra* III.3.D.

«conocer el riesgo relevante de lesión del bien jurídico», mientras que otros prefieren emplear expresiones como «tomar en serio el riesgo o la posibilidad», «contar con ellos», o «tener por no improbable la producción de consecuencias accesorias»[415]. La solución para este primer *litigio terminológico* debe plantearse una vez analizada la posible concurrencia, junto a este elemento intelectivo, de algún otro requisito conceptual, pues no puede descartarse que la eventual exigencia de un segundo elemento repercuta sobre la configuración del primero.

B) ¿Ulteriores elementos en la definición de dolo?

A la anterior exigencia de un factor intelectual-cognitivo algunos autores añaden la de un elemento emocional-volitivo que, en el ámbito del dolo eventual, se traduce en la exigencia de *conformidad*, *aceptación*, *resignación* o *aprobación en sentido jurídico* por parte del sujeto con respecto a la peligrosidad de su conducta o a la producción de un determinado resultado. Sin embargo, y como ya se ha expuesto, tales elementos no parecen tener una sustantividad propia como en la antigua teoría del consentimiento, sino que se muestran como requisitos hasta tal punto vacíos que la única explicación plausible que puede encontrarse a su mantenimiento es que algunos autores pretendan aferrarse a toda costa a la idea de que el dolo exige conocimiento y voluntad[416].

En este punto conviene reiterar dos ideas ya expuestas: en primer lugar, que la equiparación del «conformarse» y similares con el «querer» es más que discutible y que la exigencia de tal elemento volitivo ni siquiera se plantea cuando el sujeto actúa en la certeza de que va a causar un determinado resultado (dolo directo de segundo grado)[417]. En segundo

[415] Se considera superada, por los motivos ya expuestos *supra* II.3, la idea de que para la concurrencia de dolo hace falta que el sujeto se represente el resultado como probable, entendido este término en el sentido de «preponderantemente probable» o, más expresivamente, como representación de una probabilidad de realización del tipo superior al 50%.

[416] Así, afirma JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331, que exigir junto al elemento intelectual del dolo un «conformarse» o una «aprobación en sentido jurídico» resulta «inocuo», aunque sea erróneo desde un punto de vista teórico. La vacuidad de estos elementos encuentra un buen ejemplo en la definición de dolo defendida por CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 84, quien entiende que lo propio del dolo eventual es la indiferencia del sujeto ante la realización del tipo, actitud emocional que este autor deduce del hecho de que dicho sujeto haya actuado pese a representarse la posibilidad de que el tipo pudiera realizarse. Como afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 35, «una fórmula que no tiene ningún sentido no puede aplicarse de otra manera que no sea formalmente».

[417] Sobre la imposibilidad de reconducir el «conformarse» al «querer», cfr. KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 24. Sobre la no exigencia de un elemento volitivo en el dolo directo de segundo grado, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 325: «al igual que tales actitudes —en tanto que más que meras florituras retóri-

lugar, la autonomía conceptual de dicho «conformarse» se ve aun menos clara cuando en la práctica se sostiene que el sujeto que conoce un riesgo (elemento cognitivo del dolo) y sin embargo actúa (acción) por fuerza debe conformarse con la realización del tipo[418]. ¿Cómo no va a conformarse quien, pese a haberse representado de modo claro un riesgo, no ha encontrado en tal representación un motivo suficiente para dejar de realizar una acción peligrosa?[419]. Si se defiende un concepto de dolo en que prime la sencillez terminológica, por fuerza debe prescindirse de unos elementos que no añaden por sí mismos nada distinto a lo que ya aporta la concurrencia de una acción voluntaria en representación de un determinado nivel de riesgo[420].

cas, sean posibles en la práctica— carecen de función en la actuación a sabiendas, tampoco la tienen en el dolo eventual». En idéntico sentido, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 32.

[418] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 262, afirma que cuando un sujeto parte de que existe una posibilidad real de acaecimiento de un resultado y, sin embargo, actúa, no es imaginable otra cosa: «debe conformarse con la producción del resultado, debe haberse resignado a ella para la consecución de su objetivo, debe haber estado de acuerdo con ella». Contundente en este mismo sentido, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 638. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 165-166, admite este planteamiento para los delitos de peligro concreto: «tal decisión de actuar pese a la representación del concreto peligro es expresión por sí sola —aquí sí— de la "decisión contra el bien jurídico" característica del dolo. Ante una representación como ésta el sujeto no puede hacer otra cosa que consentir, aceptar o conformarse con la puesta en peligro concreto, pues no tiene posibilidad alguna de confiar fundadamente en la no producción del peligro mismo». Si los delitos de peligro concreto también son delitos de resultado, ¿por qué no deben igualmente servir estos atinados razonamientos para los tipos de lesión? Sin embargo, para estos últimos RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ibidem*, p. 103, exige además un elemento de corte volitivo.

[419] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 246 y 249. Estas ideas se reflejan de modo especialmente evidente en la STS de 20 de diciembre de 1996 (A 9034, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se afirma que el «consentimiento» se da «por presunto desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción». H. MAYER, *Strafrecht*, p. 123, interpreta el requisito del «conformarse» como una concesión a las teorías intelectuales: «psicológicamente es difícilmente imaginable que alguien que cuenta con una posibilidad y a la vista de ello actúa, sin embargo, no se "conforme" con tal posibilidad». Una muestra especialmente clara de la vacuidad del elemento volitivo del dolo eventual en la STS de 10 de febrero de 1986 (A 583, ponente García Miguel): «es incuestionable que quien golpea fuertemente en la cabeza a una persona con un martillo "grande de los empleados para reapretar los aros de los toneles", no puede desconocer que la muerte es la consecuencia normal de su acción cuya producción previsible acepta».

[420] Entiende KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 23, que si la previsión es siempre el indicio que en la práctica permite afirmar la conformidad, llega un momento en que lo que es indicio y lo que es concepto se confunden. En sentido similar, HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 192. En España afirma BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, p. 228, que la exigencia de un elemento volitivo en el dolo eventual resulta superflua, «dado que es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos, tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado». Cfr., igualmente en este ámbito, las consideraciones de CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, pp. 507-508: «el autor que ha querido realizar las circunstancias que constituyen un tipo objetivo de injusto, que se ha representado, ha actuado dolosamente, sin que importe que ese autor haya *querido* o no realizar el tipo de injusto o lesionar el bien jurídico protegido» (cursiva en el original).

[421] Así el BGH en la sentencia sobre el «Caso del SIDA» (BGHSt, vol. 36, pp. 9-10). Cfr., igualmente, MEYER-GOßNER, «Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht», *NStZ*, 1986, p. 50.

[422] En este sentido se pronuncia, por ejemplo, WELZEL, *Derecho penal*, p. 84, cuando afirma, en referencia a la confianza, que ésta «tiene su límite en el momento en que el actor cuenta con la producción del peligro. Entonces el actor sólo podrá "esperar" pero no "confiar en" que el resultado no se produzca». En idéntico sentido la intervención de este autor ante la *Große Strafrechtskommission* (*Niederschriften*, vol. XII, p. 108).

Otro aspecto especialmente litigioso de la discusión viene dado por la relevancia que debe atribuirse a la *confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse*. En este sentido, existe un amplio acuerdo en que, por regla general, no es tan grave la conducta de quien realiza un determinado tipo habiendo confiado en que tal realización no llegara a producirse, como el comportamiento de aquél que, ya de entrada, ha actuado sin tan siquiera confiar en una no realización. Sin embargo, también es cierto que la mayor parte de los autores que defienden la idea de que la confianza excluye el dolo no están dispuestos a admitir tal efecto excluyente en todos los casos posibles y, en este sentido, en algunos supuestos se habla de *meras esperanzas* irrelevantes. En otros casos, esta distinción se expresa con la dicotomía *confiar seriamente* o *confiar vagamente*[421]. Lo que conviene delimitar cuidadosamente en este ámbito es dónde acaba la «auténtica» confianza y en qué punto empiezan las meras esperanzas o la confianza «vaga».

Los autores que plantean la citada distinción se sirven del elemento cognitivo del dolo como criterio para medir la relevancia de la confianza: existe confianza relevante cuando el riesgo advertido no tiene una especial entidad, mientras que sólo concurren meras esperanzas en aquellos supuestos en los que permanece la representación de un nivel considerable de riesgo[422]. Ello permite afirmar que la confianza en cuestión no tiene una autonomía conceptual propia, sino que su capacidad para excluir el dolo depende siempre del grado de representación que subsiste: si la confianza tuviera dicha autonomía, debería llevar a excluir el dolo incluso en los casos en que el sujeto se representara un riesgo de ingentes proporciones, incluso en el dolo directo de segundo grado, algo a lo que, desde luego, nadie está dispuesto.

La negación de autonomía conceptual a la confianza no tiene por qué implicar que este fenómeno deje de tener incidencia alguna sobre la cuestión del dolo; lo que sucede simplemente es que los efectos de dicha incidencia se hallan subordinados al *saldo final* de representación que el sujeto conserva: la confianza sólo será relevante en aquellos casos en que incida de tal modo en la representación del sujeto que ya no se col-

men las exigencias del elemento cognitivo del dolo[423]. Algo que, por otra parte, admiten de modo más o menos explícito las teorías denominadas «intelectuales» cuando atribuyen la capacidad de excluir el dolo a fenómenos como el *tomar el riesgo a la ligera* o a la *eliminación mental*[424]. Incluso entre los autores que entienden que la diferencia entre confianza y meras esperanzas debe medirse por la racionalidad objetiva de estos fenómenos, se aprecia una vinculación implícita al saldo final de representación: el criterio fundamental para decidir si una confianza puede o no considerarse racional es el grado de peligro que sigue representándose el sujeto[425]. Cierto es que subsiste el problema que plantean aquellos supuestos en que la confianza (irracional) conduce a que el sujeto deje de apreciar riesgo alguno, pero, en tal caso, se está ante una

[423] Esta idea se vincula en lo esencial a JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1993, p. 271 (se recurre aquí, excepcionalmente, al original alemán): no es que determinados fenómenos como la confianza no tengan trascendencia alguna para el dolo, sino que dicha trascendencia les viene dada por su incidencia sobre el grado de representación del sujeto, pues «la teoría intelectual no debe entenderse en el sentido de que el dolo sea una situación psíquicamente dependiente sólo del intelecto». Por este motivo en EL MISMO, *Derecho penal*, p. 329, se admite que, en el fondo, su propia teoría (cfr. *supra* IV.2.B) no se halla lejos de las que exigen para el dolo que el sujeto «se conforme» o «no confíe». Sin embargo, estas últimas concepciones «subestiman la repercusión de la ligereza, la represión de los escrúpulos, etc., sobre el aspecto intelectual, intentando por ello definir la seriedad del juicio de otro modo distinto, lo cual lleva en seguida a dificultades cuando se puede verificar un juicio serio pero ninguna "actitud" posterior». Cfr., igualmente, la vinculación entre confianza y representación establecida, aunque discrepe de ella, por DE FRANCESCO, *RIDPP*, 1988, pp. 124-125.

[424] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 249-250. Discrepa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 103, quien, haciendo referencia al elemento volitivo «conformarse» - «confiar en», sostiene que «las modernas teorías cognitivas que renuncian a ese elemento volitivo, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor, fundamentando en ella la diferenciación, no hacen sino reconducirlo al conocimiento, lo cual implica una rechazable deformación conceptual, pero, en el fondo no cambia nada». No se comprende la crítica de esta autora: en coherencia con su planteamiento, debería demostrarse que el «conformarse» o la confianza no son reconducibles al conocimiento, para así acreditar su autonomía conceptual y la necesidad de su formulación expresa y separada. Desde el momento en que se admite que tales elementos son reconducibles al conocimiento y «en el fondo no cambia nada», lo que debería justificarse es por qué añadir elementos adicionales a la representación si, en realidad, de ésta es de lo que en última instancia depende que se afirme o no el dolo del sujeto.

[425] Así, LUZÓN PEÑA, *PJ*, 23 (1991), p. 94. Aunque este autor defiende criterios de racionalidad media para determinar en qué casos la confianza excluye el dolo, en realidad todo indica que tal relevancia depende del grado de peligro que el sujeto se siga representando. A modo de ejemplo, este autor acepta que la confianza excluye el dolo en los casos de contactos sexuales llevados a cabo por seropositivos cuando éstos hayan empleado medios de contención del peligro (habitualmente preservativos). Sin embargo, quien emplea un preservativo por regla general entenderá que el peligro de contagio es menor que en caso de no emplearlo, con lo que, en realidad, se otorga relevancia a la confianza cuando ésta lleva a que alguien se represente un peligro de menor entidad.

dificultad que también afecta a los conceptos meramente intelectuales de dolo[426].

Consideraciones muy similares merece la capacidad que, para excluir el dolo, puede tener una eventual *voluntad de evitación* de la realización del tipo por parte del sujeto. Tampoco este elemento parece contar con una autonomía conceptual propia, pues a aquél que quiere evitar sólo se le acepta tal voluntad como fenómeno que excluye el dolo cuando atribuya a sus intentos de evitación la capacidad de impedir la realización del tipo. Dicha atribución no indica otra cosa que la confianza del sujeto en poder evitar que el tipo se realice, referida en este caso al éxito de su acción evitadora[427]. En este sentido, lo expuesto acerca de la confianza resulta perfectamente trasladable a los casos en que concurra una voluntad de evitación, lo que en última instancia demuestra que ésta sólo puede excluir el dolo si repercute de tal modo en el elemento de la representación que el sujeto ya no se presenta el riesgo de su conducta en el grado que el dolo exige[428]. El sujeto que quiere evitar sólo deja de actuar dolosamente cuando confía de tal modo en su acción de evitación que ya no se representa el grado de riesgo necesario para el dolo, pues de lo contrario su voluntad de evitación sólo se traduce en unas meras esperanzas irrelevantes[429].

Por todos estos motivos puede afirmarse que la exigencia de elementos adicionales a la representación del sujeto por buena parte de los autores que se inscriben en el *consenso divergente* no va más allá de lo meramente terminológico: *el saldo final de representación con que actúa*

[426] Cfr. *infra* V.3.A.

[427] Algo que se aprecia de modo evidente en los planteamientos de KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 70, cuando este autor exige que el sujeto atribuya a su comportamiento una auténtica capacidad de evitar el resultado. Si tal atribución se lleva a cabo, ésta por fuerza tiene que repercutir sobre el *saldo final* de riesgo que se representa el sujeto. Cfr. también sobre este punto, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 328 y 332 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 13-15.

[428] En este ámbito debe hacerse referencia, como ejemplo paradigmático, al llamado «Caso Hipercor» (sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional 49/89 de 14 de octubre): unos terroristas colocan un coche-bomba en el aparcamiento de un hipermercado. Unos minutos después llaman por teléfono a la policía anunciando la presencia de la bomba, en lo que podría interpretarse como una maniobra tendente a la evitación del resultado. Sin embargo, el coche-bomba estalla y mueren varias personas. Parece evidente que en este caso los terroristas no dejaron de representarse que la policía podía no llegar a tiempo para desactivar el artefacto y, por tanto, que seguía existiendo un riesgo relevante de producir muertes, lo que resulta suficiente para que tales resultados sean imputados a título de dolo. Cfr., al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 424-426. Sobre la vinculación entre voluntad de evitación y representación, cfr. FRISCH, *NStZ*, 1991, pp. 24-25.

[429] Como entiende PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 47, dotar de sentido autónomo a la voluntad de evitación sólo se entiende en aquellas teorías que consideran que la manifestación de tal voluntad es prueba de que el sujeto no deseaba el resultado, es decir, en la teoría del consentimiento.

dicho sujeto es el criterio que en realidad permite afirmar si en un supuesto concurre o no dolo.

C) La representación necesaria para el dolo

Una vez aislados la representación o el conocimiento del sujeto como fenómenos sobre los cuales, más allá de las apariencias terminológicas, las teorías actualmente imperantes construyen su concepto de dolo, conviene determinar ahora qué grado de conocimiento debe concurrir en un comportamiento para que, según estos puntos de vista, deba ser considerado una realización delictiva dolosa.

Los tipos penales contienen, en su vertiente objetiva, dos clases de realidades: algunas circunstancias integrantes del tipo ya existen en el momento en que el sujeto lleva a cabo su acción. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la edad de la víctima en unos abusos sexuales o con la ajenidad de la cosa en un hurto. En estos casos el dolo depende, por principio, de que el sujeto conozca estas circunstancias preexistentes en el momento de actuar. Por contra, otros elementos del tipo objetivo se plantean como realidades futuras, en la medida en que todavía no tienen existencia propia cuando el sujeto lleva a cabo su acción. Básicamente es esto lo que sucede con el resultado en los delitos que lo contienen en su descripción típica, pues precisamente lo propio de todo resultado es surgir como efecto separado espacio-temporalmente de un determinado comportamiento[430]: quien todavía está matando no puede ya *conocer* el cadáver de su víctima. Lo que todavía no existe se puede prever, pero no conocer[431].

El conocimiento de las circunstancias típicas puede revestir fundamentalmente dos formas. En primer lugar, existen situaciones en que un sujeto considera *segura* la existencia de determinados hechos o circunstancias o prevé, también como seguro, que un resultado va a producirse

[430] Cfr., sobre esta cuestión, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 200.

[431] En este sentido, cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241; SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), p. 281 y CEREZO MIR, *Curso*, pp. 124-125, quien exige conocimiento de las circunstancias preexistentes y previsión del resultado. En contra DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 294, quien afirma que el terrorista «que dispara a una persona previamente maniatada en la nuca, es obvio que sí conoce el resultado de su acción en el momento de dicha acción, pues entre una y otra transcurren milésimas de segundo. Hacer una distinción basada en milésimas de segundo resultaría absurdo». Sin embargo, la afirmación de que el resultado se deriva *después de* unas milésimas de segundo (o aunque fueran millonésimas), significa que, *antes de* que éstas transcurran, el resultado no existe y lo que no existe no se puede conocer, sino sólo prever. También defiende la necesidad de que el sujeto conozca el resultado LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 411.

(*conocimiento cierto*)[432]. Esta forma de conocimiento puede referirse tanto a realidades preexistentes como futuras, lo que sucede por ejemplo, cuando alguien se apodera de una cosa y sabe con seguridad que ésta pertenece a otra persona (*conocimiento cierto de hechos preexistentes*), o cuando alguien dispara contra otro en la certeza de que va a provocar su muerte (*previsión del seguro acaecimiento de hechos futuros*). Respecto a estos supuestos la doctrina está de acuerdo en que el dolo del autor abarca las circunstancias de este modo conocidas y, así, se suele hablar de *dolo directo de segundo grado*[433]. Al igual que estas últimas situaciones, los casos de *absoluto desconocimiento o imprevisión* tampoco plantean problema alguno, siendo evidente que las circunstancias del tipo que resulten totalmente desconocidas o que no hayan sido en absoluto previstas por un sujeto en el momento de actuar no pueden serle imputadas a título de dolo.

Una segunda situación posible se da en aquellos casos en que el sujeto activo *no está seguro* de la existencia o acaecimiento, respectivamente, de ciertas circunstancias presentes o futuras, pero tampoco puede afirmarse que las ignore en absoluto, esto es, los supuestos de *conocimiento incierto*. Éste es, por ejemplo, el caso en que el autor duda sobre la edad de la víctima de unos abusos (*conocimiento incierto de hechos presentes*), o en que alguien hiere a otra persona con un arma blanca sin estar seguro de que acabe causando una muerte (*previsión del incierto acaecimiento de hechos futuros*). Es en este ámbito donde debe trazarse la frontera entre el conocimiento que sólo puede fundamentar imprudencia y el que lleva a considerar que la circunstancia conocida de modo incierto ha sido abarcada dolosamente.

Para decidir qué casos de conocimiento incierto deben integrarse en el ámbito de lo doloso, los autores que se inscriben en el *consenso divergente* emplean distintas expresiones. En este sentido, y según el autor del que se trate, para que concurra dolo se formula la exigencia de que un sujeto haya «contado con» la realización de un tipo, de que se haya representado «la concreta posibilidad» o la «no improbabilidad» de dicha realización, o bien, que haya «tomado en serio» o «haya conocido» el riesgo de que el citado tipo se pudiera realizar[434]. Todos estos planteamientos presentan un *denominador común:* la exigencia de que *un sujeto atribuya a su concreto comportamiento la capacidad de realizar un de-*

[432] Sobre la distinción entre conocimiento cierto («tener por seguro») y conocimiento incierto («tener por posible»), cfr. SAMSON, «Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht», *JA*, 1989, p. 450; SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 30; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 144 y SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241.

[433] Cfr. *supra* I.3.

[434] Cfr. *supra* III.2 y III.3.A.

terminado tipo penal[435]. Así, en los tipos resultativos no basta con que dicho sujeto sepa que en abstracto determinados comportamientos son peligrosos, sino que es necesario que tal conocimiento se proyecte sobre la específica conducta que se está realizando mediante lo que puede denominarse un *juicio de atribución de concreta capacidad lesiva*[436].

Por lo demás, las diferencias parecen meramente terminológicas: la expresión «representación del riesgo» se ajusta tal vez mejor a la idea de previsión del resultado, mientras que las expresiones «conocimiento de la posibilidad o de la no improbabilidad» abarcan más adecuadamente la forma de conocimiento que el dolo requiere con respecto a circunstancias preexistentes[437]. La única expresión que resulta un tanto desafortunada es la que exige que el sujeto «tome en serio» el riesgo o la posibilidad de realización del tipo, pues con ella parece dejarse a la libre voluntad del individuo la decisión entre atribuir importancia al riesgo que ha conocido o minusvalorarlo. Este punto de vista no parece admisible para fundamentar el dolo: quien ha atribuido una concreta aptitud lesiva a su conducta no puede sostener válidamente que, por haber tomado tal aptitud a la ligera, ésta dejó de formar parte de los posibles desenlaces previstos de su actuación[438].

[435] La idea de «atribución», en su caso referida a la peligrosidad de la conducta, coincide con planteamientos de FRISCH, *NStZ*, 1991, p. 26 o KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 74. Interesante también en este punto BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112 ss, quien define el error como «la divergencia entre la representación subjetiva personal del agente, acerca de la situación y/o de la idoneidad lesiva de su conducta, y la representación que el espectador objetivo *ex ante facto* se forme, en el contexto concreto, conforme a leyes, acerca de la situación o acerca de la idoneidad lesiva de la conducta del agente». En sentido inverso, el dolo debe definirse como el correcto conocimiento de la situación en que una conducta se lleva a cabo y de la idoneidad lesiva de ésta.

[436] Esta exigencia puede vincularse a algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 24 de octubre de 1989 (A 7744, ponente García Ancos), que parte de la denominada «teoría de la peligrosidad», «que distingue entre peligro representado "en abstracto" y peligro representado "en concreto", pudiéndose hablar en el primer supuesto de simple acción culposa y en el segundo de delito con dolo indirecto [entiéndase "eventual"]». Ver también las SSTS de 27 de octubre de 1993 (A 7874, ponente De Vega Ruiz) —«la representación de un *peligro concreto* determina el dolo indirecto, en tanto que la representación del peligro abstracto desemboca en la simple acción culposa» (cursiva en el original)— y de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente De Vega Ruiz).

[437] La idea de la coincidencia terminológica también en HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 259, quien considera que es indiferente hablar de conocimiento del riesgo o de la concreta posibilidad.

[438] Clarísimo JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 329-330: «el autor que decide seriamente no puede disponer con independencia de ello sobre un resignarse, un no tomar en serio o algo similar». Contundente también FRISCH, *JuS*, 1990, p. 366. Igualmente PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 12-13: en algunos casos el hecho de que un sujeto conozca un riesgo, pero no lo tome en serio, no es más que la muestra de la indiferencia de dicho sujeto hacia el bien amenazado; debe plantearse si semejante indiferencia justifica una pena inferior cuando el conocimiento subsiste.

En conclusión, puede afirmarse que el denominador común básico de las teorías que se inscriben en el consenso divergente se basa en la idea de que *concurre una realización dolosa cuando el sujeto actúa pese atribuir a su concreta conducta la capacidad de realizar un tipo penal.* Seguidamente debe analizarse si un concepto intelectual del dolo como éste satisface las exigencias básicas que todo concepto de dolo debe cumplir.

V.2. CONCEPTO INTELECTUAL DE DOLO: REQUISITOS BÁSICOS

La primera exigencia que debe cumplir todo concepto de dolo pasa, como es evidente, por su adecuación al texto de la ley. En otro Capítulo de este trabajo ya se ha puesto de manifiesto que el Código Penal español no contiene definición alguna del dolo, y que sólo es posible deducir una exigencia legal mínima para este concepto a partir del art. 14.1 CP, regulador del error de tipo: para el dolo es necesario un cierto grado de conocimiento correcto de la realidad[439]. Este requisito se cumple sobradamente por el concepto de dolo expuesto en el anterior apartado, pudiéndose sostener incluso que tal concepto parece encajar más adecuadamente con la fragmentaria regulación legal sobre la materia que la habitual afirmación de que el dolo es «conocer y querer». En este sentido, se cuestiona *Silva Sánchez* que, si el dolo debiera contener un querer adicional al conocimiento, «¿por qué habría de excluirlo sólo el error de tipo (causa de exclusión del conocimiento) y no además unas "causas de exclusión de la voluntad"?»[440].

La segunda exigencia que debe cumplir el concepto de dolo expuesto es la capacidad de extenderse a todos los elementos del tipo objetivo en tanto que punto de referencia del tipo subjetivo. La reducción del dolo al denominador común del conocimiento presenta la notable ventaja de que crea un concepto que puede hacerse extensivo a la totalidad de tipos penales y de las circunstancias que los integran, ya sea en forma de conocimiento *stricto sensu* o de previsión. Por contra, quienes defienden que la voluntad debe ser un elemento del dolo, olvidan a menudo que ésta no tiene un papel claro en relación con un elevado número de tipos penales: ¿qué papel desempeña, por ejemplo, la voluntad del sujeto en un hurto (el autor se apodera de una cosa que sabe que es ajena) o en unos abusos sexuales (el autor realiza tocamientos a una menor sa-

[439] Cfr. *supra* I.1.

[440] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401 (nota 390).

biendo que ésta tiene sólo diez años)? ¿qué es lo que en tales casos tiene que *querer* el sujeto?[441]. Algo parecido sucede en otros tipos con el elemento de la confianza: ¿qué papel desempeña ésta, por ejemplo, en el delito de injurias? Reducir el dolo a la representación de los elementos del tipo parece ser la única vía para conseguir un concepto de dolo que se pueda hacer extensivo a todos los tipos penales imaginables y a las diversas circunstancias que tales tipos contienen y que también deben ser abarcadas por el dolo del sujeto[442].

Finalmente, debe analizarse si el concepto de dolo obtenido está en condiciones de explicar adecuadamente desde un punto de vista preventivo por qué determinados hechos (los denominados «dolosos») merecen una mayor pena que otros (los denominados «imprudentes»). A este respecto se ha concluido en un Capítulo anterior que la única interpretación teórica satisfactoria de tal realidad viene dada por la distinción entre *defectos volitivos* y *defectos cognitivos*, y por la afirmación de que quien actúa manifestando un defecto volitivo expresa con su actuación un sentido social de negación de una norma penal, mientras que quien lo hace

[441] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 401-402. En este sentido ya había afirmado VON LISZT, *Tratado*, tomo II, p. 410 (nota 2), que «es imposible decir que el ladrón "quiere" que la cosa robada sea ajena o que la mujer que aborta "quiere" su embarazo». Cfr., igualmente, SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 262-263 y FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 310, quienes reconocen algunos elementos típicos como susceptibles de ser representados, pero no queridos, como es el caso de las circunstancias típicas precedentes o concomitantes a la realización delictiva, por ejemplo, la subsistencia de un vínculo matrimonial anterior en el delito de bigamia o la relación de parentesco en el incesto. En contra de estas ideas, replica LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 413, que la exigencia de voluntad se traduce respecto a estos elementos en el «querer realizar la conducta típica sabiendo que concurren todos los demás elementos típicos objetivos, con lo cual ya se quiere o acepta la presencia o concurrencia de tales elementos».

[442] Sólo cuando el dolo se fundamenta exclusivamente en el conocimiento se consigue cumplir la exigencia formulada por autores como TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 159, de que el dolo sea el reflejo *(Spiegelbild)* del tipo objetivo, es decir, de que «*todos y cada uno de los elementos de la descripción típica sean abarcados por el dolo*» (cursiva en el original). Ya en el siglo pasado afirmaba VON WICK, *ACR*, 1857, p. 579, cómo «es evidente que sólo puede hablarse de intención con respecto al resultado del delito. Sólo se puede ambicionar algo que sea futuro». En idéntico sentido, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 83: «esta forma de dolo [la intención] sólo resulta imaginable, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, en relación con el resultado. Se puede, por ejemplo, llevar a cabo el acceso carnal con una chica de dieciséis años en la creencia de que sólo tiene catorce, pero no con la intención de que sólo tenga catorce». En esta línea se pronuncia también SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, p. 13 y, en España, GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 243 (nota 8). Por su parte, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 381 ss, pone en evidencia cómo, respecto de las circunstancias típicas preexistentes, la jurisprudencia suele conformarse con que el sujeto se represente la posibilidad de su existencia, sin que la voluntad desempeñe papel alguno. En un análisis sobre la jurisprudencia alemana en delitos como la bigamia o los abusos de menores, este autor demuestra que, ante circunstancias típicas como la pervivencia del vínculo matrimonial previo o la edad del menor, la exigencia de voluntad se limita a lo terminológico y, en ocasiones, ni a eso.

inmerso en un defecto cognitivo actúa negando únicamente las inmutables reglas de la naturaleza[443]. La anterior distinción se traduce en diferentes necesidades de réplica por parte del ordenamiento, que explican la diferencia de pena entre hechos dolosos (*defecto volitivo*) e imprudentes (*defecto cognitivo*).

Si se parte de esta perspectiva, la cuestión que debe resolverse para solucionar la problemática del dolo pasa por establecer a partir de qué nivel de representación ya no puede considerarse que un sujeto actúa inmerso en un defecto cognitivo o, en sentido inverso, a partir de qué grado de conocimiento se entiende que dicho sujeto actúa expresando con su hecho un defecto volitivo. Como se ha dicho, la manifestación de un defecto volitivo requiere que el sujeto exprese con su conducta el sentido social de negación de la vigencia de una norma penal: la norma afirma, por ejemplo, «no se puede matar» y el sujeto replica con su hecho que «sí se puede matar». Por contra, la estructura propia de las comisiones imprudentes resulta bien distinta: la norma afirma «no se puede matar» y el sujeto replica «yo no estoy matando», pese a lo cual se produce una muerte. En este último caso puede afirmarse que el sujeto ha fracasado en su planificación, al causar un resultado con el que no contaba en absoluto[444]. De acuerdo con estas ideas, quien atribuye a su concreta conducta la capacidad de producir una muerte no puede afirmar con certeza que «no está matando», porque el acaecimiento de dicha muerte es, por expresarlo gráficamente, uno de los posibles desenlaces advertidos de su plan. Si éste finalmente acaece, no se podrá encontrar en este hecho lo que caracteriza a los individuos imprudentes, esto es, el fracaso en su planificación individual que se da en toda causación de resultados imprevistos[445].

La atribución de aptitud lesiva es un juicio que el sujeto tiene que llevar a cabo en referencia a su concreto comportamiento. Por ello no basta con que dicho sujeto sepa que, con carácter general, determinadas conductas son aptas para producir ciertos resultados, sino que tiene que

[443] Cfr. *supra* I.2. Sobre esta cuestión se remite de nuevo a JAKOBS, «Sobre el tratamiento», p. 127 ss, esp. 132 ss; EL MISMO, «El principio de culpabilidad», p. 365 ss, esp. pp. 367-368 y 371 ss y EL MISMO, *ADPCP*, 1989, p. 640 ss.

[444] Cfr. JAKOBS, «Sobre el tratamiento», p. 140. SILVA SÁNCHEZ, «Recensión», *ADPCP*, 1987, p. 546: «lo característico de la culpa consciente es que, por determinadas razones, el sujeto no llega a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta (por ejemplo, por introducir en sus análisis una valoración equivocada de sus capacidades, conocimientos, elementos concomitantes, etc.)».

[445] De acuerdo con la idea de JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 381, según la cual «quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa (...) quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente *fracasa con su planificación individual*» (cursiva añadida).

ser consciente de que tal aptitud concurre en su específica situación, pues sólo de este modo es posible afirmar que el sujeto no ha fracasado en su planificación. En este ámbito es donde el fenómeno de la confianza desempeña su papel básico: dicha confianza puede excluir el dolo cuando lleve a que el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere; por contra, la confianza no tiene ningún valor a efectos de exclusión del dolo cuando, pese a esperar o desear que el tipo no se realice, el sujeto siga juzgando que su conducta es concretamente apta para realizarlo[446]. Si esto último sucede, se podrá afirmar que las esperanzas del sujeto se han visto frustradas, pero no el absoluto fracaso en la planificación que requiere la imprudencia: la realización del tipo era una posibilidad prevista y, por tanto, un posible desenlace del plan.

Por todos los motivos expuestos en este subapartado, y sin perjuicio de ulteriores matizaciones, se considera que la definición obtenida es un punto de partida idóneo para concretar a partir de ella un concepto satisfactorio de dolo. Tal concreción pasa por el análisis de los puntos problemáticos que la citada definición plantea y por las posibles correcciones que se consideren necesarias para salvar tales problemas.

V.3. PUNTOS PROBLEMÁTICOS DE UNA CONCEPCIÓN INTELECTUAL DEL DOLO

La definición de dolo desarrollada hasta el momento prescinde con coherencia de elementos pretendidamente emocional-volitivos y es un criterio válido para delimitar el ámbito de lo doloso del ámbito de lo imprudente de acuerdo con una concepción preventiva del Derecho penal. Todas las demás teorías fracasan simplemente a nivel conceptual o añaden en el plano terminológico requisitos superfluos. Sin embargo, sería engañoso afirmar que a la anterior definición no se le presenta ningún tipo de problema teórico. Al contrario, en ella es posible detectar problemas de una entidad no desdeñable, como los que se recogen en los siguientes apartados.

A) Ausencias irracionales de representación del riesgo: ¿privilegio a la irracionalidad?

Un primer punto problemático para la definición de dolo anteriormente expuesta se presenta en aquellos casos en que el sujeto que realiza un comportamiento objetivamente típico no se representa la concreta aptitud lesiva de su conducta en una situación en que cualquier otra persona, por poco escrupulosa que ésta fuera, habría advertido dicha aptitud. En estos casos una aplicación consecuente del concepto expuesto debe llevar a negar el dolo, pues al sujeto le falta la representación que este título de imputación requiere. Sin embargo, ¿estaría dispuesto algún tribunal a no condenar por homicidio doloso a quien afirmara, por ejemplo, que no se representó en absoluto que pudiera morir alguien pese a haber ocultado una bomba en un concurrido lugar, porque así se lo había predicho una hechicera aquella misma mañana?[447].

El de estos casos no es un problema único y exclusivo de las teorías intelectuales o cognitivas del dolo, sino un problema común a cualquier otra teoría, en la medida en que todas ellas exigen, independientemente de eventuales y ulteriores requisitos, que el sujeto se haya representado la posibilidad de realización del tipo. Así, en casos de no representaciones irracionales, todas ellas deben castigar el hecho, si son coherentes, como una mera imprudencia. Sin embargo, en la realidad es más que dudoso que puedan ponerse en práctica dichos criterios: basta con imaginar la alarma social que podría llegar a producir la resolución judicial que sólo reputara «imprudente» una conducta por haber confiado hasta tal punto su autor en el poder de «ciertas fuerzas sobrenaturales» que hubiera dejado de apreciar un peligro en la colocación de una potente bomba[448].

Tal vez supuestos como éste se podrían resolver de un modo sencillo recurriendo a la idea de la irrelevancia de la confianza irracional o, más exactamente, de las ausencias de representación irracionales desde un punto de vista del hombre medio, pues esta corrección normativa permitiría afirmar que el sujeto sí contó con la representación requerida por el dolo, pese a que en realidad no fue así[449]. Sin embargo, con esta solución se contradiría el punto de partida básico de las teorías del *consenso*

[446] Cfr. sobre esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 652, quien atribuye relevancia a la posible confianza del sujeto cuando ésta lleva a incurrir en un error.

[447] Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63. En este ámbito es válida la discusión planteada sobre la racionalidad de la confianza en la no realización del tipo, aunque sólo en la medida en que dicha confianza repercuta en el grado de peligro que se representa el autor (cfr. *supra* III.3.C).

[448] En contra, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315, para quien «objeto del conocimiento es el acontecer terrenal, tal como se entiende en general. Quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, en la medida en que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender en general como tal; y es que entonces tiene conocimiento del riesgo, no permitido, de realización del tipo». Sin embargo, este autor parece perder de vista que, en determinados casos, la total (aunque irracional) confianza del sujeto en lo sobrenatural puede llegar a hacerle perder la consciencia del riesgo de realización del tipo, en la medida en que, en la representación de dicho sujeto, lo terrenal y lo sobrenatural no son dos mundos aparte, sino que el segundo tiene capacidad de influir en el primero.

[449] Cfr. *supra* III.3.C.

divergente, esto es, la idea de que la concurrencia de dolo es algo que depende siempre de la subjetividad del autor penal. Con la corrección normativa que niega el dolo en supuestos de ausencias irracionales de representación de la aptitud lesiva se estaría proponiendo un doble baremo para la resolución de los casos: mientras algunos supuestos se resolverían atendiendo al estado de la subjetividad del autor penal, otros se solucionarían *imputando* a dicho sujeto determinadas representaciones en función de criterios objetivos.

Si por un lado es bien cierto que negar el dolo en los supuestos de ausencias irracionales de representación lleva a resultados que se antojan poco convenientes, por otro lado también lo es que la normativización marginal consistente en negar la relevancia de determinadas confianzas o ausencias de representación se antoja como una solución *ad hoc* que no está suficientemente fundamentada ni legitimada mientras no se consiga explicar por qué es posible, en función de la configuración de los casos, cambiar los parámetros de resolución. La obtención de criterios para tal fundamentación es una tarea que se abordará más adelante, bastando ahora con exponer el problema[450].

B) Riesgos mínimos no permitidos: ¿castigo al escrupuloso?

Un segundo punto problemático de la definición de dolo obtenida en el apartado anterior se plantea en aquellos casos en que un sujeto atribuye a su conducta la capacidad lesiva exigida por el dolo pese a que el riesgo creado, aunque no permitido, tiene escasa entidad, o respecto a él existe una cierta habituación social[451]. Una aplicación coherente de la citada definición lleva a afirmar que en tales casos concurre efectivamente dolo, pero, aunque sólo sea desde un plano teórico, ¿se está dispuesto a castigar por tentativa de homicidio a cualquier conductor que, al reducir la distancia de seguridad con el vehículo que le precede, piense que está realizando una conducta apta para matar en aquella situación concreta?; ¿se está dispuesto a hacerlo con cualquier fumador que se duerma con un cigarrillo en la mano, después de haber valorado como peligrosísimo lo que estaba haciendo, aunque dicho cigarrillo se consuma sin provocar incendio alguno?[452].

Que los conceptos de dolo defendidos por las teorías de corte intelectualista llevan a castigar al escrupuloso o al pesimista y, a la vez, a privilegiar al optimista o, más aun, al irracional, es una afirmación que,

[450] Cfr. *infra* XII.4 y XVII.3.B.

[451] Como afirma FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 19, también los pequeños riesgos pueden ser tomados en serio.

[452] En este punto son especialmente contundentes las afirmaciones de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 57 y 82 y HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 249 ss.

desde un plano teórico, parece indiscutible[453]. Esta realidad se suele camuflar por la doctrina y, así, en los ejemplos más tradicionales los optimistas y los irracionales suelen ser personas que causan muertes al volante de sus automóviles o en el transcurso de cacerías, mientras que las personas que toman los riesgos en serio, los escrupulosos, son aquellos que colocan bombas o disparan contra los demás. Para apreciar la debilidad teórica de esta forma de proceder basta con intercambiar los escenarios habituales por los que, en la mayoría de ejemplos doctrinales, suele moverse cada personaje. Cuando se sitúa al escrupuloso frente a un volante y al optimista poniendo bombas ya no parece tan fácil afirmar que el primero actuó dolosamente y el segundo lo hizo sólo de modo imprudente. Sin embargo, desde las teorías que integran el *consenso divergente* no se aportan soluciones para este evidente problema, sino que parece consagrarse una definición de dolo que aconseja a los sujetos que, cuanto menos interés tengan por conocer la realidad, tanto mejor para ellos.

C) ¿Simple no atribución de la capacidad lesiva?

El tercer punto crítico del concepto de dolo obtenido se aprecia cuando se atiende a las condiciones en que dicho concepto es llevado a la práctica. La atribución de capacidad lesiva a su concreta conducta por parte del sujeto que la realiza requiere que éste conozca los factores aislados en que tal capacidad lesiva se fundamenta y que dichos conocimientos se integren en un juicio de atribución. Si, pese a conocerse aisladamente todos los factores, éstos no se integran en el citado juicio, no podrá entenderse que concurre dolo. Sin embargo, la doctrina no aporta criterios que permitan determinar en qué casos se ha producido una integración de conocimientos aislados. La problemática se expone analizando dos ejemplos:

> *1.— Un cazador decide disparar contra unos matorrales que ve moverse, aunque sabe que sus compañeros de cacería hace poco que se dirigieron en aquella dirección. Un compañero de cacería resulta muerto a consecuencia del impacto de la bala.*

[453] Cfr., principalmente, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 56. Esta idea ya fue puesta de relieve en el ámbito de la discusión histórica por VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 54-55, aunque empleándola únicamente como crítica contra la teoría de la representación. En referencia a las teorías tradicionales, cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 56-57 y LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), pp. 12-13. Especialmente ilustrativo, LESCH, *JA*, 1997, pp. 802-803. Cfr., igualmente, las consideraciones de MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 890. La solución propuesta por ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 30, tratando de equiparar el «tomar en serio» con los casos de ausencia de toma de postura psíquica, no resulta convincente si no se acomete una revisión de las definiciones usuales de dolo que no parece permitir el texto positivo del Código Penal alemán. Cfr. igualmente la crítica de CEREZO MIR, *Curso*, p. 143, a la teoría del «tomar en serio».

En este caso la realización de un juicio que atribuya una concreta aptitud lesiva (mortal) a la conducta de disparar presupone el conocimiento de dos factores: la capacidad letal en abstracto de un disparo (*factor 1*) y el hecho de que no es improbable que los compañeros de cacería se encuentren en la zona hacia la que se dispara (*factor 2*). Imagínese que el cazador alega ante el tribunal que le juzga que, pese a haber conocido los factores de riesgo 1 y 2, no se representó que al disparar estuviera creando un riesgo de muerte para alguno de sus compañeros.

> *2.- Un terrorista oculta un aparato explosivo dentro de una papelera que se halla junto a una parada de autobús. La hora de explosión del artefacto son las 10 de la noche, una hora en que, como el mismo sujeto ha observado durante todos los días de la semana anterior, no suele pasar nadie al lado de dicha parada. La bomba explota a la hora prevista causando la muerte de un transeúnte.*

Como en el anterior supuesto, para que haya sido realizado el juicio de aptitud lesiva necesario para el dolo deben haber sido conocidos dos factores: que el estallido de la bomba tiene en general la capacidad de causar la muerte de alguien que se encuentre en sus cercanías (*factor 1*) y que existe la posibilidad de que a la hora programada para la explosión alguien pase junto a la parada de autobús (*factor 2*). Como el cazador del anterior ejemplo, el terrorista alega ante el tribunal que le juzga que, pese haber sido consciente de ambos factores, no se representó la posibilidad de que en su caso concreto pudiera acabar muriendo alguien.

La estructura de ambos casos es idéntica: un individuo conoce el potencial lesivo del instrumento que está empleando y sabe de la posible presencia de hipotéticas víctimas en el ámbito de incidencia del riesgo creado con el empleo de dicho instrumento, pero llega a la conclusión de que en su caso no va a producirse víctima alguna. No obstante, y pese a la identidad de estructuras, en la práctica el dolo se negaría en el primer caso y se afirmaría en el segundo, esto es, en el ejemplo del cazador se considera plausible que no se haya realizado el juicio de atribución de capacidad lesiva, una posibilidad que no se admite en el caso del terrorista. Sin embargo, no existen fundamentos teóricos explícitos para tal forma de proceder. Podría afirmarse que el cazador eliminó mentalmente la representación de la posibilidad de muerte, algo que el terrorista no hizo. Pero si la eliminación mental es un fenómeno psíquico que puede darse en cualquier ser humano, ¿por qué tiene que concurrir en los cazadores y no en los terroristas?[454]. El uso que en estos supuestos se suele

[454] Cfr. en este punto SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-246, quien admite una eliminación mental en el supuesto de la «conducción vertiginosa» (cfr. *supra* III.2) y no en el «Caso de la correa de cuero» (cfr. *supra* III.1). Sobre esta cuestión afirma PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 11, que, en cualquier caso, todas estas diferenciaciones en el plano psicológico conducen a serios problemas de prueba. En la misma línea HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637.

hacer de fenómenos como la confianza o la eliminación mental para evitar ciertas condenas por delito doloso se antoja, simple y llanamente, arbitrario o, cuando menos, está muy poco fundamentado[455].

D) Concepto intelectual de dolo y delitos de peligro concreto

Un cuarto punto crítico del concepto de dolo expuesto se aprecia en el momento de desarrollar las diferencias entre el juicio que requiere el dolo en los tipos de peligro concreto, por un lado, y en los tipos de lesión, por otro, si no se quiere caer en la trampa de convertir todos los tipos de peligro en tentativas de lesión[456]. Un desarrollo coherente de dicho concepto lleva a sostener que existe dolo de peligro concreto cuando un sujeto actúa pese a ser consciente de que su conducta es apta, en la situación específica, para producir un determinado resultado de puesta en peligro concreto, pero niega a la vez a dicha conducta la aptitud para producir un resultado de lesión[457]. Cuando, por contra, el sujeto sí atribuya aptitud lesiva a su conducta concurrirá una tentativa de lesión si el resultado finalmente no acaece. Lo problemático que resulta este punto de vista se analiza a partir del siguiente caso:

> *Un conductor decide saltarse un semáforo en rojo ante un paso de peatones. Si juzga que su conducta es apta para poner en peligro concreto la vida de los peatones, pero inadecuada para causar muertes, porque se representa que dichos peatones se apartarán a tiempo al verle venir, concurre un mero dolo de peligro concreto. Si, por contra, el conductor*

[455] Tal arbitrariedad es puesta de manifiesto por HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 637-638, en diversos ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana.

[456] En este punto específico se atiende básicamente a lo expuesto en la excelente monografía de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 41 ss. Cfr., igualmente, MAQUEDA ABREU, en *Elementos subjetivos*, p. 190 ss. Sobre la dificultad de diferenciar dolo de peligro concreto y dolo de lesión cuando se rechaza todo componente volitivo para el dolo, cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 290-291.

[457] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 295-296: «el sujeto debe *"partir para sí"* de que su conducta contiene *el riesgo específico* de los delitos de peligro concreto, es decir, el riesgo objetivamente ya no tolerado que conduce a una situación que significa "peligro concreto"» (cursiva en el original). Añade FRISCH, *ibidem*, pp. 297-298, que «en los delitos de resultado de lesión, el autor doloso "parte para sí" de que su conducta contiene un determinado riesgo *de lesión* "objetivamente ya no tolerado". Por contra, quien actúa dolosamente en el sentido de los delitos de peligro (concreto) sólo "parte para sí", tal como se ha expuesto, de un riesgo "objetivamente tampoco tolerado" de creación de una situación que significa "peligro" (...) el autor considera que su conducta posee una dimensión de riesgo en el sentido de la posible causación de una "situación de peligro", pero no juzga que sea una conducta lesiva, es decir, una conducta que, según su punto de vista, contenga un riesgo de lesión» (cursiva en el original).

considera posible que alguien pueda no verle y, por tanto, es consciente de estar creando un riesgo apto para causar una muerte, concurrirá una tentativa de homicidio si finalmente tiene suerte y no arrolla a nadie.

Decantar la balanza hacia un lado u otro se presenta como una tarea casi imposible acudiendo al mero criterio de que el dolo se determina en función de lo que pasó por la cabeza del sujeto activo: hacerlo supondría exigir que dicho sujeto hubiera llevado a cabo minuciosos cálculos sobre el potencial lesivo de su conducta. Y dicha dificultad está motivada, ante todo, por el hecho de que, en casos como éste, es harto dudoso que se haya tenido tiempo para reflexionar de un modo tan pormenorizado sobre la aptitud lesiva de la conducta. En este ámbito exigir el elemento de la confianza por separado tampoco soluciona el problema: de hecho, decir que el sujeto se representó que los peatones se apartarían es lo mismo que decir que confió en no causar ninguna muerte, pues como ya se ha expuesto, la confianza relevante siempre lo es en la medida en que puede reconducirse a la representación[458]. Otra opción podría pasar por entender que quien atribuye a su conducta la aptitud de crear un peligro concreto, por fuerza atribuye también a dicha conducta la capacidad de producir el resultado lesivo[459]. Sin embargo, esta última hipótesis deja sin un sentido propio a la totalidad de delitos de peligro concreto recogidos en el Código y los convierte en tentativas de lesión, creando además complejos problemas concursales[460].

También en este punto el concepto de dolo expuesto parece llegar a una auténtica situación de colapso. ¿Cómo se puede establecer en la práctica la diferencia entre los casos en que un sujeto se ha representado estar realizando una conducta sólo apta para poner en peligro, de los casos en que ha creído estar efectuando un comportamiento idóneo para provocar una determinada lesión?[461]

[458] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro,* p. 103, entiende que el elemento de la confianza permite trazar una distinción clara entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión; así, existe dolo de peligro cuando el sujeto conoce la peligrosidad concreta que conlleva su conducta pero confía en que el resultado no va a producirse. Si concurre un caso en que no se da dicha confianza, se entra en el terreno propio del dolo de lesión. El principal problema es que esta autora no puede llevar hasta las últimas consecuencias su concepto de dolo y renuncia a la confianza de no poner en peligro como elemento excluyente del dolo de peligro, conformándose en estos casos con el conocimiento del riesgo (cfr. *ibidem,* pp. 165-166 y 183). Sin embargo, ¿por qué tiene que ser estructuralmente distinto el dolo en los delitos de peligro concreto y en los de lesión si, al fin y al cabo, ambos son tipos de resultado? (como se sostiene en *ibidem,* p. 183).

[459] Ésta es la opción, entre otros, de SCHRÖDER, *Sauer-FS,* p. 227 o ZIELINSKI, *AK-StGB,* §§ 15-16, n.º marg. 81. Crítico WEIGEND, *ZStW,* 93 (1981), p. 671, quien recuerda que si el legislador ha previsto delitos de peligro junto a los de lesión, variando también el grado de reproche asociado a cada uno de ellos, debe ser porque los valora de manera distinta y no sólo por el desvalor de resultado, sino también por el grado de peligro inherente a la acción.

[460] Cfr., en este punto, SANCINETTI, *Teoría del delito,* pp. 215-216. La solución propuesta por este autor *ibidem,* p. 221 ss.

V.4. CONCLUSIÓN PROVISIONAL

De acuerdo con los argumentos expuestos en los apartados anteriores, se ha llegado a la conclusión de que *concurre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal.* No obstante, y si bien esta definición resulta respetuosa con el texto de la ley, explica de forma convincente la diferencia de pena que se da entre dolo e imprudencia y puede referirse de una manera adecuada a todas las circunstancias objetivas que integran los tipos penales, no se pueden pasar por alto los puntos problemáticos advertidos: dos de ellos surgen en un plano básicamente teórico (el privilegio a la irracionalidad y el castigo a la escrupulosidad) y los otros dos abren serios interrogantes sobre la posibilidad de una aplicación diáfana de tal concepto (determinación de la realización del juicio de aptitud lesiva y diferencia entre dolo de puesta en peligro y dolo de lesión).

Las anteriores debilidades pueden llevar a pensar en la conveniencia de un abandono de la definición planteada y en un regreso, por ejemplo, a los postulados de teorías volitivas como las del consentimiento. Sin embargo, los problemas que plantean estas últimas teorías se antojan aun más graves, tanto desde el plano teórico como práctico, que los del concepto que aquí se ha obtenido. Por ello se intuye que la solución correcta debe encontrarse aportando un nuevo punto de vista de dicho concepto, que consiga dar una solución convincente a los puntos problemáticos puestos de relieve.

La doctrina ha discutido largo tiempo sobre la importancia que presentan para el dolo fenómenos como la representación o la confianza y tal discusión ha resultado en muchos aspectos estéril. Un único punto de la definición parece no haber sido hasta ahora seriamente cuestionado: la idea básica según la cual el dolo depende en exclusiva de la subjetividad del sujeto activo o, más en concreto, de determinados fenómenos psicológicos que concurrieron «en la cabeza» de dicho sujeto en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivamente típico. En este sentido, se tiene la intuición de que esta idea básica posiblemente ignore los mecanismos sociales en función de los cuales se admite o se rechaza la existencia de determinados conocimientos o desconocimientos y a tal ignorancia puedan tal vez atribuirse los problemas que se plantean al concepto de dolo expuesto. En consecuencia, hasta que no se confirme o re-

[461] Se intenta aportar respuesta a estas cuestiones en *infra* XVII.5.

chace tal intuición y mientras permanezcan por resolver los puntos problemáticos puestos de relieve, la definición de dolo obtenida en este Capítulo debe considerarse *incompleta y, por tanto, provisional.*

A la superación de tal provisionalidad se dedican los siguientes Capítulos de este trabajo, tras analizar, a modo de excurso, algunas repercusiones del concepto de dolo expuesto en la tradicional «clasificación tripartita» de las formas de dolo.

EXCURSO
Sobre la tripartición del dolo

Las conclusiones obtenidas en los Capítulos anteriores deben conducir, por fuerza, a un replanteamiento global de algunos aspectos del concepto de dolo que hasta el momento presente gozan de amplia aceptación entre las doctrinas mayoritarias. En este sentido, muy pocos son los autores que parecen haber llevado hasta sus últimas consecuencias las conclusiones alcanzadas en el terreno del dolo eventual y, mientras la batalla doctrinal ha sido y es aún especialmente cruenta en este último ámbito, prácticamente nadie entra a cuestionar la razón de ser de las otras dos formas de dolo, esto es, del dolo directo de primer grado y de segundo grado[462].

Seguramente el anterior fenómeno pueda atribuirse al hecho de que, de modo casi unánime, nadie duda de que los casos de intención o certeza deban hacerse acreedores de la pena de los delitos dolosos. Sin embargo, que no se cuestione que los supuestos que tienen cabida en las anteriores formas de dolo merezcan la pena del dolo, no impide que pueda ponerse en tela de juicio la necesidad de mantener tales distinciones. La duda que propicia esta reflexión surge del hecho de que el Código no distingue entre formas de dolo y de que tampoco parece asignar consecuencias jurídicas distintas en función de que concurra una u otra modalidad dolosa: ¿qué sentido tiene, pues, seguir diferenciando tales categorías? Además, si es cierto, como afirma *Bacigalupo*, que «las especies de

[462] En este sentido, una de las aportaciones más interesantes es la de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 496 ss, quien afirma que los resultados a los que se llegue en el ámbito del dolo eventual «obligan a un replanteamiento de la teoría global del dolo, en especial de las llamadas modalidades del dolo». En este punto está de acuerdo con KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66, quien sostiene que «los criterios a partir de los cuales debe trazarse la frontera entre dolo e imprudencia no deben caracterizar únicamente el dolo eventual, sino que deben armonizar también con el dolo directo». En España da por bueno este razonamiento CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 520. Sobre la clasificación tripartita del dolo cfr. *supra* I.3.

dolo se han explicado por lo general desde la perspectiva de la llamada teoría de la voluntad», ¿qué debe quedar de estas modalidades cuando se renuncia al elemento volitivo del dolo en el ámbito del dolo eventual?[463].

Pese a que el Código no la mencione expresamente, la mayor parte de la doctrina mantiene y justifica la figura del *dolo directo de primer grado* por tres motivos básicos: en primer lugar, porque determinados tipos de la Parte especial del Código exigen en su literalidad que el autor actúe *intencionadamente*, lo que lleva a que bastantes autores entiendan que, cuando tales tipos se realicen sin intención (dolo directo de segundo grado o eventual), la conducta no pueda considerarse subjetivamente típica[464]. En segundo lugar, otro motivo alegado para mantener esta figura surge de la idea según la cual, en los casos en que el Código no parece exigir una forma específica de dolo, la realización intencionada de un tipo delictivo deberá ser tenida en cuenta por el juez, en sentido agravatorio, en la fase final de determinación de la pena, pues el hecho realizado intencionadamente debe valorarse como más grave que el cometido con una simple representación[465]. Finalmente, se considera que la existencia de intención por parte del sujeto activo permite calificar de dolosos supuestos en que las posibilidades de realización típica representadas son tan escasas que, de no ser por tal intención, el hecho sólo podría ser considerado imprudente[466].

Por lo que al primer argumento atañe, es efectivamente cierto que el Código Penal de 1995 contempla en su Parte especial algunos artículos en cuyo tenor literal se exige que el sujeto realice el tipo «intencionadamente»[467]. Lo que conviene analizar es si, con la inclusión de la citada

[463] BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos*, p. 85.

[464] Por todos, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 80. En España, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 134 y GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 429. ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 69, llega a afirmar que el dolo directo de primer grado no desempeña prácticamente ningún papel en la discusión sobre la Parte general y sólo es una cuestión que afecta a la interpretación de los tipos de la Parte especial.

[465] Así, por ejemplo, JESCHECK, *Wolf-FS*, p. 482, sostiene que «el contenido de injusto del dolo eventual es menor al de las otras modalidades de dolo, porque en él la lesión del bien jurídico ni se ambiciona ni se prevé como segura». Cfr., también, LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 427.

[466] Cfr. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 19 y ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.° marg. 8. El caso que se suele mencionar en este ámbito de discusión es el del «tirador inexperto» (cfr. *supra* II.2.B).

[467] Dicha exigencia se aprecia en los artículos 270 (delitos contra la propiedad intelectual), 275 (utilización ilegítima de denominaciones de origen), 277 (divulgación ilegítima de patentes secretas), 408 (dejación, por parte de un funcionario, de la persecución de determinados delitos) y 625 (falta de daños). En el Código Penal de 1973 tal exigencia se contenía, entre otros, en artículos como el 534 («el que infringiere *intencionadamente* los derechos de propiedad industrial ...»), o el 418 («el que *de propósito* mutilare o inutilizare

expresión, el legislador ha querido realmente dejar fuera del tipo toda realización objetiva con dolo de consecuencias necesarias o eventual. En este sentido puede afirmarse que una interpretación restrictiva del término «intencionadamente» lleva en no pocos casos a soluciones indeseables, como se observa, por ejemplo, con respecto a la falta de daños del artículo 625 CP. Una interpretación estricta del tenor literal de este precepto, según la cual el tipo sólo podría realizarse con dolo directo de primer grado, obliga a dejar impunes, por ejemplo, los daños causados en un sofá por quien lo agujerea a balazos cuando su intención es matar a quien estaba sentado en él. Y ello, simplemente, porque dichos agujeros fueron sólo una posible consecuencia de los disparos no abarcada por las intenciones del autor, y no fueron realizados, por tanto, «intencionadamente».

Con independencia de lo anterior, la principal duda sobre esta cuestión surge del hecho de que el legislador no parece haber seguido criterios coherentes para la inclusión de la pretendida exigencia de intencionalidad en ciertos preceptos. Así, por ejemplo, no se encuentra justificación alguna para el hecho de que las defraudaciones de las denominaciones de origen o de la propiedad intelectual sólo sean punibles cuando se realicen «intencionadamente» (arts. 275 y 270 CP, resp.) y, por contra, las defraudaciones de marcas o patentes, se castiguen cuando concurra cualquier otra modalidad de dolo. Lo mismo sucede con la falta de daños, cuya comisión debe ser intencionada, mientras que la falta consistente en deslucir bienes inmuebles (art. 626 CP), puede realizarse con dolo directo de segundo grado o eventual.

Todo ello debe llevar a sostener que el mantenimiento del adverbio «intencionadamente» en ciertos preceptos del Código no es más que un vestigio del antiguo modelo de imputación subjetiva. De acuerdo con éste, resultaba en principio típica tanto la realización dolosa como la imprudente de cualquier infracción, de tal modo que, cuando se quería dejar fuera del ámbito de lo punible una realización imprudente, esta voluntad tenía que hacerse patente recurriendo a expresiones como «intencionadamente» o «de propósito». Estas matizaciones carecen de sentido en un sistema de *numerus clausus* para la incriminación de la imprudencia. Por tanto, la única solución plausible pasa por interpretar que, cuando aparece en el Código la expresión «intencionadamente», con ella no se quiere decir nada distinto a «dolosamente», con lo que su presencia es, en definitiva, superflua[468]. Por estos motivos, la línea argumenta-

a otro un órgano o miembro principal ...») que, según algunos autores, tipificaban conductas sólo punibles si se realizaban con dolo directo de primer grado.

[468] Según la doctrina tradicional española, cuando antiguas versiones del Código no mencionaban la palabra «dolo» y los autores afirmaban que las formas de culpabilidad eran la intención maliciosa y la culpa, se entendía que dentro de la primera expresión ca-

tiva que se basa en pretendidas exigencias de la Parte especial para mantener la necesidad de la figura del dolo directo de primer grado no parece tener unas bases demasiado sólidas.

Un segundo argumento que se propugna a favor de la necesidad de dotar de autonomía conceptual a la figura del dolo directo de primer grado se basa en la idea de que la intención es un factor a tener en cuenta por el juez, en sentido agravatorio, en el momento de concreción final de la pena[469]. Sin embargo, no se comprende por qué una actuación intencionada debe merecer *siempre* más pena que otras que no lo son[470]. Al fin y al cabo, la realización intencionada de un delito es únicamente un medio del sujeto para conseguir otros fines ulteriores y, en este sentido, pueden darse perfectamente casos en que la finalidad intermedia del sujeto comporte un efecto agravatorio (por ejemplo, realización intencionada de un hurto) pero finalidades ulteriores descarguen de contenido disvalioso a dicha actuación (así, realizar intencionadamente un hurto para comprar comida a personas necesitadas con el dinero obtenido). Por contra, en casos de mero dolo eventual, la motivación ulterior del sujeto puede ser de lo más abyecta[471]. El argumento de la determinación de la

bía también el dolo directo de segundo grado. Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, anotación a MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 160 (nota). Cabe añadir que también en Alemania algunos autores consideran que no necesariamente siempre que el Código en su Parte especial exige «intención», sólo deba tener cabida en el tipo el dolo directo de primer grado. Incluso en algunos supuestos se postula que pueda tener entrada el dolo eventual. Cfr. ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 68 y RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 36. Según entiende ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 5, como mucho puede llegar a caber el dolo directo de segundo grado, no el eventual.

[469] Así LUZÓN PEÑA, *Curso*, pp. 427-428, quien afirma que el dolo eventual comporta un menor desvalor del hecho y que éste debe ser tenido en cuenta en el momento de concretar la pena. SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 154, admite esta idea, pero vinculando la intención del sujeto a una mayor reprochabilidad, no a un mayor contenido de injusto. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 498-501, argumenta que las dos modalidades de dolo directo no son formas del dolo de «mejor condición», sino supuestos en que la decisión contra el bien jurídico es «*especialmente evidente*». De ello extrae este autor repercusiones para la prevención, pues el dolo directo de primer grado comporta un mayor estremecimiento de la confianza general en la validez del ordenamiento e indica una mayor peligrosidad del sujeto.

[470] MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 185, afirma que «la finalidad de la conducta afecta al sentido social de ésta y, con ello, a su gravedad. Una finalidad *positiva* tiende a disminuir la reprobación social de una conducta voluntaria en sí misma nociva, en tanto que una finalidad *negativa* tiende a agravarla». Sin embargo, tales valoraciones sociales no siempre se vinculan a la finalidad inmediata, sino que pueden tener en cuenta finalidades ulteriores del sujeto.

[471] No dejan lugar a dudas las afirmaciones de MEYER-GOßNER, *NStZ*, 1986, p. 49. Cfr., igualmente, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 316: «dentro del dolo no existe ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal corresponda una culpabilidad más grave *ceteris paribus* que al ocasionar una consecuencia secundaria, pues el autor puede tener un motivo jurídicamente menos negativo para realizar una consecuencia principal que para llevar a cabo una acción a pesar de su consecuencia secundaria».

pena, por tanto, parece tener suficientes motivos en contra como para ver seriamente debilitada su validez[472]. En cualquier caso, el Tribunal Supremo español parece haberlo rechazado expresamente, al afirmar, en referencia al dolo directo y eventual, que «ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales»[473].

Finalmente, la existencia de intención por parte del sujeto activo se suele emplear como un argumento para afirmar la existencia de dolo en casos en que la probabilidad objetiva de realización típica es especialmente baja[474]. Esta idea, históricamente diseñada para combatir a la teoría cognitiva de la probabilidad, se suele expresar en el famoso «Caso del tirador inexperto»: un sujeto dispara con intención de matar sabiendo que es prácticamente imposible que dé en el blanco y, sin embargo, acierta[475]. La exigencia de representación de la probabilidad en este supuesto lleva a condenar únicamente por homicidio imprudente, lo que se antoja inadmisible. Por ello, algunos partidarios de la teoría de la probabilidad se mostraron sensibles a tal crítica y aceptaron que en caso de

[472] Tal vez este argumento pueda tener un mayor peso en Alemania, pues el § 46.II StGB obliga a que, en el momento de determinar la pena, el juez tenga en cuenta, entre otros factores, los móviles y objetivos del autor, así como la actitud y voluntad que se expresen en el hecho, aunque tampoco existen criterios uniformes para casos en que, por ejemplo, se da una clara voluntad de realización delictiva, pero, a la vez, la ulterior motivación del autor puede considerarse elogiable. Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Oehler-FS*, 1985, p. 152. El BGH (*JZ*, 1981, p. 595 ss) ha manifestado al respecto que «la intención de causar el resultado no supone por sí sola una especial fuerza de la voluntad delictiva» a efectos del § 46.II StGB. Esta cláusula se suele reservar para supuestos de «intensa planificación, obstinación en la persecución del objetivo delictivo o superación de numerosos obstáculos», pero no de simple intención; cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 889.

[473] STS de 20 de septiembre de 1993 (A 6798, ponente De Vega Ruiz). En idéntico sentido las SSTS de 27 de octubre de 1993 (A 7874, ponente De Vega Ruiz) y de 24 de abril de 1995 (A 3534, ponente De Vega Ruiz). En la misma línea, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, p. 315: «el dolo directo no es la forma más grave de dolo para la determinación de la pena, sino la más precisa. Ello no quiere decir que la diferencia pueda ser significativa para la determinación de la pena». En la doctrina española MUÑOZ CONDE/DÍAZ PITA, voz «Dolo», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. II, p. 2583, afirman que «las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se pretendía».

[474] Entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 413. Este autor afirma que «la doctrina dominante considera con razón que si el propósito que persigue el autor es realizar un determinado tipo, no obsta a la apreciación del dolo directo de primer grado el que no sea seguro, sino solamente posible y por tanto incierto, que se vaya a producir el resultado o el hecho típico». OEHLER, «Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes», *NJW*, 1966, p. 1635, considera que, dada la intención, es indiferente el nivel de representación que pueda tener el autor. Cfr., igualmente, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 199.

[475] Cfr. *supra* II.2.B.

intención bastaba con la representación de la posibilidad[476]. Sin embargo, cuando se opta por bajar el listón del grado necesario de probabilidad representada para que concurra dolo, la crítica ya no surte efecto: el tirador inexperto no deja de atribuir a su conducta la capacidad de causar una muerte, por lo que su actuación es dolosa, sin que importe a efectos de dolo que, además, haya actuado con intención[477].

También es discutible la usual afirmación de que la intención del autor implica *per se* un mayor riesgo para la víctima: tal intención, en tanto que realidad de naturaleza meramente psíquica, no puede aportar por sí sola un mayor nivel objetivo de peligro[478]. A lo más que puede llevar la intención es a que el sujeto que actúa queriendo realizar un determinado tipo añada objetivamente factores que hagan aumentar el grado de riesgo creado. Quien ambiciona matar suele ser más peligroso que quien sólo quiere jugar con una pistola cerca de otras personas, porque el primero apunta hacia la víctima y ello comporta, en el plano de lo objetivo, el establecimiento de un nivel superior de riesgo. Sin embargo, constatado este mayor riesgo objetivo, para el dolo es suficiente con que el sujeto lo conozca. Si el sujeto A crea un riesgo de nivel 10 de modo consciente y el sujeto B crea otro riesgo de nivel 10 también de modo consciente, ¿qué importa a efectos de existencia y entidad del riesgo que uno de estos peligros haya sido creado de forma intencionada? Lo decisivo para el dolo es, exclusivamente, que existen riesgos objetivamente relevantes y que los sujetos han sido conscientes de ellos[479]. La explicación sobre la causa y el objetivo de la creación de dichos riesgos carece de trascendencia: en ambos casos concurre dolo.

Debilidades teóricas parecidas se aprecian también en los fundamentos más usuales de la segunda modalidad de dolo, el llamado *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias*. Desde un punto de vista *ex ante,* un juicio mínimamente racional nunca permite afirmar con

[476] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 69-73, donde se aportan las referencias pertinentes.

[477] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 323: «quien no atribuye a un disparo desde gran distancia ninguna posibilidad de resultado relevante para la decisión, no se puede motivar a disparar a causa del resultado».

[478] Baste aquí con traer a colación el famoso caso del sobrino que, esperando heredar, sufraga a su anciano tío constantes viajes en avión con la esperanza de que, en uno de ellos, se produzca un accidente. Los deseos del sobrino no hacen aumentar el riesgo propio de la navegación aérea.

[479] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Recensión», *ADPCP,* 1987, p. 545: «la persecución del resultado (*Absicht,* intención), que también suele caracterizarse como "voluntad", es un elemento subjetivo del injusto característico de una clase de dolo, pero, por un lado, no sustituye a la necesidad de conocimiento y, por el otro, su verdadera relevancia sólo vendrá dada por un incremento del riesgo objetivo para el bien jurídico: no por un "especial desvalor subjetivo"». Muy interesante sobre esta cuestión SANCINETTI, *Teoría del delito,* pp. 151-153.

certeza que a consecuencia de una actuación va a producirse un determinado resultado, pues siempre cabe un espacio para el azar. Como sostiene *Zielinski,* «sólo ceguera ante la realidad o una desmedida sobrevaloración posibilitan semejante "prever como seguro"», pues «lo habitual es actuar en la inseguridad a consecuencia de una información incompleta y de un dominio inseguro de la causalidad»[480]. Por ello, algunos autores amplían esta modalidad de dolo a aquellos supuestos en que el sujeto actúa previendo una gran probabilidad de acaecimiento del resultado[481]. Sin embargo, en la medida en que se da entrada en la categoría del dolo directo de segundo grado a supuestos en los que el sujeto no se representa algo con certeza, sino que deja un margen de probabilidad para un eventual no acaecimiento, los límites con el dolo eventual se difuminan, decae la dualidad «certeza» *vs.* «probabilidad o posibilidad» que justifica la existencia de dos figuras separadas y la distinción entre dolo directo de segundo grado y dolo eventual pierde buena parte de su razón de ser. Unas fronteras tan desdibujadas no permiten apreciar de modo diáfano el salto cualitativo que, desde el punto de vista estructural, debería existir entre el dolo eventual y el dolo directo de segundo grado desde el momento en que se postulan como dos figuras distintas[482].

[480] ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 70. En idéntico sentido SCHLEHOFER, *NJW*, 1989, p. 2020. Añade PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 150, que «el autor nunca tiene la certeza teórica sobre las consecuencias de su acción y rara vez la práctica. Tampoco en el caso estándar de dolo directo de segundo grado («Caso Thomas») (...) existe semejante conocimiento. El autor sólo sabía que existía una alta probabilidad de que los miembros de la tripulación se ahogaran». De hecho, ya ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, pp. 225-226, menciona el «Caso Thomas» (un sujeto colocó una bomba en un barco lleno de tripulantes para que explotase en alta mar y así pudiera cobrar el seguro) como ejemplo de dolo eventual.

[481] Ya en su momento afirmó VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 538, que «en la vida cotidiana se identifica una probabilidad muy alta con la necesidad o, para intentar expresarlo de modo más exacto, con la certeza»; WELZEL, *Derecho penal*, p. 99, entiende que para esta modalidad de dolo basta con la representación de que la realización del tipo es prácticamente segura. Cfr. también JAKOBS, *Derecho penal*, p. 324; JESCHECK, *Wolf-FS*, p. 481; ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 20 y KÖHLER, *Strafrecht*, p. 163. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 85-87, entiende que no existen diferencias valorativas entre la certeza absoluta y la previsión de una alta probabilidad. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 83, sostiene el curioso argumento de que los casos de conocimiento de la alta probabilidad se ven como de certeza en la valoración judicial de la prueba. En contra de estas ideas, VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 90, para quien las consecuencias representadas como «altamente probables» no pueden considerarse «co-queridas», como sí sucede, por contra, en los casos de certeza.

[482] La argumentación por la que se llega a esta idea concuerda con lo expuesto por GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 256-257. No muy lejos parece estar ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 111. Muy interesantes también los argumentos de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 147-148. A la delimitación entre dolo directo de segundo grado y dolo eventual no se le ha prestado demasiada atención en la discusión doctrinal, porque afecta a supuestos en que la representación lo es de un riesgo tan elevado que nadie cuestiona que deban ubicarse en el dolo, aunque no se acabe de precisar si en tanto que dolo

El Código Penal parece exigir en diversos artículos de la Parte especial que el sujeto tenga un conocimiento cierto sobre algunos elementos objetivos del tipo[483]. Así, por ejemplo, el art. 217 CP castiga al «que contrajere segundo o ulterior matrimonio *a sabiendas* de que subsiste legalmente el anterior», o los arts. 273, 274 y 275 CP exigen para determinados delitos contra la propiedad industrial que el sujeto actúe, en referencia a los derechos que vulnera a través de su actuación, «*con conocimiento* de su registro» o «de su protección». Puede plantearse si el tenor literal de estos tipos impide castigar aquellos casos en que el sujeto no haya tenido un conocimiento a ciencia cierta de la existencia del elemento típico del que se trate[484]. En determinados supuestos se ve que ello es insostenible: llevaría a absolver a quien no conoce lo que indica el registro sobre una determinada marca porque nunca fue a consultarlo, aunque estimó probable que estuviera registrada. Respecto a la bigamia procedería igualmente castigar a quien no supiera a ciencia cierta, pero se representara como perfectamente posible, la vigencia de su anterior vínculo matrimonial. Así pues, ni siquiera pretendidos requisitos de tipicidad permiten mantener a la figura con vida propia[485].

Lo que en última instancia se pretende con todas estas argumentaciones es poner en tela de juicio la necesidad de la clasificación tripartita del dolo. Dicha clasificación puede conservar parte de su razón de ser en las teorías de la voluntad, donde el dolo directo de primer grado se define como la modalidad más perfecta de dolo y se debe justificar por qué, en supuestos en que la presencia del elemento volitivo es harto dudosa,

directo o como dolo eventual. Sin embargo, las enormes dificultades para fijar la frontera entre ambas figuras se advierten en la discusión que se sostuvo entre los reformadores penales alemanes de finales de los cincuenta cuando se planteó la posibilidad de atenuar la pena de los delitos cometidos con dolo eventual; cfr. *Niederschriften*, vol. XII, p. 115 ss.

[483] Cfr. entre otros, los arts. 182, 205, 208, 217, 219, 273-275, 280, 298, 311.2.º, 320, 322, 329, 362, 371, 446, 451 y 456 CP.

[484] Cfr. sobre esta cuestión SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 311-313. En Alemania, VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 280, entendía que cuando el Código exige que la conducta haya sido realizada «conscientemente» (*wissentlich*) emplea este término como sinónimo de «dolosamente», lo que da cabida en estos tipos al dolo eventual. Actualmente, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 336-337, parece inclinarse por la exigencia de conocimiento cierto en algunos preceptos. De un modo más rotundo a favor de dicha exigencia, SAMSON, *JA*, 1989, p. 452. En tono crítico PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 152-153.

[485] Basta con imaginar el caso en que un acusado de bigamia afirmara haberse representado como «bastante probable» que aún subsistiera el vínculo anterior: ¿se le debería absolver acaso? Respecto a los delitos de receptación y blanqueo de dinero, cfr. PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria*, Madrid, 1994, p. 236. Esta autora entiende que la expresión *a sabiendas* no es argumento suficiente para exigir una determinada modalidad de dolo. Sobre la trascendencia de la expresión «a sabiendas» en general, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 134.

también se puede seguir hablando de realización dolosa[486]. Sin embargo, cuando en relación con el dolo eventual se concluye que el elemento volitivo no tiene que desempeñar papel alguno y, a la vez, que para dicha modalidad de dolo basta con que el sujeto atribuya a su conducta la capacidad de realizar un tipo penal, la clasificación tripartita pierde todo su sentido[487].

Así, el dolo directo de primer grado es dolo porque también en él es necesario que el sujeto se represente la capacidad lesiva de su conducta. La intención no aporta absolutamente nada: si desaparece la intención pero la representación subsiste, el dolo se mantiene; por contra, si falta la representación, el dolo decae, por mucha intención que haya puesto el sujeto de su parte[488]. En este último caso se suele hablar de meros deseos irrelevantes para fundamentar el dolo[489]. Algo parecido sucede con los supuestos de dolo directo de segundo grado, que también lo son de dolo porque contienen —aunque amplificado hasta la certeza— el núcleo esencial de lo doloso, esto es, el conocimiento de la aptitud de una conducta para realizar un determinado tipo penal. Pasar de este conocimiento a la certeza, en la mayoría de las ocasiones, sólo se deberá a ciertas posturas emocionales de quien realiza el juicio.

En última instancia, debe negarse el sentido de la clasificación tripartita porque del hecho de que concurra una u otra modalidad de dolo

[486] Cfr. las afirmaciones de SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 150. También muchos partidarios de la teoría de la probabilidad se ven obligados a mantener la clasificación tripartita, pues entienden que en casos de intención no hace falta que el sujeto se represente el resultado querido como probable, sino simplemente como posible. De lo contrario no pueden salvar críticas como la que se les dirige con el «Caso del tirador inexperto» (cfr. *supra* II.2.B).

[487] Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 496-497, afirma que el dolo eventual representa la forma básica de dolo, pues con sus elementos está comprendido «lo que *constituye por antonomasia actuar dolosamente*» (cursiva en el original). De acuerdo con esta última idea entiende KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), p. 30, que «la tripartición en intención, dolo directo y dolo eventual no desempeña papel alguno en el concepto de dolo y que una sistematización como ésta tampoco es obligatoria. La definición mayoritaria del dolo presenta el defecto de que parte de la intención como el dolo por excelencia y por ello no consigue abarcar de modo adecuado las formas del dolo no voluntativas. Por ello es metodológicamente acertado contemplar el dolo eventual como la modalidad básica de dolo». Estas ideas pueden retrotraerse a SAUER, *Derecho penal*, p. 268, un partidario de la teoría de la probabilidad que afirmaba que «*el dolo de probabilidad es el tipo fundamental de dolo*» (cursiva en el original).

[488] Así, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575, afirma, en referencia al autor doloso, que «el que haya llegado a querer la realización del tipo, no aporta nada más a su condición de autor doloso», de la misma manera que el poder volar no aporta nada a la gaviota con respecto a su condición de ave, porque el pingüino es tan ave como ella y no puede volar (cfr. *supra* III.6).

[489] SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 83, entiende que el conocimiento del sujeto es lo que permite hablar de voluntad y no de meros deseos, lo cual no deja de poner de manifiesto que precisamente lo que acaba definiendo el dolo es el conocer y no el querer.

no se deriva efecto alguno, ni desde el prisma de la tipicidad ni de la pena. Así, tal opción clasificatoria acaba por convertirse en un bello ejercicio de elaboración de conceptos a partir de la observación de determinadas realidades pretendidamente psíquicas, pero nada más. Si lo que hace que un hecho sea doloso es el actuar pese a conocer el riesgo, ni la intención ni la certeza aportan nada al dolo en tanto que dolo y su adición sólo consigue complicar innecesariamente una cuestión conceptual ya de por sí intrincada[490]. Pocos autores parecen haber caído en la cuenta de que, cuando se postula una determinada concepción del dolo eventual, ésta repercute por fuerza en la idea global del dolo[491]. Así, cuando se afirma que el dolo *no* es «conocer y querer», debe añadirse, siguiendo a *Puppe*, que «*la tripartición conceptual del dolo debería ser abandonada*»[492].

[490] Partiendo de esta visión, consigue soslayarse la crítica de WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 672, según la cual tanto las teorías cognitivas como las diversas variantes de las volitivas adolecen de un idéntico defecto común: «todas defienden conceptos de dolo que bajo una cobertura conceptual común albergan relaciones psíquicas completamente distintas entre el autor y las consecuencias de su acción». Si se renuncia a la clasificación tripartita se consigue un concepto único y unitario de dolo.

[491] A la idea a la que sí han llegado una serie de autores es la de que el dolo eventual es la modalidad básica de dolo y los dos supuestos de dolo directo son casos de dolo cualificado. Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 496-497 y CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 965. En este atinado razonamiento falta dar el último paso, esto es, advertir que de dicha cualificación no se deriva consecuencia jurídica alguna y, por lo tanto, resulta superflua.

[492] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 154 (cursiva en el original) y LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 74. En España BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, p. 231, afirma que «la teoría de las formas de dolo puede considerarse, en realidad, superada una vez que se ha eliminado el llamado "elemento volitivo" del dolo. En efecto las distintas formas del dolo se basaban en dicho elemento volitivo. En la medida en la que todas las "formas de dolo" tienen ya el denominador común del conocimiento del peligro concreto ya no tiene razón de ser más que una única forma de dolo».

SEGUNDA PARTE

SOBRE LA «DETERMINACIÓN DEL DOLO»

VI. INTRODUCCIÓN

VI.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PRINCIPALES PROPUESTAS PARA SU RESOLUCIÓN

En la Primera Parte de este trabajo se ha llegado a la conclusión de que el dolo exige que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica: la consciencia de que tal conducta concreta resulta apta para realizar un determinado tipo penal. Sin embargo, para una correcta y completa resolución de un hipotético caso no basta con una definición de dolo como la anterior, sino que debe determinarse en el supuesto concreto si su protagonista ha actuado contando de manera efectiva con los conocimientos requeridos por el concepto de dolo[493]. Para poder llevar a cabo tal determinación es imprescindible, obviamente, responder a la pregunta de cómo puede establecerse qué es exactamente lo que un sujeto ha conocido o se ha representado en el momento de realización de un hecho objetivamente típico[494].

Es indiscutible que toda condena por delito doloso exige acreditar que el acusado ha realizado el hecho delictivo con determinados conocimientos. Estas afirmaciones sobre el conocimiento de los acusados se realizan en la práctica con una extraordinaria frecuencia, aunque los jueces o tribunales no suelen explicitar cuál es su auténtica naturaleza. La respuesta, en cualquier caso, no resulta unívoca: las dos grandes solucio-

---

[493] Esta tarea puede designarse con el apelativo de «determinación de la concurrencia en un caso concreto de los conocimientos requeridos por el dolo». Dada la longitud de esta expresión, en diversos pasajes de este trabajo, y en el propio título de su Segunda Parte, es sustituida por la de «determinación del dolo» o «determinación procesal del dolo».

[494] BURKHARDT, «Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik», en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 325 (nota 7), afirma que con los argumentos que se suelen ofrecer sobre el dolo no se consigue dar respuesta al problema práctico de cómo se debe averiguar lo que «ha pasado por la cabeza» de un sujeto.

nes posibles son apuntadas por *Díez Ripollés* en referencia a todos lo elementos del delito que presentan una naturaleza subjetiva y consisten, básicamente, en «si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista, de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo»[495]. Como indica este mismo autor, las dos perspectivas citadas no sólo se refieren al momento de formulación teórica de los elementos subjetivos, sino también al instante de su aplicación práctica[496].

La primera gran respuesta a la cuestión de cómo debe acreditarse en un caso concreto el conocimiento en que se fundamenta el dolo pasa por afirmar la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: *el conocimiento se configura como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal*[497]. Se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente *Herzberg*, «se encuentra en la cabeza del autor» o, como puntualiza *Schewe*, se basa en «vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho», unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso[498]. En lo sucesivo va a encuadrarse a todos los autores que defienden posturas de este tipo bajo la denominación global de *concepción psicológica*[499].

[495] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990, p. 21. Aunque este autor entiende que los diversos planteamientos desarrollados hasta el momento por la doctrina sobre esta cuestión pueden agruparse en cuatro grandes líneas teóricas (perspectivas psicológico-individual, normativa, psicológico-colectiva e interaccionista), afirma también (*ibidem*, p. 301) que la problemática «puede reconducirse a una dicotomía fundamental, aquella que transita entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos y el que pretende convertir la formulación y constatación de tales elementos en un proceder fundamentalmente normativo. En el primer polo de la alternativa se encontraría la perspectiva psicológico-individual, aunque con ocasionales aportaciones de ciertos enfoques interaccionistas, y en el segundo, todas las demás corrientes metodológicas estudiadas». Hace también suya esta distinción DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 37, quien habla de una concepción naturalista y una concepción normativa sobre los elementos subjetivos del delito.

[496] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 25-26.

[497] Cfr., en esta línea, por ejemplo, AMBROSIUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Neuwied, Berlín, 1966, p. 19: «dolo es ante todo la denominación de un hecho totalmente específico, de un "hecho puramente psíquico"».

[498] Cfr., resp., HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS*, 1986, p. 258 y SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 103. Por su parte, MYLONOPOULOS, «Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo», *ZStW*, 99 (1987), p. 687, afirma que la doctrina dominante concibe el dolo como un «conglomerado de hechos internos».

[499] A ella se dedican los Capítulos VII y VIII de este trabajo.

Lo que deben demostrar los autores que se inscriben en esta perspectiva es a través de qué concretos medios resulta posible acceder a la realidad del conocimiento ajeno en el momento del proceso penal. Como suele afirmar el Tribunal Supremo, aquello que se conoce o se quiere es siempre algo perteneciente «a lo más íntimo de la psique del individuo», por lo que son obvias las dificultades que plantea el penetrar en «ese arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos, quereres e impulsos motivadores»[500]. Los problemas que conlleva esta postura son, ante todo, problemas de aplicabilidad: se debe mostrar de modo convincente cuáles son los medios que hacen posible la averiguación de la realidad psíquica pretérita y ajena que, desde estos puntos de vista, sirve de sustrato material para la apreciación del dolo en un caso concreto[501].

Las dificultades prácticas que plantea la postura anterior llevan a que una serie de autores niegue la posibilidad de entender que la afirmación del dolo dependa de la averiguación de una determinada realidad psicológica. Desde su punto de vista, cuando los tribunales o jueces afirman que «alguien ha conocido algo» no hacen otra cosa que atribuir dicho conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de su subjetividad en el momento de realización del hecho típico. Para estos autores, las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno se realizan, en realidad, a partir de vías distintas a la constatación de unos fenómenos psicológicos que, por lo demás, resultan inaccesibles. Éstos son los planteamientos que en este trabajo se agruparán bajo la denominación genérica de *concepción normativa*, pues quienes la integran no caracterizan los juicios que aquí interesan como juicios descriptivos, sino como juicios de atribución de un determinado contenido de subjetividad al acusado que prescinden de una plena constatación empírica[502]. Los puntos difíciles de una perspectiva como ésta radican, en primer lugar, en dotar de legitimación a unos criterios de imputación subjetiva que, de modo paradójico, renuncian explícitamente a la *auténtica* subjetividad del autor y, en segundo lugar, en aportar una caracterización plausible de los criterios que deben emplearse para llevar a cabo el juicio de atribución del conocimiento en que se asienta el dolo.

[500] Las citas provienen, resp., de la STS de 20 de septiembre de 1989 (A 6672, ponente Moner Muñoz) y de la STS de 29 de enero de 1992 (A 581, ponente De Vega Ruiz).

[501] Como afirma FREUND, Comentario a la sentencia del BGH de 20 de noviembre de 1986 (*JR*, 1988, pp. 115-116), en *JR*, 1988, p. 117, una vez determinado en qué sustrato *psíquico* se basa el dolo surgen dos problemas: por un lado, qué procedimiento es normativa y empíricamente adecuado para su prueba y, por otro, a qué conclusiones tiene que llegarse tras la práctica de la prueba para poder condenar.

[502] A estas teorías se dedica el Capítulo IX del trabajo.

La confrontación entre la concepción psicológica y la normativa es evidente reflejo de las tensiones existentes entre dos principios rectores básicos que vinculan de forma ineludible a la labor de la dogmática jurídico-penal: *las exigencias de legitimidad y aplicabilidad que debe cumplir todo propuesta teórica sobre el Derecho penal* y, por extensión, todo concepto o definición que se derive de cualquiera de estas propuestas. Antes de entrar en un análisis más detallado de las dos grandes perspectivas enunciadas conviene exponer, aunque sea sucintamente, el porqué de tales exigencias y cómo se concretan éstas en el ámbito del concepto jurídico-penal de dolo y de su determinación práctica.

VI.2. LEGITIMIDAD Y APLICABILIDAD DE LOS CONCEPTOS JURÍDICO-PENALES

Como se ha avanzado en el subapartado anterior, *toda propuesta, concepto o definición teórica elaborados por la dogmática penal debe ser legítima y aplicable*. La exigencia de legitimidad se basa en la idea de que el Derecho penal no puede perseguir determinados objetivos a toda costa, sino que, en el ejercicio de su función, debe respetar una serie de principios limitadores. En este sentido, una concepción del Derecho penal o un concreto desarrollo de ésta que transgreda tales principios debe ser considerada ilegítima y, por tanto, rechazada. Las exigencias de legitimidad vienen establecidas, básicamente, por lo que de forma tradicional se denomina *límites del ius puniendi*, de tal modo que el respeto a estos límites debe exigirse a todos los conceptos que en su tarea interpretativa elabore la dogmática. Los conceptos delineados de tal manera que con ellos se transgreda alguno de tales límites deben ser considerados ilegítimos.

Centrando la cuestión en el debate sobre el dolo y recurriendo a un ejemplo concreto, puede afirmarse que a la teoría del consentimiento en la versión que emplea *la primera fórmula de Frank* se le dirigen, ante todo, críticas relativas a su legitimidad[503]. Si, como suele afirmarse, dicha teoría lleva a dilucidar la cuestión del dolo en función de la personalidad del autor, con su empleo se estaría transgrediendo el principio jurídico-penal de responsabilidad por el hecho, «que se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser»[504]. Así, un concepto de

[503] Cfr. las críticas planteadas a esta *fórmula de Frank* en *supra* II.2.A y II.3.

[504] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 97. Cfr. también FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 223: «un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, sólo por *aquello que ha hecho*, y no, como en el juicio moral, también por *aquello que es*» (cursiva en el original).

dolo como éste debe ser rechazado por cuestiones de legitimidad[505]. Otro ejemplo de críticas referidas a la legitimidad de determinados conceptos de dolo puede observarse en algunas de las objeciones que se han dirigido contra las «teorías objetivizantes» de la imputación subjetiva, como las defendidas por *Herzberg* o *Puppe*[506]. Cuando *Prittwitz*, por ejemplo, afirma en referencia a la teoría de esta última autora, que «la abierta atribución de responsabilidad subjetiva en función del grado *objetivo* de peligro resulta profundamente injusta y contradice el principio de reprochabilidad individual», está, de modo evidente, poniendo en tela de juicio la legitimidad de tal construcción teórica[507].

La segunda de las exigencias que debe cumplir todo concepto jurídico-penal, *la aplicabilidad*, se basa en la siguiente idea: si con el Derecho penal se pretende generar algún tipo de efecto en la sociedad, los elementos que configuran las normas penales, así como los conceptos que la dogmática crea en su labor de interpretación, deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso penal[508]. En este sentido, de nada sirve delinear conceptos que nunca pueden llegar a ser aplicados, por mucho que éstos resulten totalmente idóneos desde el punto de vista de su elaboración teórica y de su respeto a los principios limitadores de la intervención punitiva del Estado[509]. Como afirma *Puppe*, «un concepto jurídico

[505] Lo mismo afirma FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 552 (nota 86), sobre todas las teorías que hacen depender el dolo de una cuestión emocional. Críticas parecidas a la teoría de la indiferencia sostenida por *Engisch* (cfr. *supra* II.2.C) en MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1995, p. 22.

[506] Cfr. *supra* IV.2.C y D.

[507] PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Francfort d.M., 1993, p. 357 (cursiva en el original). Otras críticas a la legitimidad del concepto de *Puppe*, en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994, pp. 93-94. Críticas a *Herzberg* en BRAMMSEN, «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?», *JZ*, 1989, pp. 79-80 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 100-101.

[508] Cfr. las afirmaciones de MIR PUIG, «Por una dogmática penal creadora», en *La sentencia penal*, Madrid, 1992, p. 24: «una Dogmática que pretenda ser realista ha de empezar por admitir que únicamente será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la Ley. El Derecho implica la pretensión de realización práctica, por lo que la ciencia del Derecho no puede concebirse como una ciencia puramente teorética, sino que la naturaleza de su objeto le impone un carácter fundamentalmente práctico». En la doctrina alemana tienen un especial interés las consideraciones de PETERS, «Strafprozeßlehre im System der Strafprozeßrechts», en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit. Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1988, p. 114.

[509] Sobre la necesidad de que la ciencia del Derecho penal no pierda de vista la práctica, cfr. NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *ZStW*, 85 (1973), pp. 399-400. Cfr., igualmente, SCHLEHOFER, «Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützen Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten», *NJW*, 1989, p. 2019: «el Derecho penal no está pensado para las elaboraciones

no tiene una clara razón de ser si no se explicita método alguno para probar su concurrencia ante un tribunal», pues, como añade *Frisch*, «la tarea de una ciencia práctica como la Ciencia del Derecho es crear conceptos adecuados *para la aplicación del Derecho*»[510]. En la doctrina española afirma rotundamente *Baldó Lavilla* que «no se puede sostener en la *praxis* un constructo teórico cuya implementación en el *proceso penal* sea imposible»[511].

artísticas de la criminalidad de manual, en las que se puede atribuir discrecionalmente al autor cualquier actitud volitiva, sino que su eficacia debe *acreditarse en la realidad*, algo que no puede conseguir un elemento cuya concurrencia sea inaccesible a la prueba» (cursiva en el original). También interesantes las consideraciones de ENDRUWEIT/KERNER, en HASSEMER/LÜDERSSEN (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, vol. III, Múnich, 1978, p. 95 ss, quienes entienden que la *calidad* de una teoría jurídico-penal se analiza en dos momentos: un primero en que se utilizan criterios inmanentes al Derecho penal y un segundo en que «deben probarse sus consecuencias a nivel procesal». Muy interesantes también las consideraciones de FREUND, «Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 44-46 (esp. nota 5) y FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en *ibidem*, p. 207. La importancia de la aplicabilidad afecta también a la fase de creación legislativa: según FLORIÁN, *De las pruebas penales*, 3.ª ed. italiana, trad. J. Guerrero, Santa Fe de Bogotá, 1995, tomo I, p. 64, «hondas preocupaciones acerca de la prueba atormentan a menudo al legislador cuando dicta las normas sobre el contenido de los delitos».

[510] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 60 y FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 547 (cursiva en el original). La primera autora añade que tampoco sería correcta la opción opuesta, esto es, dar sentido a un concepto que no lo tuviera aportando reglas de prueba. HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, p. 637, afirma por su parte que «sólo en la praxis se demuestra si un concepto teórico resulta apropiado y si garantiza soluciones convincentes y predecibles». FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 37, considera que el presupuesto de la pena debe ser un hecho que, entre otras características, «resulte susceptible de prueba». Añade este autor (*ibidem*, p. 223) que para que «el juicio tenga carácter cognitivo y jurisdiccional no basta con que los delitos estén previstos por las leyes con arreglo al mero principio de legalidad, sino que también es preciso, como ya se ha mostrado, que consistan en hechos empíricos taxativamente señalados según el principio de estricta legalidad, de manera que resulten verificables (y refutables) las tesis judiciales que afirman o niegan su existencia».

[511] BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112 (cursiva en el original). Añade este autor (*ibidem*, p. 113, nota 239), que las «pretensiones más espiritualizadoras de la imputación subjetiva chocan siempre, por lo menos, contra las características del proceso penal». La mutua interacción entre conceptos jurídico-penales y necesidades de prueba es puesta de manifiesto por MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», *DP*, 1978, pp. 304-305. Con respecto a la específica cuestión del dolo, TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, p. 540, se hace eco de cómo «las alambicadas construcciones teóricas realizadas por diversos sectores doctrinales» acerca del dolo eventual son «a menudo acusadas de favorecer un drástico distanciamiento entre teoría y praxis». Pese a ello, PETERS, «Gespräch und Briefwechsel. Zur Methode der Tatsachenerkenntnis in der Strafprozeßlehre», *Klug-FS*, Colonia, 1983, vol. II, p. 548, sostiene que la figura del dolo eventual sirve para superar en buen número de casos los problemas de prueba del dolo.

Las críticas sobre la aplicabilidad de un determinado concepto o definición teórica pueden clasificarse en tres grandes grupos. En primer lugar, se cuestiona la aplicabilidad de un concepto cuando se afirma que, de acuerdo con los términos en que dicho concepto está definido, es imposible saber qué sustrato fáctico debe determinarse en el proceso para decidir si procede o no su aplicación. Esta crítica se dirige, por ejemplo, a la teoría de la probabilidad. En la medida en que ésta no aporta un límite claro sobre qué porcentaje de posibilidades tiene que haberse representado un sujeto para afirmar que éste ha actuado dolosamente, nunca es posible saber con exactitud si concurren las condiciones de aplicabilidad del concepto de dolo que dicha teoría defiende[512]. Como es evidente, en casos como éste los problemas de aplicabilidad son provocados por la indefinición teórica inicial del concepto que se pretende utilizar.

Una segunda dirección en que pueden dirigirse las críticas basadas en la aplicabilidad se aprecia en aquellos casos en que se considera que el sustrato fáctico del que depende la aplicación de un determinado concepto nunca o raramente puede llegar a ser determinado en la práctica, pues en el ámbito del proceso no se cuenta con medios que hagan posible tal determinación[513]. Esta línea siguen, por ejemplo, las críticas que dirigen ciertos autores contra aquellas teorías del dolo que vinculan la aplicación de esta figura al hecho de que un sujeto haya «tomado en serio» un riesgo representado, se haya conformado con él, o no haya «eliminado mentalmente» tal representación[514]. Otras objeciones similares

[512] Afirma MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 25, que «es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20% o el 30%, pongo por caso— como frontera de dolo y culpa consciente».

[513] Como es evidente, cuando se trata la cuestión relativa a las condiciones de aplicabilidad de los conceptos penales en el proceso, dichas condiciones deben contextualizarse adecuadamente en un momento histórico. Ello no sólo requiere enunciar los mecanismos que en el ámbito del proceso penal deben facilitar la aplicabilidad de un concepto (esto es, básicamente los medios de prueba), sino la capacidad que en dicho momento se atribuye por la sociedad a cada mecanismo para aportar un determinado grado de certeza sobre la real existencia de un hecho. Expresado con un ejemplo tal vez burdo, pero sin duda ilustrativo: la acreditación sobre si un sujeto participó en un determinado hecho delictivo no se llevaría a cabo hoy en día de idéntica manera a como se hace, si los jueces pudieran contar con una «máquina del tiempo» que les permitiera retroceder hasta el instante y lugar de la comisión de los hechos y ver con sus propios ojos qué conducta llevaba a cabo el sujeto en cuestión.

[514] Cfr. las críticas de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 131, a la teoría del consentimiento por «pretender inferir la existencia del dolo eventual de una determinada actitud psicológica del autor de la conducta sometida a examen, y sólo de esa actitud sin elementos objetivos u objetivables en que poder apoyar una conclusión sobre el particular». Desde el punto de vista de LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, p. 424, los anteriores problemas probatorios también afectan al elemento de la representación.

son las dirigidas a la teoría del consentimiento en la versión que se basa en la *primera fórmula de Frank*: no existe forma posible de llegar a averiguar qué es lo que habría hecho el autor en caso de representarse el resultado como seguro[515]. Semejantes críticas no cuestionan por sí solas la legitimidad de estas teorías, sino que ponen en tela de juicio que éstas puedan ser llevadas a la práctica[516].

Por último, la tercera y, a la vez, la más rotunda de las críticas basadas en la aplicabilidad de un concepto se da en los casos en que, desde el plano teórico, se considera que la aplicación de dicho concepto se hace depender de la concurrencia de un sustrato fáctico cuya existencia real se juzga imposible[517].

La entidad de los problemas de aplicabilidad que plantean determinados conceptos penales no debe ser pasada por alto. Sin embargo, no siempre resulta fácil detectar la efectiva concurrencia de tales dificultades, pues su existencia suele salvarse en la práctica aplicando un concepto distinto del previamente enunciado. Esta forma de proceder obedece, en la mayoría de casos, a la necesidad de evitar supuestos de impunidad que se antojan inadmisibles. Sin embargo, lo que deviene entonces cuestionable es la legitimidad del razonamiento de unas instancias de aplicación del Derecho que manipulan en la práctica los conceptos que *a priori* afirman necesarios para sostener una condena[518]. Esta situación se da, por ejemplo, cuando se defiende para el dolo eventual la necesidad de que el sujeto se haya «conformado» con la realización del tipo. Dado que la determinación procesal de tal concepto plantea evidentes problemas, la jurisprudencia acaba afirmando su concurrencia cuando el sujeto

[515] Cfr., al respecto, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 42. Cfr. también las críticas formuladas a la teoría del consentimiento por LIEPMANN, *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf»*, Hamburgo, 1921, p. 76 ss: «¿cómo debe un tercero o el juez obtener una conclusión segura sobre un estado psíquico que en absoluto ha existido en el autor?».

[516] Cfr., al respecto, PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 11. Cfr., igualmente, las consideraciones de BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggeto e di accertamento del dolo*, Milán, 1960, p. 23.

[517] Así, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. alemana, trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 325, cuestiona que «florituras retóricas» como el «aprobar» o el «asumir con indiferencia» «sean posibles en la práctica». Cfr. también KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 49.

[518] Algo que VOLK, «Kausalität im Strafrecht», *NStZ*, 1996, pp. 108-109, ha puesto de manifiesto con especial capacidad de convicción en todo lo que respecta a la denominada «prueba de la causalidad». Especialmente interesante en este ámbito, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 109: los problemas prácticos de prueba suelen repercutir en la interpretación que de la ley hace el juez, mientras que las dificultades interpretativas a menudo se resuelven orientando en determinados sentidos la valoración del material probatorio.

en cuestión ha actuado pese a conocer el riesgo de dicha realización[519]. Esta forma de proceder lleva a que, después de todo, se acabe por aplicar un concepto distinto al enunciado[520].

Las más diversas formulaciones teóricas sobre los distintos elementos de la infracción penal reciben constantemente críticas por uno u otro motivo: aplicabilidad o legitimidad. Ello se debe a que estos últimos no son conceptos cerrados y a que, desde luego, cada autor sostiene una visión distinta sobre lo que es legítimo o lo que resulta aplicable. La problemática, por supuesto, va más allá del ámbito específico del dolo, bastando en este sentido con recordar las críticas recibidas por el concepto de culpabilidad basado en la idea del «poder actuar de otra manera», habitualmente rechazada con el argumento de que la concurrencia de tal posibilidad es indemostrable, tanto en general, como para casos concretos[521]. Parece pues indudable que la creación de conceptos por la dogmática jurídico-penal no debe transgredir los límites del *ius puniendi*, lo que otorga legitimidad a tales conceptos, y, a la vez, éstos deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso, para impedir que el Derecho penal se convierta en un instrumento totalmente inapropiado para generar determinados efectos en la sociedad[522].

[519] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 138, quien afirma que «aquellas fórmulas cuyo sentido no está claro, es decir, que no aportan criterios claros para diferenciar entre dolo e imprudencia *sólo pueden ser aplicadas de forma manipulada*» (cursiva en el original).

[520] Cfr., al respecto, PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 6-9 y 11, quien afirma que conceptos como el «tomar en serio», «conformarse», etc. muestran una clara propensión a ser manipulados en el momento de su efectiva aplicación. En LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 32, se sostiene que, aunque tales conceptos se enuncian como dependientes de una realidad psíquica del autor, en la práctica se normativizan. Cfr. asimismo KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 23. En este sentido, sostiene HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639, que aunque los tribunales exigen para el dolo que el sujeto haya *tomado en serio* el riesgo representado, en realidad resuelven los casos juzgando si dicho sujeto ha conocido un riesgo que *debía ser tomado en serio*.

[521] Cfr. en este sentido ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 41, donde se rechaza una idea de culpabilidad basada en la posibilidad del sujeto de actuar de otro modo, por ser ésta «algo empíricamente difícil de constatar». Una visión panorámica sobre esta discusión en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, p. 409. Cfr., igualmente, U. STEIN, «"Gewißheit" und "Wahrscheinlichkeit" im Strafverfahren», en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, Neuwied, Kriftel, Berlín, 1995, p. 249, quien afirma que si la culpabilidad se fundamenta en el «poder actuar de otra manera» una condena nunca sería legítima, pues éste no se puede probar ni en general ni en el caso concreto. Cfr., asimismo, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 81 ss.

[522] En este sentido, son especialmente interesantes las preguntas formuladas por LIEPMANN, *Die Reform*, p. 68, para considerar correcta la elaboración legal de un concepto de dolo: «1.º ¿Son iguales los tipos psicológicos del dolo directo común y del eventual?; 2.º ¿Son valorativamente iguales los casos de dolo directo y dolo eventual en su cualificación de culpabilidad, de modo que, con otras palabras, el contenido de culpabilidad del dolo eventual sea esencialmente más intenso que el de la culpa consciente?; 3.º *¿Es posible lle-*

La exigencia irrenunciable de aplicabilidad debe servir para rechazar aquellas declaraciones según las cuales «la creación de conceptos no tiene nada que ver con las dificultades de prueba», como sostuvo en su día *Schmidhäuser*[523]. O la afirmación de *Morselli* de que la aplicación de un concepto «es un problema sólo práctico, que nada quita ni agrega a la validez teórica»[524]. El Derecho penal sólo puede ser un instrumento efectivo si cuando se define su contenido se piensa en cómo éste va a poder ser llevado a la práctica del proceso penal: de lo contrario todo queda en una elaboración de conceptos tal vez bella, pero estéril, y no se puede seguir afirmando que la dogmática sea una ciencia práctica[525]. Además, puesto que siempre subsisten determinadas necesidades preventivas, si no se establecen *controles teóricos* para el momento de aplicación de los

var a cabo con seguridad en la praxis la delimitación de los casos de dolo eventual?» (cursiva añadida). En la tercera interrogación se observa de modo evidente la exigencia de un control de aplicabilidad. También HEINE, *Tötung aus «niedrigen Beweggründen»*, Berlín, 1988, p. 3, se plantea como objetivo de su trabajo sobre los «motivos abyectos» en el asesinato encontrar una interpretación que presente «consistencia dogmática» y que sea «trasladable a la práctica». Cfr., igualmente, los requisitos que plantea WALTER, «Die Subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht», *KrimJ*, 1981, p. 207, para los elementos subjetivos en el Derecho penal.

[523] SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, p. 243. Este autor justifica tal afirmación argumentando que los problemas procesales exigen saber previamente en qué consiste el concepto que se quiere aplicar y, refiriéndose al tipo subjetivo, entiende que en todo caso existen posibilidades de acceder a los pensamientos de un acusado a través de confesiones, testigos o indicios. Sin embargo, ello no debe excluir la exigencia de que al crearse el concepto se tenga presente a través de qué mecanismos (si es que existen) va a ser posible aplicarlo. En una línea parecida a la de *Schmidhäuser* se encuentran las afirmaciones de KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 150, cuando este autor afirma que «el concepto de dolo debe diferenciarse de las dificultades y los criterios de su determinación en el caso concreto». Una crítica a *Schmidhäuser*, en PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS» (2.ª parte), *JA*, 1988, p. 496, quien sostiene que «una ciencia del Derecho penal que formula requisitos de imputación subjetiva cada vez más sutiles sin reflexionar sobre su traslación al ámbito de la prueba, pierde legitimación o, por lo menos, poder de convicción».

[524] MORSELLI, «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADPCP*, 1991, p. 900. La afirmación de este autor reproducida *supra* se formula como respuesta a las críticas recibidas por su concepción del dolo, basada en la actitud interna del sujeto. En España GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 58, afirma que «los problemas de prueba no pueden ni deben afectar en lo más mínimo a los contenidos de Derecho material». En la doctrina italiana PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Milán, 1993, p. 274 (nota 18), se muestra disconforme con las críticas que se basan en la puesta en práctica de determinados conceptos dogmáticos, afirmando que «la ciencia del Derecho penal se ocupa de determinar el contenido de los ilícitos penales y de las respectivas sanciones, pero no de la técnica a través de la cual se averigua el sustrato fáctico del primero».

[525] En contra de esta idea MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 900: «ciencia y praxis se mueven sobre planos distintos, que no siempre coinciden; en efecto, la praxis debe recurrir a compromisos y a aproximaciones que para la ciencia son, y deben ser, justamente ajenos».

conceptos, se abre la puerta a la arbitrariedad en la aplicación del Derecho[526].

En cualquier caso, la legitimidad y la aplicabilidad deben ser vistas como presupuestos mínimos de toda elaboración dogmática y no como principios rectores de dicha elaboración. Esta idea queda clara cuando, con respecto a la legitimidad, se habla de «límites» del *ius puniendi*, pero debe recalcarse especialmente en relación a la exigencia de que los conceptos jurídico-penales resulten aplicables. Así, un concepto jurídico-penal no debe considerarse *mejor* que otro por ser *más fácilmente aplicable*. Es evidente que en la elección de conceptos deben primar otros criterios, como una mayor sintonía con las finalidades del legislador, con el sentido de la ley positiva, o una mayor contribución al logro de los objetivos del Derecho penal. La exigencia de aplicabilidad sólo traza el límite mínimo de dicha elección: un concepto que no resulte aplicable no es válido dentro de una disciplina eminentemente práctica como la dogmática penal y por ello debe rechazarse[527]. Estas consideraciones no deben perderse de vista en el desarrollo de los siguientes Capítulos.

VI.3. TRASCENDENCIA DEL PROBLEMA

El tema que va a tratarse en la Segunda Parte de este trabajo tal vez sea uno de los que mayor importancia presenta en la práctica cotidiana, aunque, paradójicamente, es también uno de los que menor atención ha merecido por parte de la doctrina[528]. La cuestión ha sido a menudo bau-

[526] Como sucede, según LIEPMANN, *Die Reform*, pp. 78-79, con un concepto de dolo basado en la *primera fórmula de Frank*: el hecho de que los presupuestos aplicativos de este concepto no puedan ser determinados en la práctica no lleva a su inaplicación, sino a determinar sus exigencias a partir de la personalidad del autor, de tal modo que, subrepticiamente, se emplea un concepto ilegítimo.

[527] GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, p. 252, afirma que «en principio los problemas de prueba no pueden ser decisivos para refutar una teoría de Derecho material». La vigencia de esta regla general debería, no obstante, decaer en aquellas situaciones en que no sólo se dieran «problemas» de prueba, sino que la entidad de tales problemas conllevara la auténtica inaplicabilidad del concepto.

[528] En este sentido, basta con observar los manuales de Derecho penal, tanto españoles como alemanes, para comprobar el escaso espacio (por no decir nulo) que dedican al problema de la «determinación del dolo». El panorama tampoco es mucho más halagüeño en lo que respecta a trabajos monográficos acerca de la cuestión. En España, el estudio más completo es, sin duda, *Los elementos subjetivos del delito* de DÍEZ RIPOLLÉS, aunque la cuestión del dolo sólo es una más de entre las diversas que se abordan en esta obra. Tampoco en la dogmática alemana el número de trabajos es mucho más elevado y, lo que sorprende en mayor medida, es la escasa atención que el problema ha merecido, con honrosas excepciones (como *Frisch* o *Hruschka*), a los «pesos pesados» de la Ciencia penal de todos los tiempos. Por todo ello, no parece exagerado afirmar que éste sigue siendo un terreno, si no inexplorado, sí en el que queda aún mucho por discutir.

tizada con el poco sugerente apelativo del «problema de la prueba del dolo» y, como consecuencia casi inmediata de tal denominación, se ha remitido —tácitamente en la gran mayoría de las ocasiones— al ámbito teórico del Derecho procesal[529]. Sin embargo, lo más preocupante de la cuestión es que tampoco desde ese «mundo aparte» que casi siempre parece ser el Derecho procesal se han aportado respuestas, y el problema simplemente se ha ignorado[530]. Como afirma *Loos*, «la determinación de los elementos subjetivos del delito debe contemplarse como la gran cruz del proceso penal, un problema que tiene un carácter apremiante para la labor diaria de los prácticos, pero que apenas ha sido puesto al día desde un punto de vista teórico»[531].

[529] FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 550-551, aporta una explicación de este fenómeno: «se suele discutir mucho menos intensamente sobre la problemática de la determinación del dolo que sobre la cuestión jurídico-material de cuál es el concepto adecuado, a causa, posiblemente, de la creencia errónea de que se trata sólo de cuestiones fácticas o del caso concreto sobre las que poca cosa se puede decir de modo general». Las afirmaciones de VEST, «Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes», *ZStW*, 103 (1991), p. 584, confirman tal perspectiva: «para una dogmática concebida de un modo tradicional, los problemas de prueba son tarea del juez encargado de dilucidar los hechos y, por tal motivo, una labor, en todo caso, de la teoría del proceso o de la criminalística». Cfr., igualmente, GERCHOW en el prólogo de SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 7, quien ya constataba esta situación en los años sesenta y hacía extensiva la actitud de desinterés a la psicología y a la psiquiatría.

[530] Cfr. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 565, quien califica de «desolada» la situación de la teoría procesal de la prueba en general. Sobre los motivos y los problemas que plantea la separación entre Derecho penal y Derecho procesal penal en el ámbito académico y científico, cfr. MAIER, *DP*, 1978, p. 301 ss. VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986, p. 3, afirma, por su parte, que la total separación entre Derecho material y Derecho de la prueba pasa por alto la realidad misma.

[531] LOOS, «Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis», en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 262; cfr., igualmente, EL MISMO, Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993 (*JR*, 1994, p. 510 ss), en *JR*, 1994, p. 513. En una línea similar, KRAUß, «Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», *Bruns-FS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1978, p. 11, quien añade que «hasta el momento la discusión ha versado, de modo casi exclusivo, sobre el significado dogmático y funcional de los elementos subjetivos en el sistema del delito, pero en la mayoría de los casos no se ha discutido qué es lo que se sigue de la posición sistemática y de la "importancia" dogmática para la subjetividad de un elemento. Es evidente que no está claro a qué psique del autor se refiere el Derecho penal, aunque prácticamente no se discuta al respecto». Pese a todo ello, ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 420, afirma incluso que «el límite entre el dolo eventual y la culpa con representación es un terreno resbaladizo, aunque más en el campo procesal que en el penal» y HILLENKAMP, «Dolus eventualis und Vermeidewille», *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 360-361, añade que las dificultades con que se encuentra la doctrina en el ámbito del dolo eventual obedecen, con toda probabilidad, a la concurrencia tanto de problemas conceptuales como también de prueba. PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *Nishihara-FS*, Baden-Baden,

Semejante olvido debe por fuerza reputarse «lamentable», afirma *Frisch*, pues con él se pasan por alto las repercusiones que las cuestiones procesales ejercen sobre el Derecho material y porque «de poco sirve todo el trabajo de filigrana en el ámbito de la caracterización jurídico-material del dolo si, en el ámbito procesal, éste carece de una réplica que haga posible el traslado de los discernimientos previos, es decir, si se mantiene en la oscuridad la cuestión sobre (el método para) la determinación de los requisitos exigidos»[532]. No entrar en un análisis del problema, prosigue este autor, lleva a que «la determinación de los requisitos correspondientes surja de una vivencia sentimental en un inmenso espacio sin reglas, en que, ante hechos y planteamientos absolutamente idénticos, un aplicador jurídico puede llegar a un resultado y otro aplicador, a otro bien distinto»[533]. Las funestas consecuencias de esta situación son evidentes: pese a que se afirma que la elaboración dogmática permite dar un tratamiento uniforme a todos los supuestos que se puedan presentar en un determinado ámbito de la práctica, no se aportan sin embargo criterios que hagan posible una resolución *completa y racional* de todos los supuestos[534]. Cuando se indaga sobre las vías de aplicación de los conceptos previamente definidos, en la gran mayoría de ocasiones sólo se encuentra por respuesta un enorme vacío teórico y muchos de los razonamientos con los que en la práctica se resuelven los casos permanecen ocultos[535].

Como ya se ha apuntado anteriormente, son notables los problemas que se derivan de una creación de conceptos materiales de dudosa apli-

1998, p. 155, constata cómo bastantes autores ven en la cuestión del dolo más problemas procesales que de Derecho material.

[532] FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 552, en una afirmación que recuerda a la pregunta que se formulara ROXIN en su *Política criminal*, pp. 18-19, cuestionando «si no estará caracterizado el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática, que opera con las más sutiles finezas conceptuales, por una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico».

[533] FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 552-553. Por su parte, PERRON, *Nishihara-FS*, p. 154, denuncia que el enorme espacio libre de reglas en que se mueven los aplicadores jurídicos al determinar el *factum* en que se asienta la imputación subjetiva lleva a «desigualdades» y a «distorsiones sistemáticas». HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, p. 111, afirman que en el ámbito del dolo eventual «los Tribunales de Justicia hacen y deshacen a su antojo, al amparo de la libre apreciación de la prueba».

[534] Una defensa de la dogmática jurídico-penal como ciencia aplicada cuyo centro de interés básico es la resolución de casos prácticos en MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 26.

[535] Cfr. NAUCKE, *ZStW*, 85 (1973), pp. 430-431 (nota 66). Este autor expresa con claridad que, en la práctica, la decisión sobre si en un concreto caso concurre o no dolo «no es posible con la ayuda que ofrece la Ciencia [penal]» y los casos se acaban resolviendo con el recurso al sentido común, deviniendo éste «la argumentación en sentido propio», cuyos resultados sólo se controlan *a posteriori* por medio de la pregunta sobre si jurídicamente dichos resultados pueden ser abarcados por el estado de la teoría del dolo eventual.

cabilidad. Dado que las necesidades de condena en no pocos casos persisten, no es improbable que en tales supuestos el concepto (inaplicable) acabe por ser igualmente empleado, pero sin que se respeten de modo coherente las exigencias que de su enunciación teórica parecen derivarse[536]. Ello implica que en algún momento concreto de entre los que van de la definición del concepto a su concreta aplicación, dicho concepto sufre algún tipo de *manipulación* que permite hacerlo aplicable. Tal fenómeno no habla precisamente a favor, ya no sólo de la seguridad jurídica, sino de la racionalidad misma del momento de aplicación del Derecho.

En esta misma línea, parece indiscutible que es imposible juzgar el verdadero alcance de los conceptos de Derecho material si no se presta también atención a la forma en que éstos son llevados a la práctica[537]. De nada sirve, por ejemplo, propugnar un concepto restrictivo de dolo si, cuando éste se traslada al proceso, el juez se muestra especialmente predispuesto a afirmar la mayoría de las veces que en el caso concreto el sujeto ha conocido (y, eventualmente, querido) los elementos que conforman el tipo objetivo, actuando por tanto dolosamente[538]. Conceptos de dolo muy restrictivos en la teoría pueden ampliarse en la práctica hasta el infinito con una aplicación tendente a favorecer la afirmación procesal de que los elementos que configuran dicho concepto han concurrido en el caso concreto.

Este último fenómeno se aprecia con especial intensidad en la aplicación que a lo largo de las últimas décadas se ha hecho de una teoría del dolo tan restrictiva en su formulación teórica como la del consentimiento[539]. Según esta perspectiva, para afirmar el dolo eventual es necesario que el sujeto conozca la posibilidad de realización de la conducta típica y, además, apruebe interiormente dicha realización. Pues bien, este concepto tan restrictivo de dolo —sobre todo en comparación con otros que han ido ganando importancia en tiempos más recientes— ha sido ampliado hasta su más absoluta deformación por la práctica judicial, llegando a caricaturizar completamente el pretendido elemento volitivo y a presumirlo a partir del cognitivo: la prueba más evidente de ello es que se llegara a crear ese engendro conceptual bautizado como «aprobar en sentido jurídico»[540]. Que dicha deformación pueda obedecer a cuestiones de justicia material —pues, como ya se ha visto en su momento, una aplicación estricta de la teoría del consentimiento lleva a conclusiones a menudo inaceptables— no puede justificar desde la perspectiva teórica semejantes manipulaciones. Ya no la seguridad jurídica, sino la más mínima exigencia de racionalidad en el discurso jurídico, exigen que en el proceso de aplicación del Derecho las cosas se llamen por su nombre y que se explicite el auténtico fundamento de las decisiones que se puedan adoptar.

Por contra, un concepto de dolo teóricamente amplio como el que propugnan, por ejemplo, las teorías cognitivas, no tiene por qué llevar en la práctica a un incremento exorbitado de condenas por delito doloso. Esto sucederá si, en el momento en que se aplica sobre el *factum* el concepto previamente elaborado, el juez se muestra más bien remiso a constatar que el sujeto realmente ha conocido la peligrosidad que su conducta entrañaba para el bien jurídico o la posibilidad de acaecimiento del resultado lesivo. Esta realidad puede apreciarse en la teoría del dolo propugnada por *Schmidhäuser,* muy amplia en sus contornos conceptuales, pero, a la vez, bien predispuesta a afirmar en no pocos casos la concurrencia de una «eliminación mental» de la representación del peligro por parte del sujeto activo[541]. En cualquier caso, la práctica inexistencia de criterios a partir de los que juzgar las condiciones de aplicabilidad de los conceptos debe llevar, cuando menos, a relativizar las críticas que unas teorías dirigen a otras acusándose mutuamente de ampliar o restringir de forma desmesurada el ámbito de lo doloso. Hasta que las teorías del dolo muestren los criterios que las deben hacer aplicables, la procedencia de tales críticas debe dejarse en suspenso.

[536] BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 23, afirma que la construcción de conceptos de dolo basados en realidades psicológicas cuya averiguación es especialmente compleja acaba llevando al uso de presunciones.

[537] En Italia BRICOLA, *Dolus in re ipsa,* p. 2, pone de manifiesto «la estrecha vinculación entre problemas de Derecho material y problemas procesales en materia de dolo, la íntima conexión entre el objeto del dolo y su determinación». La misma idea es recalcada por EUSEBI, «In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa» (comentario a la sentencia de la *Corte d'Apello* de Milán de 22 de abril de 1986), *RIDPP*, 1987, p. 1067.

[538] Un fenómeno de esta naturaleza es constatado por PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994, pp. 233-234, en lo que respecta al dolo de los tipos de receptación y blanqueo de dinero. En este trabajo se pone de relieve cómo, pese a exigir la jurisprudencia que el sujeto activo de estos delitos tenga un *conocimiento cierto* de que los bienes que adquiere proceden de la previa comisión de un hecho delictivo, «luego rebaja las exigencias en materia de prueba» de dicho conocimiento, añadiéndose que «resulta contraproducente exigir certidumbre absoluta para luego rebajar las exigencias de prueba del mismo y acabar admitiendo que se deduce a partir de datos como el precio bajo del objeto».

[539] Sobre esta teoría, cfr. *supra* II.2.A.

[540] Cfr., al respecto, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 33-35 y *supra* III.1.

[541] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-245, en referencia al caso de la «conducción vertiginosa». Sobre la teoría del dolo defendida por este autor, cfr. *supra* III.2.

VII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: «determinación del dolo» como averiguación de un fenómeno psicológico

VII.1. Planteamiento

De acuerdo con lo apuntado en el Capítulo anterior, la *concepción psicológica del dolo* entiende que la afirmación según la cual una persona ha actuado dolosamente depende de que pueda acreditarse de modo fehaciente que ésta ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos (y, según los autores, intenciones). Esta perspectiva parte de dos grandes ideas: en primer lugar, concibe tales conocimientos como un concreto proceso efectivamente acontecido en la mente de un sujeto, es decir, como un *fenómeno de naturaleza psicológica*[542]. En segundo lugar, entiende que la existencia de tal fenómeno es algo que puede averiguarse *a posteriori*, esto es, en el momento del proceso penal. De los resultados de tal averiguación se hace depender el que alguien pueda ser legítimamente condenado por una realización delictiva dolosa[543]. En consecuencia, cuando no consiga constatarse la concurrencia de los procesos psíquicos en que se basa el

[542] Como afirma LICCI, «Dolo eventuale», *RIDPP*, 1990, pp. 1512-1513 (nota 61), «el esquema normativo ha sido construido por el legislador tomando como base referentes de naturaleza psicológica y, por tanto, la interpretación del dato legislativo no puede no tomar en cuenta la realidad de referencia». En términos similares se expresa también EUSEBI, *RIDPP*, 1987: «con el dolo el ordenamiento penal hace referencia a un efectivo estado psicológico constituido por la representación y la volición del hecho por parte del sujeto (...) el dolo se configura como dato empírico (o de orden psíquico) y *no* como juicio normativo» (cursiva en el original). Añade NOWAKOWSKI, *WK*, 20.ª entrega (1984), § 5, n.º marg. 14, que la conformidad del acusado con la producción del resultado —(pretendido) elemento del dolo eventual— debe ser probada «como un dato histórico del aspecto interno del hecho».

[543] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 32, afirma que, según esta perspectiva, los elementos subjetivos del delito «se han de concebir como realidades psíquicas previamente dadas y susceptibles de desvelamiento a partir de un proceso de averiguación».

dolo, sólo podrá castigarse al sujeto, si la ley lo permite, por delito imprudente.

De acuerdo con estas ideas, el conocimiento en que se fundamenta el dolo se concibe como una *realidad pretérita*: lo que interesa son determinados fenómenos psicológicos existentes en el momento en que el hecho se llevó a cabo, un instante que se ubica siempre en un pasado más o menos lejano en relación con el proceso penal. En este sentido, la tarea del juez exige la plena reconstrucción de tales fenómenos. En palabras de *Engisch*:

> el jurista procede ni más ni menos que como el historiador cuando aporta y aprecia pruebas para averiguar de qué manera ha sucedido algo. La llamada *libre valoración de la prueba* no supone, como alguna vez se ha dicho, el ejercicio de un criterio judicial —lo que querría decir que tras la práctica de la prueba serían defendibles diversas opiniones sobre el resultado— sino la no vinculación a reglas legales de prueba para aproximarse a la inequívoca verdad misma[544].

En la medida en que estos puntos de vista caracterizan el conocimiento en que se fundamenta el dolo como un dato a extraer de la realidad, es decir, como un hecho efectivamente acaecido, las afirmaciones sobre tal conocimiento deben necesariamente ubicarse dentro del relato de hechos probados de la sentencia, del mismo modo que consta entre tales hechos, por ejemplo, que el acusado fue quien disparó un arma, o que la causa de la muerte de una persona fue un accidente de automóvil: todas estas afirmaciones comparten la calidad de descripciones de hechos pasados y la única diferencia que les separa es que, en el caso del conocimiento, la naturaleza del hecho es psíquica y, por tanto, interna, mientras que en los demás es externa[545]. Como suele afirmar el Tribunal Supremo, reúnen esta última condición los hechos que otro sujeto puede

[544] ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Múnich, 1963, p. 6 (cursiva en el original). De acuerdo con estas ideas, HANACK, «Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß», *JuS*, 1977, p. 728. Cfr., asimismo, MÜLLER-DIETZ, «Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren», *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 15 (1971), p. 260 y DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, 9.ª ed. (2.ª reimp.), Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 14 ss. Muy interesantes las consideraciones de ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Madrid, 1992, pp. 132-134, quien establece algunas diferencias entre la figura del juez y la del historiador: «la cuestión sobre la que el juez está obligado a pronunciarse, incluso en su dimensión fáctica, suele estar profundamente teñida de aspectos de valor y la indagación judicial siempre se da en función de una hipótesis necesariamente normativa».

[545] Como afirma GRASNICK, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, Tübingen, 1987, p. 74, según las teorías mayoritarias lo que interesa en este ámbito es averiguar hechos históricos ubicados en la interioridad de una tercera persona.

percibir a través de sus sentidos, mientras que deben reputarse hechos internos los que no son accesibles a tal tipo de percepción[546].

La enunciación de los grandes postulados en que se basa esta perspectiva no parece una tarea demasiado compleja. Conviene comprobar ahora si la idea de que el concepto de dolo sólo puede aplicarse cuando se consigan averiguar determinados fenómenos psicológicos cumple con los dos requisitos exigidos para toda construcción teórica acerca del Derecho penal: la legitimidad y la aplicabilidad.

VII.2. LEGITIMIDAD DE LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA

La concepción psicológica de la «determinación del dolo» no presenta, aparentemente, ningún problema de legitimidad. Es más, puede incluso afirmarse que, en el ámbito de la discusión doctrinal, a menudo se le presume una plena legitimidad teórica y son los autores que la defienden quienes constantemente ponen de manifiesto déficits de legitimidad en las perspectivas opuestas, desde las cuales se replica, como se verá más adelante, con otro tipo de argumentos[547].

Un primer motivo básico para defender tal legitimidad surge del siguiente argumento: dado que la aplicación de una norma penal depende de la efectiva realización de unos hechos que se adapten a la descripción típica que incorpora dicha norma, sostener que es posible llevar a cabo un juicio afirmativo de tipicidad sin que conste plenamente dicha realización es algo totalmente inaceptable. De la misma manera que no puede hablarse de que se ha cometido un delito consumado de homicidio sin que se dé por probada la muerte de una persona, tampoco puede hablarse de que «alguien conoció algo» sin acreditar la existencia efectiva y real de dicho conocimiento[548]. Afirmar que es posible la concurrencia de una acción dolosa sin haberse demostrado que el acusado ha contado con el grado de conocimiento que es presupuesto aplicativo del dolo supone

[546] Así, entre otras muchas, la STS de 28 de abril de 1989 (A 3558, ponente Puerta Luis), donde se afirma que «la intención o propósito que anima a las personas, por residir en su esfera íntima, no es directamente perceptible». Sobre la habitual distinción entre hechos internos y externos, cfr. GRASNICK, *Über Schuld*, p. 78.

[547] Cfr. *infra* IX.

[548] En este sentido, afirma MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Padua, 1992, p. 328 ss, que «la inadmisibilidad de presunciones en materia de dolo no es únicamente una consecuencia del principio de responsabilidad personal, sino algo implícito a la esencia misma del dolo, que es consciencia y voluntad *reales* del hecho». Ver también IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, p. 26: «las normas legales tienen una estructura condicional, de modo que si se verifica el hecho previsto por la ley debe seguir una cierta consecuencia jurídica. Entonces, cae de su peso que una norma jurídica no se aplica correctamente mientras no se acredite que verdaderamente un determinado hecho ha tenido lugar».

una grave contradicción que, por si fuera poco, deja la puerta abierta a peligrosas arbitrariedades[549].

Sin embargo, tal argumentación no justifica por sí sola la legitimidad de la perspectiva. Su enfoque resulta sin duda coherente, porque parte de que la ley establece un concepto de dolo basado en determinados hechos y, efectivamente, aplicar dicho concepto sin que éstos se den por probados supondría una contradicción en el seno de la sentencia. El problema que no resuelve este argumento es la vía que debe seguirse para determinar qué es lo que ha conocido un sujeto y si ésta puede considerarse legítima y aplicable.

La plena legitimidad de la concepción psicológica suele vincularse a ideas como el mandato de justicia constitucional, que se plasma, a su vez, en el deber de búsqueda de la verdad que tiene el juez en la práctica procesal de la prueba y en el momento de aplicación del Derecho. Así, se sostiene por algunos autores que dicha aplicación sólo puede ser considerada correcta cuando los hechos probados en que se fundamente una condena se correspondan con la verdad material[550]. En este sentido, afirma, por ejemplo, *Albrecht* que sólo un «permanente *esfuerzo de aproximación* a la verdad material puede satisfacer el mandato de justicia garantizado constitucionalmente»[551]. O, en palabras de la antigua jurisprudencia del *Reichsgericht* alemán, «el proceso penal sirve para la realización de la justicia y ésta sólo puede alcanzarse si dicho proceso se basa en la verdad»[552]. No lejos de estas afirmaciones se encuentran

[549] Así lo entiende MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13, quien afirma que «cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad científica y jurídica».

[550] En este sentido, cfr. FINCKE, «Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit», *GA*, 1973, quien, en el ámbito de aplicación del Derecho, entiende por verdad, «la relación de identidad entre inculpación y realidad». DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 31, considera que los partidarios de la concepción psicológica del dolo «parten, sin duda, de un concepto de verdad material o verdad empírica entendida, a la luz de la teoría de la correspondencia, como la concordancia entre realidad y representación de ella». En la doctrina procesal se suele defender que en el proceso penal el juez o tribunal tiene el deber de averiguar la verdad material o histórica; cfr. GIMENO SENDRA, en GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 372. En idéntico sentido, TOMÉ GARCÍA, en DE LA OLIVA/ARAGONESES/HINOJOSA/MUERZA/TOMÉ, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1995, p. 454.

[551] ALBRECHT, «Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO)», *NStZ*, 1983, p. 487 (cursiva en el original). En una línea parecida, y en referencia a la determinación del sustrato fáctico en que se basa el dolo, cfr. MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 899: «cierto grado de introspección psíquica es indispensable en el proceso penal si no se desea que el proceso caiga en la más deteriorada superficialidad, y si se quiere de tal manera, alejarlo lo más posible de los errores judiciales».

[552] RGSt, vol. 72, p. 156. Dicha línea jurisprudencial ha sido continuada por el BGH, quien afirma que «el principal objetivo del proceso penal» es «la averiguación de la verdad» (*NJW*, 1956, p. 1647). Añade HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990, p. 147, que en el actual esquema de racionalidad se parte de la idea según la cual «de un supuesto de hecho "erróneamente" determinado sólo se puede seguir una decisión "injusta", pues con ella se resuelve un (inexistente) caso distinto a aquél que se toma por base». Sobre los habituales argumentos de vinculación entre «verdad» y «justicia», cfr. NEUMANN, «Funktionale Wahrheit im Strafverfahren», en SCHOLLER/PHILIPPS (ed.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1989, pp. 73-74. Ver también IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, pp. 26-27.

aquellos argumentos basados en la idea de que los pilares del actual Estado giran «en torno a la persona en su individualidad y con su responsabilidad» y, por tanto, sostiene *Díez Ripollés,* «resultaría una violación del respeto debido a la dignidad de la persona el que el Derecho penal utilizara las referencias a la psique individual como mera pantalla en la que proyectar otros contenidos»[553].

Estas últimas afirmaciones se asientan en la idea de que la exigencia de que los presupuestos de la intervención punitiva del Estado se atengan a la verdad material supone una garantía para los individuos frente a aquélla. Esto parece especialmente evidente cuando se postula una visión preventivo-general de dicha intervención[554]. En el ámbito del dolo, la renuncia a la verdad material lleva a que la imposición de la pena pueda implicar una clara instrumentalización del individuo en aquellos casos en que, pese a haber actuado éste sin el conocimiento necesario para el dolo, se le imputara dicho conocimiento por otras vías con el objetivo de generar determinados efectos de intimidación, motivación o confirmación de expectativas en la colectividad[555]. En este último caso,

[553] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 305. Como argumentos ulteriores este autor añade que «difícilmente puede encontrarse un punto de referencia más sólido y acreditado respecto al contenido de los elementos subjetivos que el que los vincula a su realidad psicológico-individual». El mismo autor (*ibidem*, p. 36) afirma, en relación con la legitimación de las concepciones psicológico-individuales sobre los elementos subjetivos del delito, que «cabe aludir asimismo a referencias de corte garantista, que se ocupan de recordar el freno que a intervenciones abusivas del Estado, no respetuosas con la dignidad de la persona, ni con los principios de legalidad y seguridad jurídicas, y fomentadoras de un amplio arbitrio judicial, opone la opción por la verdad material y la consecuente vinculación a los datos de la realidad científica psicológico-individual».

[554] En este sentido, especialmente lúcidas las consideraciones de STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248: «la protección de bienes jurídicos que debe alcanzarse mediante la imposición de la pena sólo es lícita cuando se ejecuta a costa de alguien que ha incurrido *de modo efectivo* en la culpabilidad por el hecho», una afirmación que este autor vincula a la garantía constitucional de respeto a la dignidad del ser humano.

[555] ALBRECHT, «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», *GA*, 1983, p. 197, utiliza el argumento de la instrumentalización como crítica a las teorías que entienden que lo que se persigue en el proceso es la búsqueda de una verdad funcional y no la verdad material (cfr. *infra* IX.3.B.1). Cfr., igualmente, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995, p. 309, quienes entienden que la principal tarea de una concepción empírico-psicológica del dolo es «servir de baluarte de la libertad del individuo respecto a un exceso de pretensión punitiva por parte del Estado». La jurisprudencia italiana rechaza

el sujeto estaría pagando con sus derechos más elementales el coste de unos efectos pretendidamente beneficiosos para la sociedad sin haber cumplido de manera efectiva con los requisitos exigidos para que ello tuviera que ser así. La necesidad de que se acredite la realidad psicológica como presupuesto aplicativo del dolo garantiza a todo sujeto la posibilidad de advertir en cualquier situación qué conductas de las que pueda realizar van a merecer la réplica de la sanción penal por delito doloso y, por tanto, se le otorga la opción de evitarlas[556].

Una renuncia a la realidad psicológica como presupuesto aplicativo del dolo niega a los sujetos la posibilidad de tal advertencia, por lo que éstos pierden capacidad orientativa y quedan reducidos al papel de meros objetos de los que el Estado puede disponer cuando le convenga para conseguir a su costa ciertos objetivos, sin que ellos puedan evitarlo[557]. Los problemas son evidentes: como ya afirmó en su momento *Framarino dei Malatesta*, «si bien es cierto que la sociedad ofendida tiene derecho al castigo del criminal, esto no puede llevarse al extremo de afirmar que tiene también derecho a que se inmole una víctima en su altar, sea dicha víctima culpable o inocente. No; el derecho de la sociedad no tiene realidad racional sino como derecho al castigo del *verdadero* reo, y el espíritu humano no tiene como *verdadero* sino lo que es *cierto*»[558].

La plena legitimidad de la opción psicológica parece también evidente desde postulados preventivo-especiales. En este sentido, basta con remitir a la pregunta que se formula *Klaus Sessar* sobre «¿por qué debería alguien que en su entendimiento no quería matar y, por tanto, no ha actuado dolosamente, aprender a no matar dolosamente con la ayuda de la pena?»[559]. De acuerdo con esta idea, los argumentos para sostener la

el empleo de presunciones en la «determinación del dolo» basándose en la idea de que éstas se oponen a la esencia misma de dicho concepto y contravienen el principio constitucional de responsabilidad personal; cfr., al respecto, TASSI, *Il dolo*, Padua, 1992, p. 146.

[556] Ya en el siglo XIX HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *GS*, 54 (1897), p. 2, afirmaba que «la pena sólo puede actuar preventivamente cuando la causación de sucesos depende de la persona, cuando ésta puede ejercer algún tipo de influencia sobre el acontecimiento externo. Esto es sólo posible por medio de los actos psíquicos que estén en relación con dicho acontecimiento».

[557] Cfr. las observaciones de PAGLIARO, «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)», en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991, p. 122. Por su parte, LICCI, *RIDPP*, 1990, p. 1514, propone una reconstrucción del dolo basada en aportaciones psicológicas y rechaza, por tanto, adscripciones de tipo presuntivo, afirmando que la primera forma de proceder resulta más respetuosa con el valor intrínseco de la persona. Cfr., asimismo, TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la Psicología de la forma)*, Buenos Aires, 1964, p. 33.

[558] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín 1912), trad. S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 5.

[559] SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*,

corrección de la concepción psicológica desde un punto de vista preventivo-especial pueden basarse, ante todo, en cuestiones relativas a la efectividad de la pena. Por expresarlo gráficamente, defender una postura preventivo-especial que renunciase a la constatación de la auténtica subjetividad del acusado sería tan poco recomendable como la actitud de aquel médico que decidiera someter a sus pacientes a severos tratamientos sin haberse molestado antes en llevar a cabo una verificación a fondo sobre la existencia de una enfermedad en ellos. Además, proceder de este modo supondría una transgresión intolerable de los derechos más elementales de cualquier individuo, que podría verse sometido de modo arbitrario a una intervención *terapéutica* por parte del Estado. En este último argumento radica, básicamente, la legitimidad de la concepción psicológica, pues ésta garantiza que tal intervención sólo se llevará a cabo en aquellos casos en que resulte realmente necesaria.

Yendo incluso más allá de todos estos argumentos, tal vez el principal motivo de aceptación de la concepción psicológica venga dado por lo que puede ser denominado su *efecto tranquilizador*. En efecto, la perspectiva en cuestión garantiza que no va a castigarse como delincuente doloso a nadie que en el momento de los hechos no haya realmente actuado con la consciencia (eventualmente también la voluntad) de estar realizando el tipo penal. Renunciar a esta garantía implica asumir una inquietante realidad en la que puede darse perfectamente el caso en que alguien que realmente no haya conocido, sí cumpla, por contra, con los criterios pensados para atribuirle dicho conocimiento, de tal modo que sea condenado con la pena prevista para quien efectivamente conoció. Basta con traer a la imaginación la escena en que un tribunal impasible se dirige al acusado con un severo «usted lo sabía y por ello le castigamos», mientras dicho acusado, que realmente nunca supo nada, escucha el veredicto resignado ante su propia impotencia para conseguir que le crean. La concepción psicológica de la «determinación del dolo», por lo menos en sus planteamientos teóricos, impide situaciones como ésta: no se puede ni debe condenar a nadie por delito doloso de quien no haya sido fehacientemente constatada la consciencia de realización del tipo penal. Cuando existan dudas sobre la efectiva realidad de tal consciencia se deberá absolver en virtud del principio *in dubio pro reo* o, si la ley lo permite, se castigará sólo por delito imprudente.

Los argumentos expuestos permiten concluir que la concepción psicológica del proceso de «determinación del dolo» no parece plantear pro-

Friburgo d.B., 1981, p. 216. Cfr. igualmente los planteamientos de GSCHWIND, «Zur Kriminologie des Vorsatzes», *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Germann-FS*, Berna, 1969, p. 69, quien considera que sólo es posible evitar efectos perturbadores de la pena, sobre todo en relación con cuestiones de reincidencia, si el dolo se determina teniendo en cuenta los criterios de la psicología criminal.

blema alguno de legitimidad: en la medida en que se asienta sobre la individualidad del sujeto es totalmente respetuosa con la dignidad de éste y, desde tal punto de vista, si lo que se pretende con la imposición de la pena es generar determinados efectos sobre la colectividad, ello no se llevará nunca a cabo a costa de emplear a dicho sujeto como instrumento, sino sólo en aquellos casos en que se haya acreditado de forma fehaciente que aquél realmente se representó las características y posibles consecuencias de su conducta[560]. Desde planteamientos preventivo-especiales la corrección de esta perspectiva parece también incontestable[561].

VII.3. LOS MÉTODOS DE AVERIGUACIÓN DEL CONOCIMIENTO COMO FENÓMENO PSICOLÓGICO

Si la cuestión de la legitimidad representa la cara de la perspectiva psicológica —y de todas aquellas teorías que defienden la verdad material como objeto del proceso penal—, posiblemente su cruz aparece en el momento en que los autores que sostienen tal postura se ven obligados a explicar cómo es posible acceder en el ámbito del proceso penal al que fue auténtico contenido de la consciencia de un sujeto en el momento en que éste realizó un hecho objetivamente típico. Para afirmar la validez de esta perspectiva, a su plena legitimidad debe añadirse la posibilidad de averiguar aquellos datos psicológicos a los que se vincula una correcta «determinación del dolo»[562]. De no ser posible tal averiguación, la perspectiva se encuentra ante una difícil encrucijada que lleva a dudar seriamente de su validez conceptual en el seno de una disciplina eminentemente práctica como es la Ciencia del Derecho penal. En cualquier caso, para acreditar la viabilidad aplicativa de la concepción psicológica no bastan afirmaciones genéricas como la de *Engisch,* en el sentido de que «prácticamente ningún jurista pone en duda que existen hechos y realidades psicológicas que es posible verificar o falsear», sino que debe mostrarse a través de qué concretas vías es posible llevar a cabo tal verificación[563].

[560] Entendida la idea de instrumento no en el sentido absoluto kantiano, de acuerdo con el cual concurre una instrumentalización en la base de toda perspectiva preventivo-general, sino desde una perspectiva relativa, que entiende que sólo se instrumentaliza a un sujeto cuando se le impone una pena sin que éste haya estado en condiciones de evitar tal imposición.

[561] Otros argumentos en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 34-37.

[562] Como afirma SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en EL MISMO (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 27, «para que la estructura del *ser* pueda desempeñar su función limitadora, es preciso acceder a ella».

[563] ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit*, p. 7.

En consecuencia, el objetivo primordial de este apartado es plantear un análisis sobre la idoneidad de las diversas vías que suelen proponerse para acreditar, en el ámbito del proceso, cuál fue el contenido de la subjetividad del acusado en el momento en que éste llevó a cabo un hecho típico. Las conclusiones que aquí se obtengan deben permitir afirmar o negar la aplicabilidad de la concepción psicológica de la «determinación del dolo» y, por tanto, mantener o descartar su validez como construcción teórica.

De acuerdo con el principio de libre valoración de la prueba, para dar un hecho por probado la ley procesal permite al juez hacer uso, en el ámbito del dolo como en cualquier otro, de todos los medios de prueba que estime pertinentes, excepto aquéllos expresamente prohibidos[564]. A continuación conviene centrarse en tres medios probatorios que parecen desempeñar un papel de especial importancia en la determinación del conocimiento en que se asienta el dolo: *el recurso a las ciencias empíricas a través de la prueba pericial, la confesión del acusado y, sobre todo, la prueba de indicios*[565]. El análisis de tales medios probatorios, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, debe llevarse a cabo con el objetivo de comprobar si a través de su empleo es posible alcanzar la plena averiguación de fenómenos psicológicos pretéritos que la concepción psicológica requiere para que resulte legítima una condena por delito doloso.

A) El recurso a las ciencias empíricas

A.1. Planteamiento

Sobre el papel, el recurso del juez a las ciencias empíricas parece ser el medio por excelencia para determinar si, en el momento de realizar una conducta objetivamente típica, un sujeto ha contado con el grado de conocimiento requerido por el dolo. Dado que, según las concepciones psicológicas, la afirmación del dolo depende de la real existencia del citado conocimiento en la psique del autor, la verificación de dicha exis-

[564] Cfr., entre muchos otros, RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 341-343 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias», en *La sentencia penal*, pp. 104-105.

[565] La preponderancia de la prueba de indicios como mecanismo probatorio más habitual para la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como demuestra la STS de 29 de enero de 1992 (A 581, ponente De Vega Ruiz), en la que se afirma que «*sólo la prueba indiciaria* (deducida lógica, racional y causalmente entre el hecho acreditado y la circunstancia acreditable) *puede conformar la íntima convicción de los jueces a través del texto recogido por el art. 741 procesal cuando de conocer el ánimo intencional con el que el acusado procedió se trata*» (cursiva en el original).

tencia debe pasar por el dictamen de aquellas disciplinas científicas que tienen como objeto de análisis empírico la vertiente interna o psicológica de la persona[566]. Esta perspectiva parece resultar, en principio, perfectamente lógica y coherente en una sociedad como la actual, en la que se atribuye a determinadas disciplinas científicas la capacidad de aportar conclusiones ciertas acerca de la realidad[567]. Una idea que encaja, además, con la habitual afirmación de que las valoraciones judiciales no pueden apartarse de aquellos conocimientos que se consideran seguros desde un punto de vista científico[568].

Las disciplinas científicas consideradas habitualmente *competentes* para el análisis de la psique humana son, básicamente, la psicología y la psiquiatría[569]. Dado que el conocimiento ajeno y pretérito resulta inacce-

[566] En este sentido, HETZER, *Wahrheitsfindung im Strafprozeß unter Mitwirkung psychiatrisch/psychologischer Sachverständiger*, Berlín, 1982, p. 79.

[567] En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 306-307, afirma que «el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias empíricas».

[568] Así, MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 9 y 17. Cfr., igualmente, VOLK, *NStZ*, 1996, p. 105, quien afirma que «el juez está vinculado por los conocimientos asegurados científicamente. En el ámbito de las leyes sobre las que las ciencias naturales que proceden empíricamente están convencidas, al juez no le está permitido dudar, sino que está positivamente vinculado». En la misma línea, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24.ª ed., Múnich, 1995, § 15, n.º marg. 22, quien remite a la resolución del BGH (BGHSt, vol. 10, p. 211 ss), en la que se afirma que la convicción judicial no desempeña papel alguno allí donde es seguro que se da un hecho a partir de conocimientos científicos. Interesantes también las consideraciones de WOHLERS, «Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung», *JuS*, 1995, p. 1023. En España el Tribunal Supremo expresa claramente esta idea en su sentencia de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz) haciendo referencia a las leyes causales. Así, afirma este tribunal que, «si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de experiencia obligatoria, esto es, si hay certeza objetiva de la prueba científica, sólo cuando aquélla no puede afirmarse, sino que es discutible, habrá que acudir a la certeza subjetiva de la causación que proporcione la prueba practicada».

[569] Cfr. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 102: «en cuanto a la posibilidad de la observación de hechos síquicos ajenos, la investigación es clara y encuentra su órgano más natural y eficaz en el perito siquiatra». La necesidad de que el Derecho penal se vincule en todas sus categorías al progreso de las ciencias, especialmente de la psiquiatría, es defendida por TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo – Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos*, p. 180. Añade además este autor (*ibidem*, p. 175) que la determinación del (pretendido) elemento volitivo del dolo es una cuestión meramente psicológica, «para cuya concreción no debería excluirse la psicología científica». Ya a principios de siglo afirmaba HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 2, que el del dolo no es un problema «puramente jurídico, sino que en él también desempeña un papel importante la psicología», añadiendo que «sólo el jurista en unión con los médicos y los psicólogos pueden superar de manera satisfactoria las enormes dificultades» que plantea el hecho de que «nadie esté en condiciones de observar sin trabas el alma del delincuente». Más modernamente afirma DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 31, que, para las concepciones basadas en la idea de verdad material, «se trata de conectar con una realidad que derive, sin mediaciones, de las

sible a los sentidos del juez en el momento del proceso, éste debería acudir, desde un punto de vista teórico, a representantes de las citadas disciplinas para que, a través de sus informes periciales, revelasen cuál fue el estado de la psique del acusado en el momento en que éste realizó el hecho delictivo de acuerdo con los conocimientos consolidados en sus respectivas ciencias[570]. Desde esta perspectiva, el psicólogo o el psiquiatra desempeñarían en el ámbito del dolo un papel similar al que, respecto a la prueba de otros elementos del delito, pueden ejercer, por citar dos ejemplos, el perito calígrafo o el experto en balística[571].

Sin embargo, la anterior situación —*idílica* desde un punto de vista teórico— no se ve reflejada, ni mucho menos, en la práctica actual de los tribunales de justicia, hasta el punto de que el Tribunal Supremo español en una de sus sentencias declara:

> la prueba de los elementos subjetivos del delito, como se ha expresado en numerosos precedentes jurisprudenciales, no requiere necesariamente basarse en declaraciones testificales o en *pruebas periciales*. En realidad, *en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requieren para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto*[572].

leyes físicas de la naturaleza o de los datos de la psicología o sociología». Sobre las diversas ramas de la psicología y el interés de éstas en relación con las diversas manifestaciones del Derecho y la Administración de Justicia, cfr. GARZÓN, *Psicología y justicia*, Valencia, 1989, p. 15.

[570] Así reza el art. 456 LECr: «el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos». Sobre la naturaleza de la pericia, que define como «inferencia mediata de carácter experimental» basada en reglas de experiencia, cfr. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed., Barcelona, 1993, p. 232.

[571] Sobre la vinculación del juez a las afirmaciones de los peritos, cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 470. Este autor viene a defender que, en aquellos ámbitos en que existen evidencias científicas, el margen de libertad del juez es escaso, por no decir nulo: «si hoy, en una sentencia, un Juez niega la ley de la gravedad, o el principio de Arquímedes, o lo que la experiencia enseña sobre la navegación aérea, esa sentencia sería un monumento de escándalo (...). Y este "escándalo" que salta a la vista cuando se trata de afirmaciones o negaciones de leyes físicas o de otra naturaleza bien conocidas, es el mismo escándalo sólo que con menor proyección pública o popular cuando se trata de afirmaciones que aunque perteneciendo a elevados conocimientos científicos o especializados están también reñidos con las conclusiones a que sobre este punto ha llegado la correspondiente ciencia (siempre que se trata de un "concepto establecido" y no de una simple "opinión")». Argumentos similares en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, pp. 82-83.

[572] STS de 20 de julio de 1990 (A 6795, ponente Bacigalupo Zapater, cursiva añadida). Prosigue esta sentencia: «el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la

El verdadero alcance de afirmaciones como ésta se aprecia en toda su dimensión si se tiene en cuenta que, para la prueba de algunos elementos de la infracción penal —fundamentalmente las cuestiones relativas a la imputabilidad—, los Tribunales suelen depositar un elevado grado de confianza en las contribuciones de las disciplinas científicas citadas[573]. Sin embargo, en ámbitos como el de la «determinación del dolo» parece gozar actualmente de una gran vigencia la afirmación que ya en 1964 realizara *Platzgummer*, en el sentido de que la psicología era aún una ciencia joven[574]. Tal vigencia se traduce, por lo que respecta a la constatación del conocimiento, en dos hechos concretos: en primer lugar, no se confía en que la psicología u otras disciplinas científicas puedan aportar un mayor grado de certeza que otros métodos *acientíficos* como la prueba de indicios; en segundo lugar, existe un cierto temor con

forma exterior del comportamiento y sus circunstancias, mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general». En relación con este tipo de ideas, SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 12, constata cómo a menudo se piensa que la capacidad de culpabilidad es una cuestión de «diagnosis», mientras que otros problemas como el del dolo o la acción son meras cuestiones jurídicas. Cfr. también JÄGER, «Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung», *MSchrKrim*, 61 (1978), p. 298, quien atribuye el hecho de que en la praxis judicial se ignore a las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación de los elementos subjetivos a la creencia de que «la colaboración psicológica no hace falta» y de que resulta suficiente «la psicología profana de los jueces». En línea similar, respecto a la poca predisposición de los jueces a «complicar las cosas» con exámenes periciales en los casos aparentemente banales, GSCHWIND, *Germann-FS*, p. 65. TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, p. 179, afirma que, para la determinación del (pretendido) elemento volitivo del dolo eventual, «la psicología popular resulta insuficiente», aunque constata que «la psicología científica, sin embargo, a diferencia de la psiquiatría, raramente encuentra abierta la puerta de las Salas de Justicia».

[573] Respecto a la prueba de la imputabilidad a menudo se denuncia que los juristas en general se abandonan en exceso a la opinión de los peritos; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 90. De ello se extrae la idea de que la desconfianza de la Administración de Justicia en estas ciencias empíricas no tiene un carácter generalizado, sino que se cree que el recurso a ellas está en condiciones de arrojar luz sobre determinadas cuestiones (p. ej., si el acusado padece una determinada enfermedad psíquica), pero no sobre otras (p. ej., si dicho acusado actuó de modo consciente). Además, el fenómeno de que se ignore la aportación de los peritos en determinados ámbitos no sólo parece atribuible a los jueces, sino también, en muchos casos, a los letrados de acusación y defensa; cfr., al respecto, MÜLLER-LUCKMANN, «Psychologie und Strafrecht», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 224. Sobre los mutuos recelos entre juristas y representantes de otras ciencias, cfr. PRITTWITZ, «Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teil des StGB», *GA*, 1994, pp. 456-459 y MUNNÉ, «Reduccionismos y decisiones implícitas en las decisiones judiciales», en SOBRAL/ARCE/PRIETO (ed.), *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994, p. 56.

[574] PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964, p. 23. Más recientemente afirma MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 249, que la psicología es aún una disciplina bastante incipiente.

respecto a los resultados que podrían derivarse de una coherente aplicación de determinados postulados científicos[575].

Diversas son las cuestiones que deben analizarse a continuación para poder juzgar si estos recelos y esta desconfianza pueden considerarse justificados. En primer lugar, conviene valorar si las ciencias empíricas están actualmente en condiciones de aportar reglas indiscutibles para la determinación del conocimiento ajeno y pretérito que, según la concepción psicológica, debe averiguarse con el fin de poder dictar legítimamente una condena por delito doloso. En segundo lugar, debe ponderarse si con tales aportaciones se consiguen colmar las exigencias de un concepto de dolo con el que se pretenden generar determinados efectos en la sociedad. Si se responde en sentido afirmativo a ambas cuestiones, el rechazo mostrado por la praxis procesal hacia las ciencias empíricas citadas deberá declararse totalmente injustificado y se contará con una sólida base para afirmar la corrección de la concepción psicológica.

A.2. Ciencias empíricas y concepto jurídico-penal de dolo

Como pone en evidencia *Díez Ripollés*, la relación entre ciencias empíricas y Derecho penal, especialmente en lo que respecta a los elementos subjetivos del delito, se establece en dos planos distintos: uno relativo a la *formulación* teórica de dichos elementos y otro relativo a la *constatación* de sus presupuestos aplicativos en el momento del proceso penal[576]. En relación con el dolo, en el primer ámbito se analiza si los conceptos que propone la doctrina pueden considerarse adecuados desde el punto de vista de ciencias como la psicología o la psiquiatría; en el segundo ámbito, por contra, se discute si tales ciencias están en condiciones de contribuir a la averiguación de los presupuestos fácticos aplicativos del dolo (esto es, el conocimiento como fenómeno psíquico) en el momento del proceso penal. En este punto, conviene hacer una breve referencia al primero de estos dos niveles de análisis, es decir, al momento de *formulación del concepto de dolo.*

[575] En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 320-321, manifiesta su sorpresa por el hecho de que una mayoría de los partidarios de perspectivas psicológico-individuales «siguen pensando excesivamente perturbadora la actividad pericial y proponen que sean los propios tribunales, sin ayuda de expertos, los que comprueben la concurrencia de los elementos subjetivos». En este sentido, CODÓN FERNÁNDEZ/ESBEC RODRÍGUEZ, «Psiquiatría legal y forense: introducción, histórica y epistemológica», en DELGADO RUBIO (dir.), *Psiquiatría legal y forense*, Madrid, 1994, vol. I, p. 66, cuestionan que el Derecho pueda funcionar sin sus ciencias auxiliares y que la psicología y la psiquiatría puedan ser suplidas por la «simple, y a veces simplista, apreciación del Juez, su "sentido común" y su "sana crítica"».

[576] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 306. También PERRON, *Nishihara-FS*, pp. 154-155, distingue estos dos momentos.

Desde ciertas concepciones psicológicas se sostiene a menudo que el principal problema de comunicación entre ciencias empíricas y dogmática penal viene dado por el hecho de que esta última disciplina trabaja con un concepto de dolo basado en una noción de conocimiento (y, mayoritariamente, de voluntad) que no se corresponde con la auténtica realidad psicológica de los individuos[577]. De ser cierta esta afirmación, las dificultades prácticas resultan inevitables, pues sería un contrasentido solicitar a un perito que verificase la concurrencia de unos fenómenos psíquicos cuya existencia se tiene por imposible desde la óptica de su disciplina científica[578].

Para evitar tal absurdo, algunos autores especialmente sensibles a las aportaciones de la psicología o la psiquiatría proponen una reformulación del concepto de dolo que lo adecue a la realidad psicológica y, adicionalmente, que lo haga apto para la consecución de determinadas finalidades a través del Derecho penal[579]. En este sentido, uno de los desarrollos

[577] Así, por ejemplo, MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 900, quien acusa a la dogmática de «usar esquemas empíricos aproximativos, inspirados en el sentido común, esquemas absolutamente carentes de base científica». KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz, passim*, critica, desde la perspectiva de la Lógica emocional (cfr. *supra* IV.1), el conocimiento en que se basan las definiciones tradicionales de dolo y la pretensión mayoritaria de separar voluntad y conocimiento. SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 78, afirma que «la Ciencia del Derecho entiende por dolo algo completamente distinto a lo que entienden las otras ciencias». Cfr., igualmente, BRESSER, «Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht"», *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 681. Finalmente, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, pp. 54-55, sostiene que «la competencia del Derecho penal para crear sus definiciones está fuera de discusión», aunque entiende que en ellas no se puede «reducir la realidad hasta el punto de que ya no quede nada que dilucidar» y que «incluso en las perspectivas más restrictivas, la apreciación jurídica abarca parte de la realidad que, en el caso de los elementos subjetivos del delito, es una realidad psíquica». Añade este autor que «la formulación de las categorías jurídicas exige un análisis de los procesos psíquicos a los que éstas se refieren, así como la integración de los conocimientos de las ciencias del comportamiento que analizan este ámbito».

[578] GERCHOW, prólogo a SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, pp. 7-9, afirma que «en ocasiones los científicos opinan que el jurista intenta inferir la realidad con ayuda de un logicismo que es ajeno a ella, mientras que el jurista intenta desentenderse de tales críticas y entiende que los profanos no pueden de ninguna manera aportar comprensión a los intrincados problemas de construcción dogmática». La consecuencia que se deriva de lo anterior es que «muchos conocimientos que tendrían una gran significación para solucionar cuestiones centrales del Derecho penal todavía no se han introducido en la discusión jurídico-dogmática». PERRON, *Nishihara-FS*, p. 154, reconoce que los procesos psíquicos que define la psicología pocas veces coinciden con los conceptos jurídicos. Sobre las diversas concepciones de la voluntad que manejan juristas y psiquiatras, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. a cargo de H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, p. 284.

[579] Así, por ejemplo, MORSELLI, *ADPCP*, 1991, pp. 893-896, quien rechaza desde una perspectiva psicoanalítica las concepciones tradicionales de dolo y entiende que la «consciente adhesión a los propios dinamismos interpsíquicos antisociales representan el factor ulterior, el *quid pluris* que caracteriza el dolo y lo distingue de la culpa». En el trabajo

teóricos más completos en tiempos recientes es el de *Walter Kargl*, ya expuesto y comentado en otro apartado de este trabajo[580]. Este autor entiende que los conceptos de dolo que actualmente se manejan son psicológicamente erróneos y, en tal medida, resultan totalmente inadecuados para conseguir con la imposición de la pena efectos de corte preventivo[581].

Conviene plantearse a continuación en qué medida críticas de este tipo pueden afectar al concepto de dolo que se ha propuesto en la Primera Parte de este trabajo[582]. Tal concepto tiene como presupuesto aplicativo el hecho de que un sujeto haya atribuido a su concreto comportamiento la aptitud de realizar un determinado tipo penal, una exigencia que en los tipos de resultado debe plasmarse en la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva. Frente a posibles críticas, puede anticiparse que no parece que un concepto como éste tome por base una realidad inexistente, pues es indudable que en la vida cotidiana los individuos realizan continuamente comportamientos a los que atribuyen determinadas capacidades. A modo de ejemplo, quien ingiere un medicamento atribuye por regla general a tal acción la capacidad de mejorar su salud, o quien adquiere un décimo de lotería entiende que es posible llegar a ser millonario. De la misma manera, quien vierte cianuro en la copa de la

de TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, p. 42, se defiende la idea de que un concepto de dolo sólo resulta adecuado psicológicamente si en su estudio se tienen en cuenta los motivos que han impulsado a un sujeto a realizar su acción delictiva. Una perspectiva crítica de las teorías usuales del dolo desde el punto de vista de la Psicología de la *Gestalt* en SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz, passim*. Comentarios sobre este trabajo y las críticas recibidas, en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 37 ss. Con todo, no debe olvidarse la advertencia de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 376, en el sentido de que si las propuestas psicológicas pasan por abandonar el requisito del conocimiento contradicen el texto de la ley, pues seleccionan «otra realidad psicológica que la ley penal».

[580] Cfr. *supra* IV.1.

[581] Las ideas de *Kargl* tienen como punto de partida la investigación sobre homicidas juveniles llevada a cabo por LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977, p. 175. *Lempp* afirma que el Derecho penal y sus instancias de aplicación parten de un modelo de autor parecido al de los fríos y calculadores asesinos de las novelas policíacas, algo que, desde el punto de vista psicológico, apenas suele darse en la práctica, sobre todo en aquellos casos en que la dinámica comisiva tiene un marcado carácter pasional. Con todo, el trabajo de *Lempp* no parece ir dirigido a cuestionar directamente los conceptos habituales de dolo, sino sólo a poner de manifiesto cómo la concurrencia práctica de los presupuestos fácticos de tales conceptos es poco frecuente, pese a lo cual los tribunales siguen afirmando la concurrencia de dolo. Otra visión crítica de las definiciones usuales de dolo desde una perspectiva psicológica puede encontrarse en LANDER, «Zur Psychologie der vorsätzlichen Handlung», en SCHMIDT/KASIELKE (ed.), *Psychologie und Rechtspraxis*, Berlín, 1966, pp. 134-137 y una revisión de dichos conceptos a la luz del psicoanálisis en STRENG, «Psychoanalyse und Strafrecht», *MSchrKrim*, 59 (1976), p. 91.

[582] Cfr. *supra* V.2 y V.4.

que va a beber su enemigo atribuye a dicha acción la capacidad de producir la muerte de éste. El hecho de que tales juicios de atribución se lleven constantemente a cabo en muy diversas acciones humanas es algo que parece estar completamente fuera de discusión. Por este motivo, un concepto de dolo que se asiente en tales factores puede cuestionarse si se entiende, por ejemplo, que no está en condiciones de satisfacer determinadas necesidades preventivas, o pueden ser incluso estas mismas necesidades las que se pongan en tela de juicio. Sin embargo, lo que no puede afirmarse es que este concepto se base en la concurrencia de hechos cuya existencia práctica se tenga por imposible[583].

Por los anteriores motivos, lo que interesa esencialmente en este trabajo es analizar si las ciencias empíricas están en condiciones de aportar criterios ciertos en el ámbito del proceso para averiguar si, en un caso concreto, el acusado realmente ha realizado el juicio de atribución de capacidad lesiva que requiere toda condena por delito doloso. Lo que importa, por tanto, es el papel que pueden desempeñar dichas ciencias en el momento de *constatación procesal* de determinadas realidades subjetivas. Las posibles críticas de algunas disciplinas científicas al concepto de dolo aquí defendido sólo tendrían sentido si éste se basara en una realidad de imposible existencia práctica, esto es, si se pudiera cuestionar la aplicabilidad genérica de dicho concepto[584]. Pero no parece que sea éste el caso.

A.3. Ciencias empíricas y constatación del conocimiento

Una aplicación de la concepción psicológica del dolo que cumpla con las condiciones de legitimidad que esta misma perspectiva exige debe respetar una premisa fundamental: *las reglas en que se base la*

[583] Cfr. HETZER, *Wahrheitsfindung im Strafprozeß*, p. 85: «el contenido del concepto de dolo se forma a partir de las categorías valorativas de la observación social y no puede definirse mediante análisis científico-naturales de la estructura motivacional». En este mismo orden de cosas afirma JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 375-377, que «el Derecho penal tiene una "psicología esotérica" lo que no quiere decir que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho, pero sí que el Derecho penal escoge los hechos psíquicos a partir de sus principios y los valora según ellos, lo cual puede ser a veces poco compartible desde el punto de vista de la psicología individual (...) en el dolo los hechos psíquicos es posible recortarlos hasta reducirlos a la consciencia de actuar con posibles consecuencias». A la luz de estas afirmaciones resulta errónea la interpretación de aquellos autores (como EUSEBI, *RIDPP*, 1987, p. 1063) que entienden que *Jakobs* define el contenido del dolo en términos meramente adscriptivos.

[584] Sobre la aplicabilidad como límite de la creación de conceptos, cfr. *supra* VI.2. No debe perderse de vista que la labor de creación de conceptos debe ser llevada a cabo por la dogmática penal y, en este sentido, las ciencias empíricas sólo servirán para cuestionar la aplicabilidad de dichos conceptos o, en el proceso, para contribuir a la constatación de sus presupuestos fácticos.

constatación del conocimiento deben aportar certeza, pues sólo de este modo es posible asegurar una plena correspondencia entre hechos probados y realidad psicológica y sólo así, igualmente, puede garantizarse que con la imposición de la pena no se esté corriendo el riesgo de instrumentalizar al reo y de atentar contra su dignidad. De acuerdo con esta idea fundamental, lo que seguidamente conviene determinar es si por parte de las ciencias empíricas se suministran reglas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno y pretérito en que se basa la determinación procesal del dolo.

Un primer problema que se constata en este ámbito viene dado por las dificultades que comporta dilucidar de qué disciplina científica deben ser tomadas tales reglas. Así, ya en este primer punto no resulta sencillo adoptar una decisión a la vista de las tradicionales polémicas entre psicología y psiquiatría[585]. La cuestión se complica aun más cuando se cae en la cuenta de que dentro de cada una de estas concretas disciplinas existen múltiples corrientes de opinión que no siempre sostienen puntos de vista idénticos. ¿Cómo puede decidir un lego como el juez qué concreta teoría es la que describe correctamente la realidad?[586].

[585] En este sentido, la cuestión parece encuadrarse antes en el ámbito de la psicología, definida como «ciencia de la vida mental», que en el de la psiquiatría, definida sólo como «ciencia que trata de las enfermedades mentales» (definiciones tomadas del *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 21.ª ed., 1992). Sin embargo, la cuestión no resulta ni mucho menos pacífica: cfr. al respecto los argumentos de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 321-322, sobre cuál es la disciplina a la que debe recurrir el juez. Cfr., igualmente, BRESSER, *Lange-FS*, pp. 681-682. Diversas definiciones de la psicología, que parecen atribuirle competencia sobre la cuestión, en KAISER, «Strafrecht und Psychologie», en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, p. 197, donde se puede apreciar que no existe precisamente unanimidad sobre este punto. Ver también URRA PORTILLO, «Confluencia entre Psicología y Derecho», en URRA PORTILLO/VÁZQUEZ MEZQUITA (comp.), *Manual de Psicología forense*, Madrid, 1993, p. 1, quien considera que la psicología es aquella «Ciencia que estudia el comportamiento humano en el más vasto sentido, abarca todas las actividades, sentimientos y razones de las personas», una definición que parece atribuirle competencia en el ámbito que aquí interesa.

[586] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 117, quien afirma que «la reivindicación de la corrección de las teorías psicológicas es relativa y se halla en una situación de competencia con la misma reivindicación por parte de otras teorías». Cfr., también, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 258: «la pluralidad de corrientes en la Psicología y la Psiquiatría no ayuda a contrarrestar la tendencia de los juristas a prescindir de esas ciencias, ya que la primera exigencia para su utilización es la existencia de una cierta, aunque sea relativa, uniformidad de criterios». Sin embargo, este autor (*ibidem*, p. 320) no considera que éste sea un motivo para descartar la utilización de expertos en el proceso, afirmando que «discrepancias periciales se producen de forma continuada respecto a diversos componentes objetivos del Derecho penal material, lo que suele llevar a una profundización en el análisis del hecho correspondiente, en lugar de a un cuestionamiento de la técnica o ciencia implicadas». A este respecto pueden resultar también interesantes las consideraciones de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, pp. 86-87, en referencia a la prueba de la imputabilidad.

En segundo lugar, existen serias dudas sobre el hecho de que, a la luz del actual grado de desarrollo de tales disciplinas científicas, éstas puedan aportar algo más que meros cálculos de probabilidad sobre la existencia de un determinado hecho psíquico[587]. La cuestión se complica más aun si se tiene en cuenta que los métodos de investigación de estas ciencias suelen exigir un notable grado de colaboración de la persona cuya realidad psíquica se ve sometida a análisis, algo que en el ámbito del proceso penal no parece posible exigir al acusado. Así, resultaría un contrasentido reclamar, por un lado, una plena correspondencia entre hecho probado y realidad como forma de garantizar un pleno respeto a la dignidad del acusado y admitir, a la vez, que dicha dignidad pudiera verse atacada en la fase de investigación procesal[588]. Por si fuera poco, a menudo se plantea que tales investigaciones pueden suministrar datos acerca de determinados aspectos de la personalidad de un individuo, pero difícilmente aportar conclusiones ciertas sobre el contenido de su representación o voluntad en el momento concreto de llevar a cabo un hecho delictivo, pese a que, como afirma expresivamente *Schumacher*, «lo que el juez quiere saber es qué pasaba por la cabeza del autor en el momento de cometer el hecho y no qué paso por dicha cabeza durante las diversas fases de su desarrollo infantil»[589].

[587] Cfr. RASCH, «Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 50: «el dilema de los peritos psicólogos o psiquiatras se deriva del hecho de que en muchos ámbitos no pueden demostrar sus resultados con la misma precisión y seguridad que tienen, por ejemplo, los expertos en armas de fuego o en grupos sanguíneos». ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 490, entiende que «por regla general, las exploraciones científico-naturales y también las psiquiátrico-psicológicas sólo tienen el grado de validez de las declaraciones de probabilidad». En su sentencia de 14 de diciembre de 1972 (citada por KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, pp. 67-68) el BGH afirma tajantemente que «no es posible adquirir un conocimiento seguro desde el punto de vista de las ciencias naturales sobre el contenido de la consciencia de otra persona en un momento concreto». BRESSER, *Lange-FS*, p. 667, va incluso más allá y entiende que en el desarrollo de la psicología, más que avances, lo que se producen son cambios de perspectiva.

[588] Cfr. BRESSER, *Lange-FS*, p. 685. Como ejemplo de lo molesta que para el propio acusado puede llegar a ser en determinados casos una reconstrucción psicológica a fondo, cfr. el supuesto de hecho planteado por GSCHWIND, *Germann-FS*, pp. 64-65. En este caso, para resolver la cuestión de si una joven muchacha había cometido dolosamente un hurto de ciertas cantidades de café y mantequilla, se procede por parte del autor a una minuciosa descripción, no sólo de la trayectoria vital de la acusada, sino también de las relaciones que ésta mantenía con sus familiares más cercanos, así como de sus propias deficiencias motivacionales. En determinados supuestos, especialmente de delincuencia menor, no debe descartarse que para el acusado acabe resultando menos gravosa la condena que el descubrimiento de datos pertenecientes a lo más recóndito de su intimidad y de su propia personalidad. Sobre la necesidad de proteger al acusado de investigaciones de la personalidad que puedan entrometerse en los aspectos más privados de su vida, cfr. HASSEMER, *Einführung*, pp. 105-106 y 151, así como WALTER, *KrimJ*, 1981, pp. 211-212.

[589] SCHUMACHER, «Tathandlung und ihre Bewertung in psychoanalytischer Sicht», en

Las anteriores consideraciones parecen ser una base suficientemente sólida para excusar la tradicional actitud de desconfianza de los jueces con respecto a la aportación de los peritos en el ámbito de la prueba del dolo, una desconfianza que, como se ha dicho, no se aprecia cuando se trata de constatar determinadas causalidades especialmente complejas o ciertas perturbaciones de orden psíquico sobre las que se fundamentan las causas de inimputabilidad. En estos dos últimos ámbitos las conclusiones a que llegan los peritos suelen decantar en la práctica el sentido de la convicción judicial[590]. Sin embargo, en todo lo que respecta a la imputación subjetiva parece tener especial vigor la idea de que las ciencias empíricas no se hallan en condiciones de reconstruir fidedignamente procesos psíquicos singulares e irrepetibles como el conocimiento ajeno y pretérito[591]. *Loos* parece estar básicamente de acuerdo con esta afirmación cuando sostiene que

> en todas las ponderaciones sobre la competencia de psiquiatras y psicólogos no se puede pasar por alto que también para ellos la consciencia ajena permanece como una *black box* y que sólo cuentan con posibilidades indirectas de aproximación. Por este motivo, como mucho pueden contribuir con declaraciones negativas, pues en las declaraciones positivas sobre el contenido de la consciencia ajena, al igual que la «psicología cotidiana», se basan en el «colocarse en el lugar de otro» regido por la propia experiencia[592].

La postura extrema en este ámbito sostiene que, en muchos casos, el recurso a las ciencias empíricas está simplemente fuera de lugar: como afirma *Krauß*, «allí donde nos encontremos ante la psique de un autor "normal", cuyo hecho antijurídico no muestre problema alguno de impu-

Zur Handlungsanalyse einer Tat, p. 61; dicha afirmación es sostenida por este autor en referencia a las posibilidades de tener en cuenta en el ámbito del proceso penal las aportaciones de determinados estudios psicoanalíticos.

[590] Cfr. GSCHWIND, *Germann-FS*, p. 61.

[591] Cfr., en este sentido, las afirmaciones de BRESSER, *Lange-FS*, pp. 682-683 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 272. Problemas similares se detectan en todo lo que atañe a la determinación de los motivos con que un sujeto ha llevado a cabo un hecho delictivo; cfr., al respecto, HEINE, *Tötung aus «niedrigen Beweggründen»*, p. 92 ss.

[592] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, pp. 272-273 y EL MISMO, *JR*, 1994, p. 513. Cfr., igualmente, KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus "volljuristischer" Sicht», *JA*, 1986, pp. 316-317. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de febrero de 1995 (A 1202, ponente Martín Pallín), entiende que la práctica de la prueba pericial psiquiátrica no tiene sentido para determinar cuál es el estado emocional de la víctima de una violación en el momento en que se cometió el delito, afirmando que tal prueba «lo más que puede determinar, es sobre la situación emocional o psíquica que muestra la paciente en el momento de ser examinada».

tabilidad, el perito psicólogo no desempeña ningún papel digno de mención en la condena o en la absolución»[593].

Intentando aportar argumentos para revalorizar el papel de las ciencias empíricas en el proceso, *Díez Ripollés* afirma que «uno de los argumentos fundamentales a favor de la opción psicológico-individual es su legitimación a través de las convicciones generales de la sociedad», añadiendo que «el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias y metodología empíricas, algo que no ha sido siempre así históricamente, y menos en el ámbito del Derecho». De acuerdo con estas ideas, entiende este autor que lo anterior «implica dar carta de naturaleza al planteamiento psicológico-individual en la formulación y constatación de los elementos subjetivos»[594].

Con afirmaciones como las anteriores parece sostenerse que, cuando los jueces descartan acudir a las ciencias empíricas en el ámbito de la «determinación del dolo», están, en cierto modo, oponiéndose a las convicciones mismas de la sociedad[595]. Sin embargo, si bien es cierto que la sociedad actual *confía* en las ciencias empíricas como método de aproximación a la realidad, también lo es que *no confía en igual grado en todas las disciplinas científicas* y tampoco de igual manera con respecto a qué cuestiones puede dilucidar tal recurso. En este punto el argumento puede incluso devenir circular: buena prueba de que respecto a algunas ciencias y para determinadas cuestiones no existe tal confianza es precisamente el hecho de que los jueces no acudan a la prueba pericial psicológica en el ámbito de la constatación del dolo sin que, además, ello parezca producir una especial sensación de inquietud en la ciudadanía[596].

Una vez expuestas las dudas genéricas que plantea en este ámbito el recurso a las ciencias empíricas, lo que debe analizarse seguidamente son las concretas aportaciones que desde tales ciencias se ofrecen para resolver la presente problemática, tarea a la que se dedica el siguiente subapartado.

[593] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 14. Una opinión similar es expresada por BRESSER, *Lange-FS*, pp. 681-682.

[594] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 306-307. Próxima a tales planteamientos parece estar también la postura de PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 459.

[595] Argumentos similares emplea HASSEMER, *Einführung*, pp. 144-145, para justificar la necesidad del recurso a la prueba pericial en determinados ámbitos del proceso.

[596] Especialmente interesante a este respecto la STS de 14 de julio de 1989 (A 6243, ponente García Miguel), donde se afirma que la averiguación exacta de la consciencia o intención de una persona «es imposible en el actual momento histórico y grado de desarrollo de las ciencias del conocimiento».

A.4. Aportaciones concretas

La obtención de una correcta perspectiva sobre las capacidades reales de las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación procesal de los hechos psíquicos en que se asienta la imputación dolosa aconseja, junto con el desarrollo teórico general plasmado en el apartado anterior, el estudio de las propuestas teóricas específicas que dichas ciencias formulan. A partir de este análisis —basado en los trabajos de los juristas más sensibles a las aportaciones de determinadas disciplinas científicas y en diversos estudios de psicología forense— debe poderse determinar en qué concretos ámbitos las ciencias empíricas están en condiciones de aportar conclusiones indiscutibles que puedan garantizar la plena reconstrucción de fenómenos psíquicos requerida por la concepción psicológica. Sin embargo, ya puede anticiparse que los resultados de esta panorámica serán especialmente decepcionantes[597].

Uno de los más entusiastas partidarios de la cooperación entre ciencias empíricas y jurídicas, *Günter Schewe,* expone una serie de ámbitos en que la investigación forense acerca de la capacidad de culpabilidad puede arrojar también luz en lo que atañe a la constatación de los presupuestos fácticos del tipo subjetivo[598]. Este autor llama la atención sobre el hecho de que basar la «determinación del dolo» en la mera apariencia externa de una conducta puede conducir, en determinados casos, a resultados absolutamente incorrectos desde el punto de vista empírico: el sen-

[597] Algo que reconoce explícitamente PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 455. En contra de esta idea MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 895, quien afirma que «hoy las ciencias psicológicas y sociales que se orientan hacia el fenómeno de lo criminal —en una palabra, la moderna criminología— han alcanzado un grado tal de desarrollo que logran proporcionar, aunque sea parcialmente, aquellas respuestas unívocas que, en cambio, antes negaban a las numerosas cuestiones propuestas por la dogmática». Ideas similares expresa MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 11, cuando afirma que «parece, sin embargo, mentira que en el moderno Derecho penal, a la hora de hacer estas valoraciones, en lo que se refiere a la constatación de los elementos subjetivos, apenas se tengan en cuenta los datos y conocimientos que nos brinda el estado actual de la Psicología y la Sociología, y se siga aferrando a las viejas concepciones de una Psicología asociacionista o puramente mecanicista».

[598] Así, afirma SCHEWE, «"Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit», *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 695, que «según la configuración del caso, la contribución médica a la determinación del "tipo subjetivo" puede consistir en verificaciones somáticas o psiquiátrico-psicológicas». Este autor entiende que el juez no puede pasar por alto, en el momento de probar el conocimiento, determinados datos aportados por los peritos sobre otras cuestiones, como, por ejemplo, cuando «al investigar la capacidad de culpabilidad, el perito constata que concurren en el autor determinadas anomalías psíquicas o defectos corporales como, dado el caso, una miopía extrema». También SCHÜLER-SPRINGORUM, «Der "natürliche" Vorsatz. Zu seiner Beurteilung durch Richter und Sachverständigen», *MSchrKrim*, 56 (1973), p. 363 ss, considera que determinados datos referentes a la capacidad de culpabilidad pueden y deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el dolo, especialmente en situaciones de intoxicación etílica.

tido externo de conducción que puede presentar un comportamiento no necesariamente debe corresponderse con la vivencia subjetiva del autor, aquello en lo que, a fin de cuentas, debe basarse la imputación dolosa[599]. En el caso de homicidios que tienen a niños como víctimas, las «investigaciones han suministrado conocimientos que aportan explicaciones sobre la tipología de la situación fáctica, pero también sobre la psicología del autor y no sólo en referencia a la cuestión de la capacidad de imputabilidad»[600]. Otras investigaciones pueden resultar interesantes en el ámbito de los delitos de lesiones con resultado de muerte, ya que respecto a esta cuestión «no sólo son determinantes la forma y entidad de la lesión, sino también las capacidades personales y los conocimientos del autor. Aquí una visión global de la víctima, por un lado, y de la personalidad del autor, por otro, prometen explicaciones sobre si el desenlace mortal era previsible para este último»[601].

Sin embargo, incluso en los planteamientos de un autor tan predispuesto a tener en cuenta las investigaciones empíricas como *Schewe*, se constata un evidente reconocimiento de que dichas investigaciones no pueden aportar certeza en la mayor parte de los casos que se les plantean. En este sentido, afirma:

> los peritos psicólogos o psiquiatras no tienen nada que dictaminar cuando, por ejemplo, alguien ha disparado contra otra persona y declara haber imaginado hacerlo contra un venado, o sólo haber querido lesionar al agresor en una situación de legítima defensa. Aquí es indiscutible que a dichos peritos no les es posible anticiparse a la valoración judicial de la prueba y que los análisis psiquiátrico-psicológicos no la pueden reemplazar[602].

La citada valoración judicial sigue desempeñando un papel demasiado importante para que pueda sostenerse que el dictamen de los peritos garantiza una plena correspondencia con la realidad empírica y el recurso que propone *Schewe* a las aportaciones científicas tiene, por tanto, un alcance limitado. Pese a ello matiza este autor:

[599] SCHEWE, «Wille und Freiheit – juristische und medizinisch-psychologische Aspekte», en *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, pp. 9-10. Este autor afirma que, en aquellos casos en que el sujeto actúa en situaciones con un fuerte componente emocional, la dirección externa de la conducta, que parece indicar de modo inequívoco que la voluntad del sujeto se dirige a la causación del resultado, puede no corresponderse con las auténticas intenciones de quien la realiza. Cfr., igualmente, EL MISMO, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 103 y pp. 111-112: la conducta externa vendría a ser, entiende este autor, un mero indicio sobre los procesos internos.

[600] SCHEWE, *Lange-FS*, p. 695.

[601] SCHEWE, *Lange-FS*, p. 696.

[602] SCHEWE, *Lange-FS*, pp. 694-695.

> las declaraciones de los peritos resultan superfluas en la medida en que el juez puede decidir por sí mismo, pero a éste no le está prohibido recurrir a la ayuda de los peritos siempre que tales conocimientos técnicos le puedan ayudar a decidir. En el «tipo subjetivo» no puede regir nada distinto, siempre que el perito esté en condiciones de realizar de modo efectivo tales contribuciones[603].

Basándose en otros análisis científicos, desde su punto de vista consolidados, *Cornelius Prittwitz* llega a la conclusión de que, cuando un comportamiento típico ha sido llevado a cabo en una situación pasional, está empíricamente descartada la existencia de los fenómenos psíquicos en que se basa el dolo eventual[604]. Evidentemente, la enunciación de tal regla se fundamenta en determinadas afirmaciones de las ciencias empíricas y, como parece lógico, también a éstas les corresponderá en el proceso determinar si, en función de la dinámica del hecho, puede entenderse que éste ha sido llevado a cabo bajo un estado pasional[605]. Afirma en este sentido *Prittwitz* que existe unanimidad sobre los procesos psíquicos que concurren en una situación pasional y que sólo se discute «sobre los detalles, los conceptos y la cuestión relativa a con base en qué indicios y con qué certeza puede hablarse de hecho pasional»[606]. Pero el mismo autor reconoce que sus conclusiones no van más allá de mostrar, «por lo menos con un ejemplo, los posibles avances en racionalidad y justicia que supone una criminología de la Parte general»[607]. Su trabajo es mues-

[603] SCHEWE, *Lange-FS*, p. 694. Ideas parecidas parecen defenderse por SCHUMACHER, en *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, p. 61, cuando afirma que determinadas investigaciones psicoanalíticas sobre la personalidad del sujeto «*pueden* ser de utilidad» al juez (cursiva añadida).

[604] Cfr., en general, PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 454 ss. Al igual que en la obra de *Kargl*, los trabajos del forense *Lempp* (cfr. *supra* IV.1) sobre el homicidio cometido por jóvenes tienen una gran importancia en las afirmaciones de PRITTWITZ. Por su parte, TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, p. 60, entiende que determinados factores emocionales son *posible* fuente de representaciones erróneas. Cfr., igualmente en este punto la exposición de ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 21 ss. Plantean sus dudas sobre la cuestión BRESSER, *Lange-FS*, p. 683 y SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, pp. 104-105.

[605] Sobre los resultados de los análisis criminológicos acerca de los estados pasionales, cfr. PRITTWITZ, *GA*, 1994, pp. 462-465. En el curso de otro trabajo (EL MISMO, *JA*, 1988, p. 497), este autor atribuye a la labor de los peritos el mérito de «contribuir al esclarecimiento de los fenómenos subjetivos». Sin embargo, ya en este punto puede observarse la discusión existente acerca de las teorías científicas a las que debe acudirse para determinar la existencia de un estado pasional; cfr., al respecto, ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 17 ss.

[606] PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 456. Este autor constata que uno de los principales motivos de la renuncia al elemento volitivo del dolo y de la progresiva normativización de este concepto son las dificultades probatorias que plantea y propone a la investigación criminológica unas bases para avanzar en este ámbito (*ibidem*, p. 467 ss), lo que en cualquier caso demuestra que, al menos hoy por hoy, las certezas en este terreno prácticamente no existen.

[607] PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 471.

tra evidente del inmenso vacío que se da en este ámbito y sus planteamientos sólo una pequeña aportación para tratar de llenarlo.

Georg Freund, por su parte, afirma que «sólo un perito competente puede informar de modo concluyente sobre qué peculiaridades situacionales o personales entran en concreta consideración para una valoración personal divergente (o inexistente) de lo objetivo y cómo tienen que descartarse dado el caso». Así, añade este autor que «la tendencia de los tribunales a emplear peritos en los delitos de homicidio no sólo resulta loable en lo que respecta a la cuestión de la capacidad de culpabilidad, sino también para alcanzar la *completud del juicio de base nomológico* en relación con la "determinación del dolo"», es decir, para aportar reglas de experiencia que hablen a favor o en contra de la existencia de un determinado grado de conocimientos en un sujeto[608].

No puede afirmarse con rotundidad que las expuestas sean todas las opiniones que existen sobre esta materia, pero tampoco parece que haya muchas más[609]. Por un lado, las afirmaciones de *Schewe* y *Freund* no pasan de ser una exhortación para que el juez tenga en cuenta, al formar su convicción, la opinión de determinadas disciplinas científicas, pero en ningún momento se afirma que éstas puedan aportar certeza en todos los casos. El único que se atreve a sostener una regla como cierta es *Prittwitz*, pero ésta sólo permite solucionar la muy específica situación de los homicidios cometidos en estados pasionales. Como asevera *Ecker*, en este ámbito «faltan resultados de la investigación de amplio alcance que puedan tenerse por seguros»[610].

[608] FREUND, *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987, p. 35 (cursiva en el original). Este autor no descarta el uso de las ciencias empíricas en determinados procedimientos, aunque condicionado por las limitaciones del proceso y la importancia del caso que se juzgue. Por regla general, *Freund* se conforma con una aproximación a la verdad descartando hipótesis alternativas de explicación y, en cualquier caso, admite que existen pocas reglas científicas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno; cfr. *ibidem*, pp. 14-15 e *infra* IX.4.A.2.a.

[609] Un dato significativo al respecto es la bibliografía citada en el artículo de PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 454 ss, en que, aparte de las clásicas investigaciones de RASCH (*Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964) o LEMPP (*Jugendliche Mörder*), y de los diversos trabajos de *Schewe*, apenas se citan más estudios que aporten criterios para una constatación empírica de los hechos psíquicos en que, pretendidamente, se fundamenta el dolo.

[610] ECKER, *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale*, disertación inédita, Göttingen, 1981, pp. 130-131. En España la cuestión del dolo se ignora en trabajos sobre psicología jurídica como SOBRAL/ARCE/PRIETO (ed.), *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994 o LABRADOR (dir.), *Aportaciones de la Psicología al ámbito jurídico*, Madrid, 1994. De estas obras se deduce que la psicología forense parece hoy en día más preocupada por cuestiones como la credibilidad de los testimonios, la psicología del jurado o las psicopatologías. Una mención testimonial a la cuestión de la imputación subjetiva en ÁVILA ESPADA, «El peritaje psicológico en los procesos judiciales», en JIMÉNEZ BURILLO/CLEMENTE (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 197 e IBÁÑEZ/ÁVILA, «Psicología forense y responsabilidad legal», en GARZÓN, *Psicología y justicia*, pp. 300-301.

Otras opiniones se muestran especialmente pesimistas: *Märker* afirma, en primer lugar, que «los psicólogos no han aportado ningún nuevo conocimiento en el análisis de aquello que los juristas denominan dolo, sino sólo algunos aspectos novedosos de la indagación del individuo, interpretaciones que, sin embargo, no hacen posible ideas profundas»[611]. Añade este autor:

> de acuerdo con el actual estado de la investigación no existen puntos de apoyo científicamente acreditados sobre cómo se restablece la totalidad de la imagen visual en la experiencia consciente. Sabemos que el cerebro es una máquina de una complejidad y sutileza prácticamente ilimitadas, superior a cualquier gran computadora. Pero desconocemos cómo interaccionan entre sí el espíritu y el cuerpo[612].

Fritz Loos, apoyándose en las aseveraciones del psicólogo y psiquiatra *Paul Bresser*, afirma que a las ciencias empíricas les falta el instrumental adecuado para poder determinar «procesos psíquicos singulares e irrepetibles»[613]. Otro autor como *Kaiser*, ni siquiera incluye la cuestión del dolo dentro de aquellas materias en las que considera que existen «posibilidades concretas de cooperación entre juristas penales y psicólogos», pues, desde su perspectiva, éstas se reducen a «la cuestión de la credibilidad, la madurez para la responsabilidad y la imputabilidad (en cooperación con los psiquiatras)»[614].

[611] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, pp. 194-195. Añade este autor (*ibidem*, pp. 196-198), que el alcance del problema puede ser incluso mayor: un lenguaje jurídicamente comprensible resulta demasiado basto para poder captar la sutileza de los fenómenos psíquicos.

[612] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 190 ss.

[613] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 272. Añade este autor que, en lo que respecta a la determinación de tales procesos, el recurso a las ciencias empíricas no resulta mejor que la «psicología cotidiana», aunque, pese a un cierto escepticismo, entiende (*ibidem*, p. 278) que el consejo de tales ciencias no debe por principio ignorarse. De acuerdo con sus consideraciones, las aportaciones periciales quedan reducidas a un mero valor indiciario. En España afirma CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996, p. 557, que «en la medida en que el dolo es la representación subjetiva de hechos del mundo exterior (...), deben darse determinados procesos psíquicos de aprehensión respecto a los cuales, sin embargo, la psicología hasta ahora no ha sabido formular leyes».

[614] KAISER, en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, pp. 206-207. Tampoco PETERS, «Die prozeßrechtliche Stellung des psychologischen Sachverständigen», en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, p. 279, incluye la cuestión de la determinación procesal del dolo entre aquellas materias en que, a su juicio, los peritos psicólogos pueden desempeñar un papel relevante. Este autor circunscribe tal papel al estudio de la credibilidad de las declaraciones de acusado y testigos, al estudio de la personalidad del autor y a la elección de medidas de seguridad. En España, URRA PORTILLO, en *Manual de Psicología forense*, p. 6, afirma que las funciones en que actualmente se desarrolla la actividad del psicólogo forense en el ámbito del Derecho son el «informe sobre la capacidad cognitiva y volitiva del acusado», el «nivel de implicación en proceso delincuencial» y un ambiguo

Finalmente, en algún que otro trabajo sobre psiquiatría forense se recogen máximas que no parecen ir mucho más allá de los habituales razonamientos judiciales sobre la subjetividad ajena. Así, por ejemplo, el forense *García Andrade* propone como criterio para valorar la intencionalidad de una agresión en riña un análisis de la dinámica del traumatismo que tenga en cuenta la «dirección, altura, planos afectados, secuencia, intensidad y número de agresores», añadiendo que «todos aquellos golpes dirigidos a la cabeza, al cuello y al corazón tienen intencionalidad homicida»[615]. La contundencia de esta última afirmación demuestra que, en ocasiones, el recurso a los representantes de ciertas disciplinas científicas puede llevar a soluciones más mecánicas incluso que la denostada psicología profana de los jueces.

A.5. Balance

De la panorámica ofrecida en el anterior subapartado debe extraerse una valoración de signo inequívoco: *las aportaciones de las ciencias empíricas en el ámbito de la constatación del conocimiento en que se basa el dolo no pasan, hoy en día, de lo simbólico*. Desde este punto de vista parece comprensible que los jueces se muestren remisos a acudir a ellas. Igualmente es posible constatar que prácticamente ningún autor se atreve a postular con rotundidad alguna regla cierta en este ámbito. El único tal vez sea *Prittwitz,* cuando afirma que en las situaciones pasionales no es posible la concurrencia de dolo eventual, aunque, en cualquier caso, esta afirmación rige para su concepto particular de dolo, distinto del que se ha propuesto en la Primera Parte de este trabajo[616].

Las escasas aportaciones de las ciencias empíricas se centran en un tipo de delincuencia muy específico (básicamente violenta) y se limitan a decir en qué concretos casos es muy probable que *no* concurra dolo. Sin embargo, el silencio es absoluto en el momento de dar pautas para establecer *cuándo concurre efectivamente* el conocimiento en que se basa la imputación dolosa y cómo puede determinarse éste en modalidades delictivas tan diversas como, por ejemplo, el delito fiscal, la estafa o la receptación[617]. Ni siquiera los más entusiastas defensores del papel de las

«etcétera». En cualquier caso, este autor (*ibidem*, p. 39 ss) no incluye el tema del dolo entre aquellas materias en que, según su opinión, la psicología forense podrá colaborar en un «futuro posible» con la Administración de Justicia.

[615] GARCÍA ANDRADE, *Psiquiatría criminal y forense*, Madrid, 1993, p. 40.

[616] Sobre el concepto de dolo defendido por este autor, cercano al de las teorías de la «decisión contra el bien jurídico», cfr. PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 486 ss.

[617] SCHILD, «Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt», en JAKOB/USTERI/WEIMAR (ed.), *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 120, afirma que «la ciencia del Derecho penal no puede funcionar con contenidos determinados negativamente —como

ciencias empíricas en este terreno, se atreven a afirmar que el juez sólo deba guiarse por éstas para resolver todos los casos que se le pueden plantear. E incluso es dudoso que tales ciencias se consideren competentes para reconstruir los conocimientos pretéritos de un sujeto en cualquier caso imaginable[618].

Sostener que el juez sólo se puede guiar en este ámbito por las reglas que le suministren ciertas disciplinas científicas supone la total inaplicabilidad del concepto de dolo, pues *no hay disciplina científica alguna que parezca estar en condiciones de afirmar con plena seguridad cuándo alguien ha conocido o se ha representado algo. Una condena por delito doloso nunca sería posible si se quisieran respetar las condiciones de legitimidad en que se asienta la concepción psicológica de la «determinación del dolo»*[619].

En sintonía con lo anterior, el papel de las ciencias empíricas queda circunscrito, incluso por sus principales defensores, a un plano mucho más secundario: se afirma que el juez debe tener en cuenta las opiniones de los peritos, *con un mero valor indiciario*, en el momento de valorar la prueba y formar su convicción[620]. Pero esta suma de indicios más convicción judicial no permite garantizar que los resultados que se obtengan vayan a coincidir plenamente con la realidad psicológica. En este sentido, con tal punto de vista se admite que toda condena por delito doloso incorpora un riesgo indeterminado de instrumentalización y afectación a la dignidad del reo. De este modo no se cumplen las condiciones con las que una condena se considera legítima desde los postulados de la concepción psicológica del dolo. Más adelante deberá analizarse si, en combinación con otros medios de prueba, los indicios suministrados por

precisamente lo in-consciente o el no-yo—, como tampoco con un no pensado y no querido. A la ciencia del Derecho penal le interesan el querer y el conocer positivos, esto es la psique positiva».

[618] Incluso un clásico partidario del papel de la psicología en el proceso penal como GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas*, 1947, versión castellana a cargo de J. Guerrero, Bogotá, 1985, p. 60, sostiene que «escrutar las intenciones» escapa «a la esfera de la ciencia sicológica pura» y, por tanto, «las luces de los teóricos no podrían aportar gran socorro a los tribunales». WALTER, *KrimJ*, 1981, p. 212, propone que conceptos subjetivos que se utilizan de forma permanente como «dolo» o «intención» se construyan de tal modo que en principio puedan emplearse sin la intervención de peritos.

[619] En esta línea, LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, pp. 272-273, esgrime el significativo argumento de que las posibilidades de absolución se multiplican, de acuerdo con el *in dubio pro reo*, cuantos más expertos intervengan en el proceso.

[620] Ésta parece ser la opción de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 51, cuando afirma que «el perito, en la fase procesal de constatación de los elementos subjetivos, se ha de limitar a buscar criterios científicos que enriquezcan y permitan concretar en el supuesto de hecho sometido a consideración el concepto subjetivo en cuestión, siempre que, como hemos dicho, eso sea posible». Cfr., igualmente, *ibidem*, pp. 52-53.

las ciencias empíricas están en condiciones de aportar el grado de certeza que exige tal concepción[621].

B) La confesión del acusado

A menudo se sostiene por doctrina y jurisprudencia que la confesión del acusado es el único medio con el que se puede conseguir una plena certeza sobre los conocimientos con que contó dicho sujeto en el momento de llevar a cabo una conducta objetivamente típica[622]. La confesión es, como suele afirmarse, el único *medio directo de prueba* de los elementos subjetivos del delito, mientras que todos los demás medios utilizados en este ámbito (básicamente, la prueba de indicios) tienen un carácter sólo indirecto[623]. Esta idea es defendida de modo inequívoco por el Tribunal Supremo, que en una de sus sentencias y en relación con el pretendido elemento volitivo del dolo, afirma:

> ese deseo anímico, como tantas veces se ha dicho, está escondido *en lo más profundo del pensamiento*. Y como todo cuanto se guarda en la más grande de las intimidades (el arcano de la conciencia, se ha expuesto muchas veces), si no se manifiesta voluntariamente, *sólo por medio de una prueba indirecta o indiciaria puede averiguarse, obtener y concretarse, extrayéndose, succionándose si se quiere, sobre la base de cuantos datos hayan rodeado (antes, durante y después) la acción*[624].

[621] Cfr. *infra* VIII.1.

[622] Así, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemein deutschen Strafverfahrensrecht*, Hamburgo, 1963, p. 2, sostiene que para la constatación de fenómenos subjetivos «sólo existe una única fuente natural de conocimiento: la confesión del inculpado». Cfr., también, AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 65, quien entiende que siempre debe recurrirse a la prueba de indicios excepto en aquellos casos en que el autor haya confesado, o en que «testigos puedan corroborar las declaraciones del autor». Sobre la confesión en general, cfr. DENCKER, «Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht», *ZStW*, 102 (1990), p. 51 ss.

[623] En este sentido, entre muchas otras, la STS de 3 de diciembre de 1993 (A 9235, ponente De Vega Ruiz): «si no surge por propia manifestación, el elemento subjetivo del injusto, como en tantas infracciones acontece, ha de deducirse por medios indirectos». En estos términos se expresa igualmente FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 209 y la jurisprudencia italiana (cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 146).

[624] STS de 3 de abril de 1992 (A 2747, ponente De Vega Ruiz, cursiva en el original). Cfr., igualmente, la STS de 7 de mayo de 1993 (A 3864, ponente De Vega Ruiz), en la que se sostiene que «*salvo espontáneo reconocimiento*, el dolo ha de inducirse lícita y racionalmente de cuantas circunstancias giran alrededor de la conducta enjuiciada» (cursiva en el original). En línea similar, en el ATS de 22 de noviembre de 1995 (A 8206, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se afirma que «salvo supuestos excepcionales *en que el propio acusado reconoce haber actuado con deseo de matar*, en la mayoría de los casos, en que la intención está escondida en lo más íntimo y en lo mas profundo del ser humano (...) sólo puede obtenerse [los deseos y tendencias del individuo] por inferencia de los datos y circunstancias que constan en el relato histórico, reveladores del ánimo homicida» (cursiva añadida). Así lo entiende también VEST, *Vorsatznachweis*, p. 59, quien

Debe precisarse, sin embargo, que afirmaciones como las anteriores no acogen una acepción neutra del término «confesión» o «manifestación voluntaria» —que lo haría equiparable a «mera declaración»—, pues el carácter decisivo a efectos probatorios sólo se atribuye a aquellas confesiones que tienen un sentido autoinculpatorio[625]. Una idea que puede reconducirse a la regla del art. 1232 del Código Civil, de acuerdo con cuyo tenor literal, «la confesión hace prueba contra su autor»[626]. Las dos ideas básicas de las que se parte en este ámbito son las siguientes: cuando el sujeto activo declara *no* haber contado con los conocimientos que exige el dolo, tal declaración no tiene ningún valor decisivo; cuando, por contra, dicho sujeto reconoce haber contado con tales conocimientos, su declaración permite afirmar con certeza que *efectivamente* contó con ellos. En estos casos, según parece desprenderse de abundantes afirmaciones doctrinales y jurisprudenciales, una condena por delito doloso cumple con las estrictas condiciones que, según la concepción psicológica, garantizan la legitimidad de toda condena: en caso de confesión autoinculpatoria, no parece existir margen posible de error entre el conocimiento que se confiesa y se da por probado y el que realmente tuvo el sujeto. Sólo así puede afirmarse que dicha confesión tiene un valor probatorio directo.

El valor de prueba directa se atribuye a la confesión autoinculpatoria desde tiempos inmemoriales[627]. En antiguos sistemas procesales se consideraba que era la única prueba válida de la culpabilidad del acusado, aplicándose a su consecución la fase de instrucción del proceso penal, en la que solía recurrirse al tormento como medio especialmente

afirma que «si no existe confesión judicial o extrajudicial del acusado, el dolo deberá extraerse a partir de circunstancias objetivas». Lo mismo afirma dicho autor (*ibidem*, p. 141) en referencia al dolo del tipo de la receptación: «si no existe confesión alguna por parte del acusado, el juez tendrá que llevar a cabo una prueba de indicios». Cfr. también HENKEL, «Die "praesumtio doli" im Strafrecht», *E. Schmidt-FS*, Göttingen, 1961, p. 578.

[625] A tal efecto, el término «confesión» no se utiliza en su sentido neutro («declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro»), sino en un sentido autoinculpatorio que posee ciertas connotaciones religiosas («declaración al confesor de los pecados que se han cometido»). Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*.

[626] Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, pp. 118-119: «por "confesión" se entiende el reconocimiento o admisión de los hechos hecha por el imputado en contra de sí mismo, admitiendo así su intervención o participación en ellos. La gran significación de este reconocimiento se funda en la máxima de la experiencia que nos enseña que nadie suele reconocer hechos en propio perjuicio, siendo lo frecuente reconocer y explicar los hechos que nos favorecen y ocultar los que nos perjudican».

[627] Una perspectiva histórica en MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en material criminal*, 10.ª ed. adicionada y puesta al día por P. Aragoneses Alonso, Madrid, 1979, p. 222 ss. Otra perspectiva del papel de la confesión en el sistema procesal español en VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 11 ss. Interesante también HIRSCHBERG, *La sentencia errónea en el proceso penal*, Stuttgart, 1960, trad. T.A. Banzhaf, Buenos Aires, 1969, p. 17 ss.

apto para lograr tales declaraciones. Desde la consolidación en los sistemas penales del principio de libre valoración de la prueba, se admiten mecanismos probatorios distintos a la confesión para fundamentar un veredicto de culpabilidad, pero ha permanecido la idea de que una confesión del sujeto activo es el *único medio de prueba directo* para acreditar cuál fue el contenido de su subjetividad en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivamente típico[628]. Este modo de ver las cosas parte de un razonamiento evidente: dado que tanto conocimiento como voluntad son hechos psíquicos y, por tanto, no observables por los sentidos de otra persona, sólo puede describirlos adecuadamente quien, por afirmarlo de forma algo rudimentaria pero plástica, los ha *tenido en su propia cabeza.*

Sin embargo, más allá de cuestiones históricas, lo que conviene analizar en este punto es la idea según la cual aquello que el sujeto activo afirma haberse representado en el momento de realizar la conducta objetivamente típica siempre coincide exactamente con lo que efectivamente se representó en tal momento. La validez general de esta regla se halla evidentemente condicionada por el hecho de que no sean pensables supuestos en que pueda no darse tal coincidencia, es decir, casos en que el autor se atribuya —con sentido inculpatorio— unos conocimientos con los que realmente no contó en el momento de llevar a cabo el hecho típico. Como se muestra a continuación, y con independencia de su mayor o menor frecuencia, tales supuestos son perfectamente imaginables y, según algunos autores, incluso más habituales de lo que se suele pensar[629].

En primer lugar, pueden darse casos en los que un individuo no recuerde exactamente qué es lo que se representó en el momento de llevar a cabo su comportamiento y que su confesión autoinculpatoria obedezca a reconstrucciones *ex post*, tal vez motivadas por un cierto sentimiento de culpa[630]. También son imaginables supuestos en que el sujeto no encuentre las palabras adecuadas para describir aquello que realmente pasó por su cabeza y caiga en una autoinculpación provocada por el hecho de

[628] Así, HAGEN, «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), p. 197.

[629] Una exhaustiva relación de motivos que pueden llevar a falsas confesiones autoinculpatorias en GORPHE, *Apreciación judicial*, p. 185 y HIRSCHBERG, *La sentencia errónea*, p. 25. En referencia a los fenómenos psicológicos cfr. PERRON, *Nishihara-FS*, pp. 154-155.

[630] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 270, afirma «que la determinación [del dolo] puede ser relativamente fácil si la confesión del acusado también incluye el "dolo", pero no tiene por qué serlo: basta con remitir a la posibilidad de construcciones *ex post* a partir, por ejemplo, de sentimientos de culpa». Cfr. igualmente EL MISMO, *JR*, 1994, p. 513. Ya a principios de siglo, LÖFFLER, «Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ÖZSt*, 1911, p. 145, constataba cómo muchas veces ni el mismo sujeto podía dar razón de sus *facta interna* (como sus motivos, sus esperanzas), algo que, en palabras de este autor, «sólo conoce Dios».

no haberse sabido expresar afortunadamente[631]. Como manifiesta *Kargl*, el modo en cómo suelen llevarse a cabo los interrogatorios, tanto policiales como judiciales, puede tener una buena parte de responsabilidad en un número no despreciable de supuestos en los que se da la anterior situación[632].

En segundo lugar, son también imaginables supuestos en que un individuo que recuerde perfectamente lo que conoció en el momento de realizar el hecho y que sepa, igualmente, que tales conocimientos no coinciden con los requeridos por la imputación dolosa, afirme, sin embargo, haber contado con ellos porque, por los motivos que sean, le interese ser condenado como autor doloso. Así, *Freund* hace referencia a los casos en que el sujeto siente una necesidad patológica de que le sea impuesta una pena, necesidad que puede llegar hasta el punto de declarar haber sido consciente de algo de lo que realmente no fue, para, de este modo, conseguir el castigo ansiado[633]. Otros supuestos imaginables se dan cuando un sujeto asume su culpabilidad dolosa para evitar la condena de un tercero, o para no tener que reconocer ciertos desconocimientos, cuya trascendencia pública, desde su particular punto de vista, sería incluso más perjudicial que la propia condena[634].

Todos estos ejemplos demuestran que no son impensables casos en los que exista una confesión autoinculpatoria por parte de un acusado sin que el contenido de ésta concuerde con la realidad de sus conocimientos en el momento del hecho. Cuando se cae en la cuenta de esta posibilidad, debe admitirse por fuerza que incluso en las condenas basadas en la

[631] Una postura especialmente radical en este punto es la defendida por MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 192, cuando afirma que «la pregunta planteada con frecuencia por el juez al acusado sobre qué pensó realmente, no tiene francamente sentido. Exige al acusado que describa un proceso que debe haber acontecido en su "escena interior", un proceso que no ha existido en absoluto porque el supuesto *episodio* en realidad no ha sido tal, sino algo distinto».

[632] Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 24-25 (nota 24). Una amplia relación de trabajos que se ocupan del valor probatorio de la confesión en *ibidem*, p. 18 (nota 9).

[633] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 122 ss.

[634] Imagínese el caso en que el autor prefiere ser condenado a tener que alegar en el proceso una serie de circunstancias que, aunque con toda seguridad comportarían su absolución, comprometerían su honor o su prestigio profesional (cfr. el ejemplo del marchante de arte reproducido *infra* X.2.A). O la situación en que el acusado se viera impotente para desvirtuar la prueba de cargo que tuviera en su contra y, aunque realmente le hubieran faltado los conocimientos necesarios para el dolo, decidiera confesar en la esperanza de obtener un trato más benigno por parte del tribunal sentenciador. Una muestra de buenos motivos que pueden llevar a que un acusado se autoinculpe (falsamente) en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n.º marg. 19: «la confesión puede ser falsa por muy diversos motivos: por ejemplo, porque el acusado no es normal o porque es apático, porque quiere estar en la cárcel o porque quiere procurarse una coartada para un hecho más grave o porque quiere que se le castigue a él en lugar del verdadero autor». Cfr., igualmente, SPENDEL, «Wahrheitsfindung im Strafprozeß», *JuS*, 1964, p. 467.

confesión del acusado permanece un cierto riesgo de no coincidencia entre los hechos que se le imputan y los efectivamente acaecidos. Por este motivo, tampoco los casos en que se afirme el dolo a partir de una declaración en que el sujeto se haya inculpado cumplen con las condiciones que legitiman una condena por delito doloso desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo.

Una parte de la doctrina y, en ocasiones, la propia jurisprudencia reconocen que el contenido de una confesión autoinculpatoria no tiene necesariamente que coincidir, siempre y en todo caso, con la realidad de los hechos acaecidos[635]. Por este motivo se acepta que a través de otros medios de prueba pueda llegar a desvirtuarse el valor probatorio de ciertas confesiones[636]. Estas ideas suponen una quiebra evidente de la regla según la cual la confesión es medio directo de prueba de los hechos psíquicos: en algunos casos, pese a existir una confesión autoinculpatoria, el contenido de tal confesión no deberá ser atribuido al autor. Sin embargo, si con tal declaración se acreditara de forma incontrovertida y definitiva la realidad de determinados hechos psíquicos, su valor probatorio no podría ser contradicho por ningún otro indicio, pues la *verdad* habría sido ya *descubierta*[637].

De acuerdo con lo anterior, a la confesión del sujeto activo sólo se le debe atribuir un valor indiciario que compartirá con otros medios de

[635] HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 199, constata cómo «llama la atención la idea, hasta hoy ampliamente difundida entre los juristas, de que los juicios *ex re* son "simples pruebas de indicios", mientras que la "prueba plena", que se contrapone a tal "prueba de indicios", sólo puede obtenerse mediante una confesión. Esto es simple y llanamente erróneo, puesto que las "confesiones" falsas no sólo son imaginables, sino que también se producen y, en consecuencia, una confesión no es por tanto nada más que un "mero indicio"». También VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1984, p. 14, atribuye a la confesión un valor limitado. Por su parte, PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 413, afirma que la confesión del acusado debe ser confirmada por la prueba de indicios. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 206 ss, cuestiona la corrección de hablar de una «prueba directa» desprendida de toda deducción o inferencia y limitada a la mera percepción.

[636] Así, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 149. SPENDEL, *JuS*, 1964, p. 467, afirma que la idea de que el contenido de toda confesión debe atribuirse por principio a quien la realiza cuando dicho contenido le perjudica, sólo rige en procesos como el civil en que no se persigue averiguar la verdad material. Cfr., igualmente, MITTERMAIER, *Tratado*, p. 226 ss, quien establece los requisitos que debe reunir una confesión para que pueda basarse en ella la convicción judicial.

[637] Las dudas de la doctrina sobre la veracidad de determinadas declaraciones de un sujeto se extienden incluso a los supuestos en que éstas hayan sido obtenidas a través de métodos como el narcoanálisis («drogas de la verdad») o técnicas psicométricas (entre ellas el famoso «detector de mentiras»). Cfr. al respecto la interesante exposición de estas técnicas y la recopilación de críticas realizada por VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 153 ss. El propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de mayo de 1982 (A 2702, ponente Latour Brotons), negó todo valor probatorio a posibles declaraciones realizadas bajo los efectos de narcóticos.

prueba[638]. Como afirma el Tribunal Supremo, «el juzgador debe situar la confesión en un determinado contexto, enlazarla con el resto de la actividad probatoria, comprobar la racionalidad de la declaración y, por último, decidir»[639]. Ello no se opone a que, desde luego, las eventuales confesiones tengan un importante peso específico en los pocos supuestos en que suelen darse; sin embargo, tampoco en estos casos puede afirmarse rotundamente que su concurrencia deba tener un carácter definitivo e incontestable[640]. Al ser un indicio entre otros, también la confesión deberá ser valorada por el juez con miras a la formación de su convicción y, como es evidente, en este último momento ya no podrá asegurarse que lo confesado vaya a coincidir por fuerza con lo efectivamente sucedido[641].

C) La prueba de indicios

El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la práctica para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni tampoco la confe-

[638] El art. 406 LECr obliga al juez de instrucción, aunque exista confesión del procesado, a seguir practicando todas las diligencias necesarias para convencerse de la veracidad de tal confesión y de la existencia del delito. DENCKER, *ZStW*, 102 (1990), p. 74, afirma que «la confesión (también en sentido autoinculpatorio) no es un medio de prueba o indicio principal o mejor que otras declaraciones, aunque la (no) respuesta del inculpado tiene ciertamente una cualidad especial con una influencia determinante sobre el proceso de prueba».

[639] STS de 13 de enero de 1993 (A 157, ponente Ruiz Vadillo).

[640] Cfr., al respecto, OPP, «Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß», en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 32, quien afirma que, en realidad, los jueces no hacen otra cosa que aplicar una máxima general de acuerdo con la cual «si el acusado confiesa el hecho es porque lo ha cometido». Sin embargo, la coincidencia de los resultados a que lleva esta máxima con los fenómenos psíquicos realmente acontecidos no puede garantizarse. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 41, sostiene que la confesión sigue siendo la *regina probationum*; sin embargo, aunque es cierto que ésta puede tener, en determinados casos, un valor indiciario enorme, ello no implica que con cualquier confesión quede ya automáticamente acreditada la verdad de los hechos. HERDEGEN, *KK*, § 244, n.º marg. 1, entiende que, dado que las confesiones también pueden ser falsas, su significado probatorio debe ser objeto de valoración. En España añade RUIZ VADILLO, *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995, p. 201, que ni siquiera la exteriorización de los contenidos del pensamiento por el sujeto pensante garantiza su veracidad.

[641] SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969, p. 710, cuestiona, en general, la diferencia de valor que suele atribuirse a la prueba directa y a la indirecta cuando, sin embargo, ambas modalidades pueden tener fuerza suficiente para que el juez forme su convicción. Niega la distinción GOLLWITZER, *LR*, 24.ª ed., § 261, n.º marg. 60. Cfr., igualmente, las afirmaciones de MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 217 ss. Sobre el escaso fundamento de la tradicional distinción entre prueba directa e indirecta, cfr. también BELLOCH JULBE, «La prueba indiciaria», en *La sentencia penal*, pp. 42-44.

sión autoinculpatoria del sujeto activo. Las enormes dudas que suscita la primera vía y la escasa incidencia práctica de la segunda, llevan a que la mayoría de supuestos se acaben resolviendo a través de un tercer medio de prueba: la llamada *prueba indiciaria o circunstancial,* plasmada en los denominados *juicios de inferencia*[642]. Al uso de tal medio probatorio le es atribuida por la jurisprudencia la capacidad de realizar auténticos prodigios en el ámbito de la «prueba del dolo»[643]. En este sentido, suele afirmar el Tribunal Supremo que, «salvo espontánea manifestación del autor, sólo un acertado juicio de inferencia por parte de los jueces puede escudriñar este íntimo pensamiento [el *animus necandi*] en lo más profundo del ser humano, "en el arcano escondido de su conciencia"»[644]. El Tribunal Constitucional afirma en su jurisprudencia que un correcto uso de la prueba de indicios es, en general, un medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia[645].

La cuestión que debe dilucidarse en este apartado consiste, básicamente, en decidir si con la prueba de indicios es posible averiguar el estado real de representación de un sujeto en el pretérito instante de realización del hecho objetivamente típico. Es decir, si dicho medio de prueba está en condiciones de hacer aplicable el concepto de dolo respetando los requisitos de legitimidad exigidos por la concepción psicológica. Algunos autores no parecen ver demasiados problemas para contestar afirmativamente a tal cuestión, pues, como indica *Díez Ripollés*, «la opción por la realidad empírica no supone necesariamente una introducción masiva de dictámenes periciales»[646]. A la vista de lo poco frecuentes que son las confesiones autoinculpatorias, gran parte de la doctrina y toda la jurisprudencia consideran que la prueba de indicios es un mecanismo válido para averiguar los fenómenos psicológicos en que se asienta la imputación dolosa.

[642] Afirma PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 413, que «la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación —en el caso de que el acusado lo confesara explícitamente— se requiere una inferencia a partir de datos exteriores». Cfr., igualmente, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 3; KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312 y HERDEGEN, *KK*, § 244.1, n.º marg. 3: «los hechos psíquicos ajenos se infieren indiciariamente de hechos externos». Sobre la prueba de indicios en general, cfr. HÜRXTAL, *KK*, § 261, n.º marg. 64-66. Una panorámica de este medio probatorio a lo largo de la historia en PÉREZ BARBERÁ, «La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal», *CDJP*, 4-5 (1997), p. 393 ss.

[643] Así, la STS de 31 de octubre de 1994 (A 9076, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se sostiene que «la afirmación realizada por el "factum" de que el acusado conocía que transportaba dinero oculto es una inferencia, pues se trata en puridad de un elemento interno, personal y subjetivo y, salvo los casos, por otra parte no muy frecuentes, en que el propio acusado paladinamente lo confiese, tiene que inferirlos el Tribunal de instancia». Ver también la STS de 7 de marzo de 1991 (A 1927, ponente De Vega Ruiz), en la que se afirma que «sabido es que la existencia del dolo, integrado por elementos psicológicos que yacen en la mente del sujeto activo, es difícil de acreditar. Y que como todo cuanto se guarda en lo más profundo del ser anímico, sólo puede probarse por una serie de datos (anteriores, coetáneos y posteriores) que manifiesten, *desempolvando íntimos secretos*, la voluntad querida» (cursiva en el original). Cfr., también, RUIZ VADILLO, *Estudios*, pp. 201-202.

[644] STS de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente De Vega Ruiz). Abundantes referencias a la jurisprudencia italiana, que emplea argumentos muy similares a la española en este ámbito, en TASSI, *Il dolo*, pp. 146-147.

[645] Así, la STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre): «el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria». Para una panorámica de la jurisprudencia constitucional en este ámbito, cfr. BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 47 ss.

C.1. Cuestiones generales

La jurisprudencia del Tribunal Supremo suele buscar apoyo legal para la prueba de indicios en los arts. 1249 a 1253 del Código Civil. Estos preceptos, agrupados bajo la rúbrica *De las presunciones*, se encuentran en el Capítulo que el citado cuerpo legal destina a la regulación de la prueba de las obligaciones[647]. De tales artículos el que reviste un mayor interés a efectos penales es el 1253 CC, de acuerdo con cuyo contenido, «para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»[648]. Qué debe entenderse por *reglas del criterio humano* y cómo actúan éstas es algo sobre lo que no reina unanimidad. Tampoco existe acuerdo sobre la terminología a emplear y, en este sentido, se habla indistintamente de «prueba de indicios,

[646] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 49. Afirma este autor (*ibidem*, p. 323) que «las reglas comunes de experiencia no sustituyen análisis empíricos por imputaciones valorativas, sino que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va». Cfr., al respecto, *infra* VII.3.C.4.

[647] Tal remisión puede apreciarse, a modo de ejemplo, en la STS de 18 de abril de 1989 (A 3410, ponente Puerta Luis). Crítico con la ubicación de estas reglas de naturaleza procesal, DELGADO GARCÍA, «Prueba de indicios», en EL MISMO (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Madrid, 1996, p. 378. Sobre la aplicación de estos preceptos del Código Civil en el proceso penal, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, «La prueba indiciaria», en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 55.

[648] En cuanto al uso del art. 1253 CC como base jurídica positiva para la prueba de indicios, cfr., entre otras, la STS de 6 de octubre de 1995 (A 7400, ponente De Vega Ruiz) y la STS de 10 de octubre de 1988 (A 8315, ponente Puerta Luis), donde se afirma que la prueba indiciaria puede destruir la presunción de inocencia «siempre que los indicios estén plenamente probados y de ellos se llegue a la convicción de culpabilidad mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano».

indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas»[649].

Un primer punto de vista entiende que «se puede definir la prueba de indicios como el paso de unos hechos conocidos (hechos básicos o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) *por el camino de la lógica*»[650]. De acuerdo con esta idea, *de un hecho previamente probado se deduce un segundo hecho* que tiene naturaleza psíquica en el caso de los elementos subjetivos del delito[651]. Éste es el punto de vista del Tribunal Constitucional cuando entiende que la prueba de indicios puede desvirtuar la presunción de inocencia si se sustenta en «un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se trata de probar»[652]. Sin embargo, esta forma de ver las cosas resulta bastante problemática, ante todo por lo equívoco de la terminología empleada, como se muestra seguidamente partiendo de un ejemplo:

> *Se considera probado que el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero* (hecho básico) *en el momento en que sucedieron los hechos. Interesa determinar, con miras a afirmar un hipotético dolo, si dicho acusado conocía que la anilina es un producto venenoso* (hecho consecuencia)[653].

[649] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 377. Este autor (*ibidem*, p. 378) constata que el término «presunciones» es más usual en el proceso civil, mientras que en el proceso penal lo más habitual es hablar de «prueba de indicios», aunque «el concepto es único». Acerca de la cuestión terminológica, cfr. también BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 30 y GORPHE, *Apreciación judicial*, pp. 202-203.

[650] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 376 (cursiva añadida), citando la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1965 (A 262, ponente Aguado González). Añade este autor (*ibidem*, pp. 376-377) que «partiendo de unos datos o circunstancias probados en la causa, colaterales al hecho necesitado de prueba, se puede llegar al conocimiento de la realidad de este último porque existe tal conexión lógica entre aquellos y éste que, admitidos los primeros como probados, nadie pone en duda la certeza del último».

[651] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 389, afirma que «esta clase de prueba no responde a los mecanismos del silogismo o del método de deducción, que es el único capaz de proporcionar una seguridad en el conocimiento así adquirido, sino al de inducción, en el cual las premisas nos llevan a una conclusión más o menos probable pero nunca segura. En la prueba de indicios nos encontramos ante una modalidad de la inducción que se corresponde con lo que algunos denominan educción, que permite pasar de lo particular a lo particular».

[652] STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre). Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la prueba de indicios y a su capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, cfr. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 137 ss. Sobre la doctrina general del Tribunal Supremo, abundantes referencias en *ibidem*, p. 150 ss.

[653] Los ejemplos utilizados en este apartado se basan en una simplificación de los hechos probados de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater), la conocida «Sentencia de la colza».

Esta última determinación sólo resulta posible si existe una regla según la cual se sostiene que «*quien es empresario aceitero, conoce el carácter venenoso de la anilina*». Sin embargo, este enunciado no puede considerarse una regla de la lógica en el sentido estricto de la expresión, pues en ella se incorpora una determinada descripción de la realidad que es ajena a los enunciados propios de una disciplina que, como ciencia formal, sólo está integrada por reglas cuya validez no depende de su correspondencia con la realidad. Tal enunciado sólo puede formar parte de la «lógica» si este término se utiliza en un sentido laxo, equivalente a «lógica cotidiana» o «sentido común». Para evitar confusiones, resulta mucho más adecuado designar esta clase de enunciados con la expresión *reglas de experiencia*, pues éstas se formulan a partir de una determinada observación o conocimiento («experiencia») sobre la realidad y se mantiene su validez siempre y cuando se siga afirmando su correspondencia con aquélla[654].

En algunas ocasiones, la jurisprudencia española utiliza el término «juicios de valor» para hacer referencia a las citadas *reglas del criterio humano* en el ámbito de la determinación de los elementos subjetivos[655]. Sin embargo, como entiende *Benéytez Merino* en referencia a la prueba de indicios, «ni la conclusión establecida ni el proceso por el que se llega a ella constituyen un juicio de valor. La naturaleza silogística de la operación exige una denominación más acorde con la realidad, por lo que una denominación más adecuada podría ser la de juicio de inferencia»[656]. Según este autor, «la proposición afirmativa del *animus*, de la

[654] Así, DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 378: «el nombre de prueba de inferencias, presunciones o conjeturas tiene en cuenta el referido elemento de conexión lógica que ha de existir entre los hechos básicos y el hecho consecuencia. A través de ellos, inferimos, presumimos o conjeturamos que éste se ha producido *según la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos conforme nos muestra la experiencia*» (cursiva añadida). Opta por hablar de reglas de experiencia REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, 2.ª ed., Bogotá, 1989, p. 91, quien las define como «conocimientos adquiridos por la sociedad en la que los hechos se desarrollan a través de la repetida observación de casos particulares (método de inducción)». Las reglas de la experiencia se forman a partir de la observación de determinados datos, algo que no puede afirmarse de las reglas de la lógica; cfr., al respecto, KÄßER, *Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Berlín, 1974, p. 94. Cfr., igualmente, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 231.

[655] Así, por ejemplo, la STS de 2 de febrero de 1988 (A 842, ponente Moner Muñoz): «las aseveraciones que pueda efectuar la Audiencia Provincial, sobre la existencia o inexistencia del "animus necandi" no son más que *juicios de valor*; a los que llega el Tribunal, en el cumplimiento de su función jurisdiccional, partiendo de datos objetivos, que aparecen en el proceso de los que aquél extrae su conclusión sobre el elemento subjetivo del tipo delictivo» (cursiva añadida).

[656] Afirma BENÉYTEZ MERINO, «Juicio de valor y jurisprudencia», *PJ*, 19 (1990), p. 14, que «los elementos subjetivos son realidades que pertenecen al ámbito interno de la persona; son ontológicamente procesos del mundo espiritual consciente: pensamientos, de-

intención, del conocimiento de determinada circunstancia no es una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, porque consigna un simple hecho, un hecho psíquico, interno, evidenciado por otros hechos de carácter externo»[657]. Por estos motivos, el término «juicio de valor» tampoco resulta una expresión afortunada[658].

Rechazadas las expresiones «juicios de valor» y «reglas de la lógica (cotidiana)», la opción que parece más adecuada es la que entiende que en la prueba de indicios intervienen dos tipos de enunciados distintos que se emplean en un *juicio de inferencia*: las llamadas *reglas de la lógica (formal)* y *las reglas de la experiencia*. Cuando el juez recurre a este medio de prueba debe utilizar estos enunciados de la siguiente manera: en primer lugar, procede analizar si existen reglas de experiencia que determinen los conocimientos con que cuenta una persona que se halle en las mismas circunstancias que concurren en los hechos ya probados[659]; en segundo lugar, el juez debe llevar a cabo un silogismo en el que la regla de experiencia actúe de *premisa mayor* y los hechos previamente probados («completamente acreditados», según el art. 1249 CC) de *premisa menor*[660]. El resultado de este silogismo son las conclusiones

seos, sentimientos, emociones, impulsos, etc.; son funciones y actividades del recóndito de la conciencia humana, naturalmente inaccesible para los demás. Por ello, los elementos subjetivos referidos por la descripción típica requieren para su fijación en el proceso una operación más compleja, que podría denominarse "juicio de inferencia", en lugar de "juicio de valor", que es la denominación jurisprudencial». Este autor (*ibidem*, p. 10) entiende que el uso de este último término resulta desafortunado si se hace de acuerdo con el significado que en el lenguaje cotidiano tiene dicha expresión como «apreciación puramente subjetiva *fundada en ideas, sentimientos o emociones estrictamente personales*, respecto de cualquier acontecimiento o hecho real» (cursiva en el original). Un juicio de valor entendido así, «al carecer de toda objetividad, debe desaparecer de cualquier discurso lógico». Cfr. también LUZÓN CUESTA, *El recurso de casación penal*, Madrid, 1993, p. 50 y 55.

[657] BENÉYTEZ MERINO, *PJ*, 19 (1990), p. 19.

[658] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 387, matiza las críticas formuladas contra esta expresión, considerando que con ella «simplemente se quiere proclamar la aptitud para discutir en casación el raciocinio a través del cual se llega a alcanzar ese particular ánimo o conocimiento del responsable criminal del cual la ley hace depender la existencia o no del delito de que se trate». Sobre las implicaciones que cierta jurisprudencia extrae del término «juicio de valor» en el ámbito del recurso de casación, cfr. *infra* XI.2.B.

[659] Para la discusión sobre si las reglas de experiencia preexisten al caso o se crean *ad hoc*, cfr. *infra* XI.1. Según FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 11, los principios de experiencia «suministran un criterio general que subsiste y es verdadero por sí mismo, y que puede aplicarse en el caso concreto, pero es independiente de él».

[660] LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª ed., trad. M. Rodríguez, Barcelona, 1994, pp. 301-303, afirma que «en un tal silogismo actúa como premisa mayor, por regla general, una determinada "máxima de experiencia", una ley natural o una regla de probabilidad; como premisa menor el hecho inducible, que, por su parte, o bien es confesado en el proceso, o está asegurado por inspección ocular o por testimonio fidedigno». Cfr., igualmente, MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 328-329 y ARAGONESES ALONSO,

sobre los conocimientos del sujeto enjuiciado[661]. El cometido de las reglas de la lógica (en sentido estricto) no es otro que garantizar la corrección interna del silogismo en cuestión.

Por ejemplo,

Se dan por probados los siguientes hechos (objetivos):

El empresario aceitero J.M.B. refinó en las instalaciones de su empresa una serie de partidas de aceite industrial que contenía anilina, un compuesto químico venenoso que se intentó eliminar del aceite mediante un proceso de refinado para su introducción posterior en el mercado como producto apto para el consumo humano. Varias personas consumieron el aceite, muriendo a consecuencia del efecto tóxico de la anilina. La acusación atribuye a J.M.B. la condición de autor de diversos homicidios dolosos. La defensa niega que el acusado conociera el carácter venenoso de la anilina y, además, sostiene que dicho acusado no se representó que, tras el proceso de refinado, pudieran permanecer restos de tal producto en el aceite.

Para llegar a la condena del acusado como autor de un homicidio doloso, como pretende la acusación, el razonamiento judicial debe basarse en la aplicación de una serie silogismos encadenados[662].

1º/

— Premisa Mayor (*regla de experiencia*): todos los empresarios aceiteros conocen el carácter venenoso (mortal) de la anilina.

adiciones a MITTERMAIER, *Tratado*, p. 407. El Tribunal Supremo expone en su sentencia de 20 de septiembre de 1990 (A 7196, ponente Ruiz Vadillo) cómo debe practicarse el denominado «juicio de inferencia»: «el Tribunal tiene que llevar a cabo una operación de inducción (ascensión lógica del entendimiento desde el conocimiento de fenómenos, hechos o casos, a la Ley o principio que virtualmente los contiene o que se efectúa en ellos uniformemente) y/o de deducción (sacando consecuencias de un principio, proposición o supuesto), para obtener las conclusiones correspondientes partiendo siempre de todos los datos probados». Sobre la estructura lógica del silogismo, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 222 ss; MARTÍNEZ ARRIETA, en *La prueba en el proceso penal*, pp. 59-60 y MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 220 ss.

[661] Afirma CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 181, que «la naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor». De acuerdo con la necesaria concurrencia de dos elementos —una base ontológica y una regla de experiencia— FREUND, *Normative Probleme*, p. 13: «de un hecho conocido y de una ley conocida se infiere un hecho desconocido». Cfr., igualmente, REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, p. 91 ss.

[662] OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 27, caracteriza las reglas de experiencia judiciales como proposiciones del tipo «cuando A entonces B», donde A son los hechos dados previamente por probados y B la conclusión. A favor de la legitimidad de la concatenación de presunciones indiciarias y en contra de algunas muy discutibles apreciaciones jurisprudenciales al respecto, cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 242.

— premisa menor (*hecho probado*): el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero en el momento de los hechos.

— Conclusión: el acusado conocía el carácter venenoso (mortal) de la anilina en el momento de los hechos.

2º/

— PM (*regla de experiencia*): quien intenta refinar una partida de aceite, extrayendo de éste su contenido de anilina, es consciente de que pueden permanecer restos de tal producto tóxico tras el proceso de refinado si no se adoptan posteriores medidas de control.

— pm (*hecho probado*): el acusado refinó una partida de aceite intentando extraer de ésta su contenido de anilina sin adoptar posteriores medidas de control.

— Conclusión: el acusado fue consciente de que podían permanecer restos de anilina en el aceite tras el proceso de refinado.

Las dos conclusiones obtenidas en los anteriores silogismos pasan ahora a desempeñar el papel de hechos probados («plenamente acreditados») dentro de los razonamientos posteriores que debe llevar a cabo el tribunal sentenciador:

3º/

— PM (*regla de experiencia*): quien sabe que la anilina es venenosa (mortal) y trata de refinar aceite que contiene anilina, siendo consciente de que pueden permanecer restos de ésta, es a la vez consciente de que existe riesgo de que el aceite siga conteniendo anilina y, por tanto, sea venenoso (mortal) tras el proceso de refinado.

— pm (*hechos probados*): el acusado sabía que la anilina era venenosa y fue consciente de que en el proceso de refinado del aceite existía el riesgo de que permanecieran restos de este producto.

— Conclusión: el acusado fue consciente de que tras el proceso de refinado existía el riesgo de que el aceite continuara conteniendo anilina y, por tanto, de que fuera venenoso (mortal).

4º/

— PM (*regla de experiencia*): quien introduce en el mercado de comestibles un producto, siendo consciente del riesgo de que dicho producto sea venenoso (mortal), es también consciente de que está creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores.

— pm (*hecho probado*): el acusado introdujo aceite en el mercado de comestibles siendo consciente del riesgo de que tal aceite fuera venenoso (mortal).

— Conclusión: el acusado era consciente de que estaba creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores al introducir el aceite en el mercado.

Si se adopta una definición de dolo como conocimiento del riesgo de realización de un resultado implícito a un comportamiento, la conclusión obtenida permite afirmar que el protagonista del ejemplo actuó de forma dolosa. En esta forma de razonamiento, las reglas de la lógica

(concretamente, la regla del *modus ponendo ponens*) sirven para comprobar la corrección interna del silogismo, pero no para verificar que las premisas empleadas concuerden con la realidad, pues el «contenido de verdad» de las reglas de la lógica es meramente formal[663].

Por ejemplo,

Los enunciados de la lógica servirían para rechazar el siguiente silogismo: PM) «Los aceiteros siempre conocen el carácter venenoso de la anilina»; pm) «El acusado X es aceitero»; C) «El acusado no conoce el carácter venenoso de la anilina».

En un juicio como éste, las reglas de la lógica permiten constatar que la conclusión obtenida es incorrecta de acuerdo con las premisas dadas[664]. Sin embargo, dichas reglas no permiten entrar a valorar si la conclusión final del silogismo se corresponde con lo efectivamente sucedido aunque aquél haya sido realizado correctamente. Que se dé tal correspondencia en la conclusión depende esencialmente de que las premisas mayor y menor describan correctamente la realidad. Las reglas de la lógica entran en un segundo momento: la conclusión del silogismo sólo se corresponderá con dicha realidad si (presuponiendo la adecuación de premisa mayor y menor a ella) en la realización del silogismo se han respetado tales reglas[665]. De acuerdo con estas ideas, la capacidad de la prueba de indicios para formular conclusiones que se correspondan plenamente con lo efectivamente acaecido es algo que depende, casi por completo, de las premisas que se introduzcan en el silogismo. Como ya afirmó en su momento *Engisch*, refiriéndose a la aplicación del Derecho, «la deducción en sí apenas requiere esfuerzo; lo más difícil es encontrar las premisas»[666].

---

[663] Sobre la distinción entre verdad lógica y verdad empírica, cfr. ADOMEIT, «Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff», *JuS*, 1972, pp. 629-630. La equiparación terminológica entre «reglas de la lógica» y «leyes del pensamiento» en HÜRXTAL, *KK*, § 261, n.º marg. 47. Cfr., también, ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit*, p. 12, quien afirma que «la corrección lógico-formal es una condición necesaria pero no suficiente para la correción de una deducción. A ella debe añadirse la corrección material de las premisas».

[664] Se entra en contradicción con la regla lógica del *modus ponendo ponens* cuando se realiza el siguiente silogismo: 1) $A \rightarrow B$; 2) A ; 3) $\neg B$. La correcta realización del silogismo lleva a un resultado distinto: 1) $A \rightarrow B$ (regla de experiencia) ; 2) A (hecho probado) ; 3) B (conclusión).

[665] La idea fundamental en este ámbito es que la lógica sólo permite saber lo que no puede ser, pero no lo que efectivamente es; cfr., al respecto, ADOMEIT, *JuS*, 1972, p. 630 y KINDHÄUSER, «Das Beweismaß des Strafverfahrens», *Jura*, 1988, p. 292. Cfr., asimismo, CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 181: «la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos».

[666] ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed., Heidelberg, 1960, p.

Para poder afirmar que la conclusión obtenida a través de la prueba de indicios coincide con la realidad son necesarios dos presupuestos básicos e irrenunciables: en primer lugar, *las reglas de experiencia que se apliquen a modo de premisa mayor deben ser enunciados que aporten declaraciones seguras e irrefutables sobre el contenido de dicha realidad.* En este sentido, no basta, como suele exigirse, con que tales reglas no contradigan las afirmaciones de la lógica o los conocimientos científicos[667]. La no contradicción con estos últimos tiene la finalidad de excluir que, mediante el empleo de reglas de experiencia, pueda llegarse a conclusiones absurdas u opuestas a lo que científicamente se da por seguro. En tal caso, evidentemente, se haría imposible sostener que a través de dichas reglas se está describiendo correctamente un fenómeno, por lo menos desde un paradigma de conocimiento como el actual, en que se considera que el método científico es el medio por excelencia para obtener un correcto conocimiento de la realidad[668]. Sin embargo, son imaginables reglas de experiencia que, sin contradecir las afirmaciones de la ciencia o la lógica, no aporten una descripción exacta de la realidad. Cuando sea éste el caso, el empleo de tales reglas incorpora un margen de error que no permite garantizar que el resultado obtenido con el silogismo indiciario vaya a corresponderse con los fenómenos psíquicos cuya averiguación exige la concepción psicológica para dictar legítimamente una condena por delito doloso[669].

En segundo lugar, *también los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor en el silogismo indiciario deben corresponderse plenamente con la realidad acaecida.* Por expresarlo gráficamente, tales hechos deben ser *fragmentos* previamente constatados de dicha realidad. Cualquier otro planteamiento sobre la premisa menor incorpora igualmente un margen de error que hace imposible sostener rotundamente que la conclusión del silogismo vaya necesariamente a corresponderse con un

13. También interesantes en este punto las consideraciones de GORPHE, *Apreciación judicial*, pp. 35-36 y MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 208.

[667] ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489, afirma que, según la jurisprudencia del BGH, la fijación de reglas de experiencia por parte del tribunal sentenciador está limitada por los conocimientos científicos seguros y por las reglas de la lógica. MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 13 ss, entiende que los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos actúan como límites a la libertad de que goza el juez en el momento de valorar la prueba.

[668] En palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 307, «el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias y metodología empíricas».

[669] Tampoco basta en este ámbito con exigir que la conclusión de la prueba de indicios resulte conforme a las reglas de la «sana crítica», sea «intersubjetivamente compartible», o no parezca «arbitraria». Estas exigencias excluyen de las conclusiones lo que se considera que no puede ser, pero no garantizan que éstas vayan a coincidir con la realidad.

hecho realmente acaecido, pues, como afirma *Freund,* «la combinación de probabilidades no puede aportar nada más que, de nuevo, otra probabilidad»[670].

C.2. Las reglas de experiencia (premisa mayor)

Dentro de las reglas de experiencia que tienen vigencia en la actual sociedad pueden distinguirse dos grandes grupos[671]: por un lado, las denominadas *leyes científicas*; por otro lado, las que suelen designarse con el apelativo de *reglas de experiencia cotidiana*[672]. Las primeras se formulan a partir de los resultados obtenidos por las investigaciones de las ciencias a las que se atribuye el carácter de empíricas, mientras que, como su nombre indica, las segundas se asientan en la denominada «experiencia cotidiana», que surge a través de la observación (no estrictamente científica) de determinados fenómenos o regularidades por parte de los individuos y respecto a las cuales existe un cierto grado de consenso[673]. De entre estos enunciados interesan aquí los que sirven para determinar bajo qué condiciones puede afirmarse la existencia de una realidad muy concreta: el conocimiento ajeno. Antes que nada, sin embargo, conviene distribuir estos enunciados en cuatro grandes grupos,

[670] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 18-19. Cfr., asimismo, FINCKE, *GA*, 1973, pp. 267-268.

[671] El BGH alemán define las máximas de experiencia como «aquellos juicios obtenidos empíricamente a partir de la observación y generalización de casos concretos que, en relación con su ámbito de aplicación, contienen deducciones concluyentes». Cfr. al respecto la sentencia del BGH de 7 de junio de 1982, citada por ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489. Una definición ya clásica de las reglas de experiencia en F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, Leipzig, 1893, trad. A. de la Oliva Santos, Madrid, 1990, p. 22. Cfr., también, LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal*, Nápoles, 1961, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1989, p. 169.

[672] Cfr., en este punto, FREUND, *Normative Probleme*, p. 14 ss. En esta misma línea, la STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto) afirma que los «principios de experiencia», «valen tanto como normas de naturaleza o del pensamiento». La contraposición entre conocimientos científicamente asegurados y reglas de experiencia cotidiana también puede encontrarse en STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 241 y en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 320-323, quien distingue entre «aportaciones psiquiátricas y psicológicas» y «reglas comunes de la experiencia». KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 97 ss, distingue entre ambos modelos de reglas y plantea los problemas que acarrea tal distinción. Cfr., igualmente, FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 113, quien aporta una enumeración de las diversas modalidades de reglas de experiencia.

[673] Tal distinción puede considerarse, desde ciertos puntos de vista, como poco sutil o incluso arbitraria; sin embargo, parece indudable que responde a determinadas convicciones sociales que, básicamente, distinguen entre conocimientos sobre la realidad provenientes o no del recurso al denominado método científico. Cfr., al respecto, HASSEMER, *Einführung*, p. 149 y KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 96 ss, quien pone de manifiesto cómo ciertas reglas de experiencia científica expresan tales evidencias que también pueden ser consideradas reglas de experiencia (en sentido cotidiano).

para seguidamente establecer cuáles sirven para satisfacer las condiciones de legitimidad que una concepción psicológica de la «determinación del dolo» exige a la práctica de la prueba de indicios.

En primer lugar, existen ciertas *reglas que afirman bajo qué condiciones es segura la existencia de una determinada realidad*[674]. Así, cuando se sostiene, por ejemplo, que a cero grados centígrados de temperatura el agua pasa de estado líquido a sólido, se está expresando una regla científica que aporta resultados que se consideran seguros. Por contra, cuando se juzga imposible que una persona se encuentre a la vez en dos lugares distintos, se está expresando una regla de experiencia cotidiana a la que también se atribuye la capacidad de aportar conocimientos seguros[675]. Ambas modalidades de reglas tienen en común que describen las condiciones bajo las cuales se tiene por cierta la existencia o inexistencia de una determinada realidad[676]. Su diferencia radica en la forma de obtención de unas y otras.

En segundo lugar, existen ciertas *reglas a las que se atribuye la capacidad de determinar bajo qué condiciones es (más o menos) probable (pero no seguro) que exista una concreta realidad*[677]. Así, el enunciado que afirma que, cuando una persona ha sufrido una exposición prolongada a radiaciones nucleares, puede acabar padeciendo determinadas enfermedades es una regla científica de este tipo. Por contra, un enunciado de este género basado en la experiencia cotidiana puede encontrarse, por ejemplo, en la afirmación de que cuando un niño de pocos meses llora es porque posiblemente tiene hambre. En ambos casos la existencia de una determinada realidad (enfermedad/hambre) se tiene sólo por probable dadas determinadas condiciones previas (exposición radiactiva/lloros)[678].

Desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo sólo interesan dos modalidades de las cuatro enunciadas, a saber, *aquellas reglas que describen bajo qué condiciones es seguro que existe una determinada realidad*[679]. En el ámbito de la prueba del conocimiento ello implica que sólo pueden aceptarse como premisa mayor las reglas que determinan bajo qué condiciones objetivas es seguro que alguien ha conocido algo. Las reglas que sólo afirman bajo qué condiciones es probable un determinado conocimiento no cumplen con las condiciones de legitimidad exigidas por la concepción psicológica del dolo, pues no permiten descartar que el caso que se enjuicia pueda ser uno de los supuestos en que no existe de modo efectivo la realidad cuya existencia sólo se considera probable. Si se admite este tipo de reglas en el silogismo de la prueba de indicios, se está aceptando la posibilidad de que la conclusión de dicho silogismo pueda no coincidir con la realidad, lo que, trasladado a la cuestión de la prueba del conocimiento, supone asumir el riesgo de instrumentalizar al sujeto con la condena y de atentar con ella contra su dignidad. Algo que, como ya se ha puesto de relieve, resulta inaceptable desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo[680].

En consecuencia, las reglas de experiencia que interesan en este ámbito son aquéllas que afirman bajo qué condiciones es seguro que alguien conoce algo. Sin embargo, estas reglas deben cumplir un ulterior requisito: *su validez misma debe estar fuera de dudas*. Así, cuando se acoge una regla de experiencia que determina bajo qué condiciones es seguro que exista una determinada realidad, pero se duda sobre la validez misma de tal regla, se está admitiendo la posibilidad de que ésta lleve a resultados erróneos[681]. Debe afirmarse, por lo tanto, que la exigencia de certeza afecta a las reglas de experiencia en dos sentidos distintos: *seguridad en su validez*, por un lado, y, por otro, *seguridad en los resultados a los que conduce su aplicación*.

Cuando se ha analizado la capacidad del recurso a las ciencias empíricas como medio para averiguar el conocimiento de otra persona, se ha puesto en evidencia cómo, hoy por hoy, no parece que disciplina científica alguna se atreva a aportar reglas de validez irrefutable que des-

[674] La real existencia de reglas que puedan aportar certeza es impugnada, sin embargo, por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 133.

[675] Ejemplo aportado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 14. Sobre las pruebas a las que se atribuye certeza, como la coartada o la prueba dactiloscópica, cfr. BATTAGLIO, «"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale», *RIDPP*, 1995, pp. 400-401.

[676] Sin embargo, FINCKE, *GA*, 1973, p. 267, manifiesta su más absoluto escepticismo sobre la existencia de reglas que puedan aportar algo más que probabilidad.

[677] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 17 y MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 15.

[678] Sobre la distinción entre reglas que afirman bajo la concurrencia de qué indicios es segura (regla de certeza) o sólo probable (regla de posibilidad) la existencia de otro hecho, cfr. HOYER, «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"», *ZStW*, 105 (1993), p. 528. Sobre la diferencia entre reglas que aportan certeza y reglas que aportan probabilidad, cfr., igualmente, FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 227.

[679] Cfr. DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, p. 60: «sólo cuando la premisa mayor es una ley que no admite excepción, la inferencia revestirá el carácter de deducción rigurosa».

[680] Cfr. *supra* VII.2.

[681] Éste sería el caso, por ejemplo, en que se sostuviera la regla según la cual, «la exposición prolongada al sol lleva al *seguro* padecimiento de enfermedades cutáneas». Aunque en su formulación este enunciado conduce a resultados seguros («*seguro* padecimiento de enfermedades cutáneas»), las dudas sobre su validez intrínseca no permiten garantizar que en ella se contenga la correcta descripción de un fenómeno realmente existente. En este ámbito resultan fundamentales las consideraciones de HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 528, quien entiende que, en función de cómo se juzgue su validez, las reglas de experiencia pueden ser consideradas verdaderas, falsas o dudosas.

criban bajo qué condiciones es seguro que una persona conoce algo[682]. Todo lo más, se formula alguna regla aislada (cuya validez tampoco está libre de controversias) que explicita bajo qué condiciones alguien *no* conoce algo. Cuando se descarta la posibilidad de contar con reglas científicas de segura validez que lleven a resultados ciertos sobre el conocimiento ajeno, la obtención de conclusiones indiscutibles mediante la prueba de indicios debe quedar restringida a los supuestos en que se pueda contar, a modo de premisa mayor, con una regla de experiencia cotidiana de validez segura que indique bajo qué condiciones está fuera de toda duda que alguien conoce algo.

La doctrina discrepa sobre si hoy en día tiene auténtica vigencia alguna regla de experiencia cotidiana que reúna tales características. Así, por ejemplo, *Märker* afirma que las «verdades» obtenidas en el ámbito del tipo subjetivo a través de la observación y la auto-observación son «verdades» que «pertenecen a la esfera individual de cada comentarista y son, en el mejor de los casos, conocimiento filosófico, pero no empírico. En tanto que experimentos hipotéticos del pensamiento nunca pueden atribuirse seguridad sino, como mucho, probabilidad»[683]. *Ulrich Stein,* por su parte, sostiene que las reglas de experiencia cotidiana sólo pueden llevar a «apreciaciones aproximativas» del tipo «no está excluido que», «es bien posible que» o «es altamente probable que»[684]. *Freund*, finalmente, plantea la postura más radical: la duda filosófica misma y el que no sea posible descartar que lo que hoy se considera conocimiento seguro se desacredite dentro de unos años, impiden aceptar la existencia de reglas de segura validez que conduzcan a resultados ciertos[685].

[682] Cfr. *supra* VII.3.A.5. Muy interesante la STS de 3 de mayo de 1989 (A 4046, ponente Bacigalupo Zapater): «en lo referente a los elementos del tipo subjetivo del delito, los Tribunales se deben apoyar, por lo general, exclusivamente en los principios de la experiencia obtenidos de la observación de situaciones particulares y de las correspondientes generalizaciones llevadas a cabo a partir de ellas».

[683] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 182-183. LARENZ, *Metodología*, p. 302, afirma, en general, que «las más de las veces, la premisa mayor es una regla de probabilidad que, con frecuencia, ni siquiera es suficientemente segura».

[684] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 241-242. Cfr., igualmente, la STS de 3 de mayo de 1989 (A 4046, ponente Bacigalupo Zapater): «todos los principios generales de la experiencia pueden no operar en un caso concreto, dado que una seguridad absoluta *a priori* no se puede alcanzar nunca por medio de la inducción, en la medida en que ésta presupone que no han sido observados todos los casos posibles. Ello reside en la naturaleza misma de la generalización obtenida por la inducción». Argumentos similares en MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el recurso de casación», en *Elementos subjetivos,* p. 150.

[685] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 13. KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 95, coincide con este planteamiento al afirmar que «la investigación forense de los hechos no puede tener como meta una verdad absoluta o eterna» si se parte de la idea según la cual, la validez de toda teoría puede verse desacreditada en el futuro.

Estas ideas pueden reforzarse con otro argumento: si se entiende que la actual sociedad sólo atribuye capacidad de aportar conocimientos ciertos sobre la realidad a las reglas obtenidas mediante el método científico, la renuncia a tal método como forma de conocimiento implica *per se* la asunción del riesgo de que los resultados que se obtengan al aplicar una regla no científica puedan no corresponderse plenamente con dicha realidad. Desde este punto de vista, mediante una apelación a la coherencia de la sociedad se negaría con carácter general la posibilidad de que existan reglas de experiencia cotidiana que aporten conocimientos seguros y cuya validez esté fuera de discusión.

Por otra parte, algunos autores ponen de manifiesto que las reglas de experiencia cotidiana sobre el conocimiento ajeno se formulan siempre a partir de la observación del propio conocimiento: con su uso se *averigua* qué es lo que conocía otra persona a partir de aquello que uno mismo cree que habría conocido de haberse encontrado en idéntica situación. Sin embargo, esta forma de proceder plantea problemas de considerable envergadura[686]. Fundamentalmente, no parece que puedan considerarse siempre seguros los resultado obtenidos a través de una extrapolación de las condiciones del conocimiento propio al ajeno[687]. *Freund* lo expresa con una claridad meridiana en las siguientes frases:

> un proceso de deducción que va de los indicios objetivos a la existencia de elementos subjetivos depende de que la persona que lo realiza se coloque en la situación del autor y lleve a cabo una inferencia analógica sobre lo que él mismo se habría representado en una situación idéntica. Los problemas de esta deducción basada en una transposición de la perso-

[686] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 271, afirma que «ningún proceso de inferencia a partir de indicios objetivos que lleve a la *afirmación* del dolo puede renunciar por entero al "colocarse en la situación del autor" y tampoco al juicio de analogía sobre "lo representado por uno mismo": la problemática del juicio de analogía que sirve de base al "ponerse en el lugar de otro" es, sin embargo, evidente» (cursiva en el original). Según este autor, el «modelo» que se sitúa en el lugar del verdadero autor es el del hombre que actúa de modo racional para la consecución de sus objetivos.

[687] FREUND, *Normative Probleme*, p. 27, entiende que, «si no se quiere que éste "colocarse en lugar de" sea desde un principio incapaz de conocer los "verdaderos" hechos psíquicos ajenos, hacen falta *dos presupuestos*: debe suministrar realmente hechos psíquicos y éstos deben ser idénticos en sus aspectos esenciales, bajo determinadas condiciones, en personas distintas». Según este autor (*ibidem*, pp. 28-29), en este segundo punto se plantea el problema de que, según muestra la psicología, «la corrección de este juicio de analogía no se puede comprobar (...) quien se coloca en la situación del autor es siempre *otro*» (cursiva en el original). Por tanto, aunque se conozcan las peculiaridades de la personalidad del autor, lo más que puede conseguirse es una aproximación mayor o menor a los hechos psíquicos de éste, ya que, según indica la propia psicología, «lo que una persona percibe no sólo depende de la naturaleza objetiva de las cosas, sino que está impregnado de peculiaridades personales». Y ello por no hacer referencia, como añade KLEBBRAUN, *JA*, 1986, p. 313, a aquellos fenómenos de la conciencia que pueden no trascender a lo externo, es decir, que no se traducen en indicios objetivos.

nalidad del autor son obvios: quien se «coloca» en la situación y en la personalidad del autor es siempre *otra* persona, por mucho que ésta tenga en cuenta las peculiaridades de la personalidad de dicho autor que le sean conocidas. Por consiguiente, dado que una reconstrucción idéntica de lo que el autor realmente supo, pensó o quiso es imposible en la persona del que se coloca en su lugar, prácticamente nunca puede excluirse con seguridad que, debido a peculiaridades desconocidas del autor, se atribuyan a éste realidades psíquicas erróneas [688].

Todas estas críticas llevan a pensar que, en la mayoría de casos, si quien emplea determinadas reglas de experiencia cotidiana sobre el conocimiento ajeno reflexiona seriamente sobre el contenido de éstas, difícilmente puede sostener que dicho empleo esté en condiciones de proporcionar conclusiones seguras, sino, como mucho, probables [689]. Como afirma *Martínez Arrieta*, la prueba indiciaria es «una prueba de probabilidades» [690].

Sin embargo, no parece posible descartar categóricamente que en determinados casos la sociedad entienda que sí existen reglas de experiencia cotidiana cuya validez y capacidad de aportar conocimientos ciertos esté fuera de discusión. Éste es el caso, por ejemplo, de la regla según la cual quien acaba de decir cómo se llama no ha olvidado su nombre al cabo de cinco minutos o aquella otra de acuerdo con la cual, cuando una persona mueve la cabeza para saludar a un amigo con el que se cruza por la calle es porque le ha reconocido. Respecto a reglas tan evidentes como éstas, tal vez pueda reconocerse su segura vigencia y capacidad de describir con certeza algunos conocimientos ajenos. El problema de reglas de este género es que sólo parecen regir en situaciones de inmediatez entre quien realiza el juicio y el destinatario de éste, unas circunstancias que no son precisamente las que suelen darse en el ámbito del proceso penal [691]. Pocas veces los tribunales dictan condenas en que se afirma el conocimiento necesario para el dolo con base en reglas tan evidentes como las citadas.

De acuerdo con lo anterior, no parece aventurado afirmar que, ya en el ámbito de la premisa mayor del silogismo indiciario, en pocas ocasiones será posible observar la exigencia de que la regla de experiencia tenga una vigencia segura y aporte conocimientos ciertos: las leyes científicas sobre el conocimiento ajeno, si existen, son escasas, y también los son aquellas otras reglas que se basan en la denominada experiencia cotidiana. A través de estas últimas no parece que pueda conseguirse algo más que el conocimiento de cuándo es probable la existencia de un determinado fenómeno psíquico. El número de reglas a las que se atribuye certeza parece, desde luego, muchísimo más limitado del que habitualmente se maneja en la práctica por los aplicadores jurídicos. Esta última circunstancia sitúa a la perspectiva psicológica del dolo en una difícil coyuntura: si se quiere ser coherente, la exigencia de una plena constatación de la realidad psicológica pasa necesariamente por una reducción tajante del número de supuestos en que es posible dictar una condena por delito doloso, una reducción a cifras muy inferiores a las que se manejan en la práctica actual. Estas cifras deberían quedar reducidas al número de reglas de experiencia cotidiana a las que se atribuye segura validez y capacidad de aportar certeza sobre la realidad del conocimiento ajeno.

C.3. Los hechos previamente probados (premisa menor)

Como se ha afirmado anteriormente, para que la conclusión del silogismo que se lleva a cabo en el ámbito de la prueba de indicios se corresponda plenamente con la realidad que se intenta probar, no basta con que las reglas de experiencia utilizadas a modo de premisa mayor expliciten bajo qué condiciones es segura la existencia de dicha realidad. Además, hace falta que los hechos probados que se utilicen como premisa menor de dicho silogismo se correspondan con una realidad efectiva-

[688] FREUND, *Normative Probleme*, p. 5. Forzosamente de acuerdo con esta idea deberían estar todos aquellos autores que entienden que el conocimiento (y, eventualmente, la voluntad), son experiencias estrictamente personales; así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 9-10, quien afirma que «la peculiaridad de los elementos subjetivos está precisamente en que nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido». Cfr., igualmente, KÖBERER, «Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale», *KrimJ*, 1983, pp. 189-190: «las teorías judiciales de la vida cotidiana sobre los elementos subjetivos del delito no son una teoría de la vida cotidiana sobre el autor, sino sobre el juez mismo». Una crítica psicológica al «colocarse en lugar de» en MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 186 ss.

[689] Algo ya admitido por FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 232, al afirmar que «en lo atinente a los *hechos internos* del espíritu humano, no es necesario hacer distinciones, pues ellos no pueden referirse a leyes infalibles, ya que los diversos accidentes del espíritu, y aun más, el influjo del libre arbitrio, hacen que intervengan factores anómalos en contra de esas leyes; de consiguiente, en cuanto a los hechos internos de la consciencia, pueden existir leyes para *la mayoría de los casos*, no para todos, esto es, leyes morales de probabilidad, no de certeza» (cursiva en el original).

[690] MARTÍNEZ ARRIETA, en *La prueba en el proceso penal*, p. 56. Añade este autor que, en este ámbito, «la suma de probabilidades determinará la certeza». Obsérvese, sin embargo, que esta certeza se debe entender en parámetros de convencimiento subjetivo, pues matemáticamente la acumulación de probabilidades sólo da lugar a más probabilidades. Cfr., también, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 132.

[691] Curiosa la opinión de PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 36-37, quien se plantea por qué no normativizar el conocimiento después de haber afrontado en su teoría (cfr. *supra* IV.2.C) una plena normativización de la voluntad. Esta autora responde a la cuestión con la idea de que «en los contactos sociales es posible penetrar, por lo que respecta al conocimiento, en la psique de los demás». Respecto a esta afirmación puede sostenerse que la situación que se da en el proceso penal difícilmente resulta equiparable a aquellos contactos sociales en que tal «penetración» parece posible, dada, precisamente, la falta de inmediatez con el instante en que el sujeto exterioriza un determinado conocimiento.

mente acaecida, sin que tampoco aquí sea admisible margen de error alguno [692]. De otro modo, no puede garantizarse que la conclusión final del silogismo vaya forzosamente a coincidir con los hechos efectivamente acaecidos [693]. *Así parece entenderlo también el Tribunal Constitucional*, cuando afirma que «una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades» [694].

Sin embargo, y como se intentará mostrar seguidamente, en la inmensa mayoría de casos no parece posible garantizar de un modo absoluto que la premisa menor concuerde con una realidad efectivamente acaecida. Para el análisis detallado de esta cuestión, debe distinguirse dos grupos de supuestos:

a) Un primer grupo lo integran aquellos casos en que *los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor presentan una naturaleza objetiva.*

> *Por ejemplo,*
> *Un padre que ha abusado sexualmente de su hija en los términos de los arts. 181 y 182 CP declara ante el tribunal que le juzga no haber sabido, cuando llevó a cabo la conducta típica, que su hija era menor de doce años. El tribunal considera aplicable al caso la* regla de experiencia *según la cual «un padre que convive con su hija conoce siempre la edad de ésta»* (premisa mayor), *a la que vincula —a modo de* premisa menor— *el* hecho objetivo *de que el acusado era el padre de la niña y, además, de que convivía con ella. La concurrencia de estas dos premisas lleva a la* conclusión *de que el acusado sabía que la víctima tenía menos de doce años en el momento en que abusó de ella.*

La cuestión que conviene analizar es en qué casos los datos objetivos que forman parte del relato de hechos probados pueden considerarse una reconstrucción perfecta de la realidad efectivamente acaecida. La respuesta a tal cuestión debe ser, por fuerza, que muy pocas veces. Cierto es, en primer lugar, que en algunos supuestos y respecto a determinados hechos objetivos, parece posible llegar a un nivel de certeza que vendría a corresponderse con lo que puede considerarse una reconstrucción fidedigna de la realidad. Tal es el caso, por ejemplo, en que se demuestra

[692] Así, GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n.º marg. 61, afirma que la existencia de los hechos de los que se parte en la prueba de indicios debe estar «libre de dudas».

[693] Sobre la fijación de los hechos objetivos en el ámbito del proceso penal, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 131 ss. Este autor entiende que en la determinación de dichos hechos es posible alcanzar un mayor grado de certeza que en la de los hechos subjetivos, por existir un menor número de barreras fácticas y normativas.

[694] STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre); cfr., al respecto, las consideraciones de ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, p. 406 ss.

pericialmente que unas determinadas huellas dactilares pertenecen a cierta persona y, a partir de ello, se deduce que ésta estuvo en un determinado lugar. Lo mismo parece suceder cuando se establece que la voz recogida en una cinta magnetofónica pertenece a un determinado sujeto, o cuando el juez advierte por sus propios sentidos que a la víctima le ha sido amputada una pierna. No obstante, incluso en estos supuestos son imaginables situaciones rocambolescas en que lo que parece evidente al juez no coincide, sin embargo, con la realidad: las huellas pueden haber sido reproducidas por otra persona mediante sofisticados artificios técnicos, la voz imitada con modernos aparatos sintetizadores y la víctima puede comparecer ante el tribunal perfectamente disfrazada. Estos ejemplos sirven para demostrar cuán ínfimo es el número de casos en los que es posible sostener, sin que quepa el más mínimo resquicio para la duda, que la existencia de una determinada realidad puede considerarse como completamente segura [695].

Esta afirmación puede hacerse extensiva a los medios de prueba más habituales: el juez nunca puede descartar que un testigo o un perito haya mentido o que la confesión del acusado, incluso cuando revista un sentido autoinculpatorio, no coincida con la realidad [696]. Lo mismo puede sostenerse para el caso en que los hechos objetivos hayan sido establecidos a través de la prueba de indicios, pues en estos supuestos se añaden los problemas ya advertidos al exponer los requisitos que deben cumplir las reglas de experiencia [697]. Incluso en el caso de la inspección ocular de determinadas pruebas por parte del juez puede suceder, simplemente, que éstas sean falsas y que, por tanto, el órgano judicial llegue a conclusiones erróneas. Por todos estos motivos, en el ámbito del proceso penal se considera suficiente que el juez llegue a convencerse de una determinada realidad para darla por probada [698]: el acto subjetivo de convencimiento permite salvar las prácticamente inevitables dudas que suscita todo medio de prueba, de tal modo que si tal incertidumbre (por mínima que ésta fuera) tuviera que ser tomadas seriamente en cuenta, nunca sería posible llegar a dar un hecho por probado y tampoco, por tanto, una condena.

[695] Y todo ello pese a que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre), afirme que «sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria».

[696] Sobre las causas que pueden llevar a «falsas» confesiones, cfr. *supra* VII.3.B.

[697] Cfr. DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 380: «la doctrina suele entender que cualquier medio de prueba puede valer para acreditar estos hechos básicos, incluso la propia prueba de indicios». BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 45, se muestra crítico con la exigencia ocasional, por parte del Tribunal Supremo, de que en la prueba de indicios no se empleen hechos-base obtenidos a través de juicios de inferencia practicados previamente.

[698] Como afirma HENKEL, *E. Schmidt-FS*, pp. 579-580, en las conclusiones de la prueba de indicios sólo es posible alcanzar la certeza subjetiva y relativa sobre la que se basa la convicción judicial.

Como afirma *Ulrich Stein*, «el riesgo de condenar erróneamente puede reducirse más o menos, pero nunca puede eliminarse» [699].

b) Un segundo grupo de casos a analizar son aquellos supuestos en que *los hechos probados que se introducen en el silogismo indiciario a modo de premisa menor son hechos de naturaleza subjetiva.*

> *Por ejemplo,*
> *El tribunal considera probados dos hechos: primero, que el acusado sabía que en el interior de la casa en la que instaló un artefacto explosivo se encontraban personas y, segundo, que dicho acusado sabía también que una bomba como la colocada es capaz, en general, de producir la muerte. El tribunal aplica la regla de experiencia según la cual, «quien conoce, en general, que una bomba es apta para matar y la coloca en un local en el que hay personas, es también consciente de estar realizando una conducta concretamente apta para causar la muerte de éstas». Si a tal regla de experiencia se vinculan a modo de premisa menor los* hechos subjetivos *dados previamente por probados (conocimiento de la aptitud lesiva en general, más conocimiento de la presencia de personas), la conclusión es evidente: el acusado actuó con el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para matar y, por tanto, dolosamente.*

En la práctica lo más probable es que los hechos subjetivos que actúan como premisa menor hayan sido previamente obtenidos mediante pruebas de indicios. Por este motivo, tales hechos cargan casi siempre con el margen de error implícito a todos los juicios de inferencia realizados con anterioridad. En tal medida, tampoco puede garantizarse que los hechos subjetivos que se obtienen como conclusión de un silogismo en el que se han introducido como premisa menor otros hechos subjetivos vayan a corresponderse necesariamente con la realidad efectivamente acaecida.

De acuerdo con todo lo expuesto, puede concluirse que en el ámbito de la premisa menor es prácticamente imposible asegurar que los hechos probados utilizados en tal premisa coincidan indubitadamente con la realidad, con independencia de la naturaleza (objetiva o subjetiva) de éstos [700]. Esta conclusión obliga a una segunda reducción de los casos en que resulta legítima, de acuerdo con la concepción psicológica de la «determinación del dolo», una condena por delito doloso.

[699] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

[700] La jurisprudencia y buena parte de la doctrina parecen dar a entender que determinados problemas de prueba sólo afectan al tipo subjetivo, por ser sus presupuestos aplicativos inaccesibles a los sentidos. Sin embargo, no debe olvidarse que tampoco respecto al tipo objetivo se da en la mayoría de los casos una percepción directa del hecho por parte del tribunal y que también en su constatación suelen presentarse dificultades cuya envergadura no tiene nada que envidiar a la de la prueba de los hechos en que se fundamenta el tipo subjetivo.

C.4. ¿Realidad psicológica a través de indicios?

Como se ha afirmado en repetidas ocasiones a lo largo de los subapartados anteriores, sólo puede garantizarse que la conclusión obtenida mediante la práctica de la prueba de indicios vaya a coincidir con la realidad efectivamente acaecida si se respetan dos condiciones irrenunciables: en primer lugar, debe contarse con una regla de experiencia de *vigencia incontrovertida* que explicite bajo qué condiciones es *segura* la existencia de un determinado grado de conocimiento en una persona; en segundo lugar, los hechos previamente probados que, a modo de premisa menor, se vinculen a dicha regla de experiencia, no pueden suscitar ningún género de dudas en cuanto a su *plena coincidencia* con la realidad. En los dos últimos subapartados se ha puesto en evidencia que tales condiciones sólo pueden cumplirse en un muy escaso número de supuestos [701].

Los autores que se inscriben en la concepción psicológica de la «determinación del dolo» no parecen inquietarse demasiado por las enormes sombras que conclusiones como las anteriores proyectan sobre la aplicabilidad de un concepto de dolo que deba cumplir con los estrictos requisitos de legitimidad en que se basa tal concepción. Puede incluso afirmarse que, en la práctica, se rehúye afrontar directamente la cuestión clave en este ámbito, esto es, si puede afirmarse que mediante la prueba de indicios es posible averiguar de modo fidedigno una determinada realidad psicológica pretérita y ajena, o, matizando un poco más, en qué número de casos puede garantizarse una averiguación indiscutible de tal realidad [702].

Uno de los autores que afronta este problema es *Díez Ripollés*, quien afirma que «las reglas comunes de experiencia no sustituyen análisis empíricos por imputaciones valorativas, sino que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va. En contrapartida posee una mayor flexibilidad y versatilidad que le permite ampliar el número de fenó-

[701] A ello, tal vez, puede atribuirse, como constata DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 388 ss, que «tradicionalmente se ha[ya] venido manifestando cierta desconfianza respecto al valor de esta clase de prueba». Admite el doble riesgo de error en la prueba indiciaria MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 224, aunque matiza que tal riesgo es algo también inherente a las denominadas «pruebas directas».

[702] De hecho, los tribunales no afirman en ningún caso que una prueba de indicios sólo sea correcta si coincide con la realidad, sino que, como se afirma en la STS de 27 de febrero de 1992 (A 1358, ponente Puerta Luis), una inferencia se da por correcta mientras no sea «ilógica ni contraria a las enseñanzas de la experiencia diaria ni, por tanto, arbitraria». Sin embargo, con este punto de vista no se cumplen las condiciones de legitimidad que la concepción psicológica del dolo exige para una condena por realización típica dolosa: lo no arbitrario no implica una necesaria correspondencia con la realidad.

menos susceptibles de análisis»[703]. Sin embargo, cuando se atribuye a las reglas de experiencia el carácter de «procedimiento experimental menos fiable» en comparación con el método científico, se admite implícitamente que los resultados que se obtienen con la aplicación de tales reglas incorporan un margen de error (de ahí que se hable de «menos fiables») que podría no asumirse recurriendo a otros métodos de averiguación. Es precisamente la admisión de este margen de error lo que, de acuerdo con la concepción psicológica de la «determinación del dolo», debería llevar a renunciar a la prueba de indicios en la determinación de fenómenos psicológicos.

En línea con la anterior idea, supondría un grave contrasentido afirmar que una condena por delito doloso sólo es legítima cuando se haya averiguado la efectiva existencia de determinados conocimientos y admitir, al mismo tiempo, que dichas condenas son posibles aunque subsistan dudas sobre si tal existencia ha sido efectivamente acreditada. Esta última posibilidad contradice frontalmente las condiciones con que la concepción psicológica del dolo entiende que es legítima una condena por delito doloso: *mientras subsisten dudas no puede descartarse que hechos probados y realidad efectivamente acaecida no coincidan. Si se dicta una condena pese a la subsistencia de tales dudas, se asume el riesgo de que con ella se instrumentalice al reo, pues no puede descartarse que éste no hubiera contado con los conocimientos que se dan por probados. De este modo, se admite que toda condena es un posible atentado contra la dignidad del condenado*[704].

Un desarrollo coherente de las anteriores ideas implica que prácticamente nunca pueden aceptarse como hechos probados las conclusiones que la prueba de indicios suministra sobre los conocimientos de un sujeto. Esto es así, desde luego, si se quiere mantener la idea de que toda condena por delito doloso exige la plena averiguación de ciertos fenómenos psicológicos. En consecuencia, el dolo debe negarse en la inmensa mayoría de los casos. El evidente problema que se plantea con esta afirmación, y al que no dan respuesta los partidarios de la concepción psicológica, es si la sociedad puede sostenerse con una aplicación del Derecho penal reducida a la mínima expresión como la que surge de un desarrollo coherente de los planteamientos de tal concepción. Esta cuestión deberá ser analizada en el siguiente Capítulo de este trabajo.

[703] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 322-323.
[704] Fundamental al respecto, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

VIII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: visión crítica

VIII.1. APLICABILIDAD DE LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA

El juez que quiera ser fiel a las exigencias de la concepción psicológica de la «determinación del dolo» y, por tanto, sólo condenar por delito doloso cuando consiga acreditar fehacientemente determinados fenómenos psicológicos ajenos y pretéritos, cuenta con un instrumental bastante precario para cumplir con su propósito. Dicho instrumental se reduce, siendo optimistas, a unas pocas reglas de la psicología que le dicen cuándo *no* existe el conocimiento necesario para el dolo y a unos cuantos enunciados basados en la experiencia cotidiana que difícilmente va a poder aplicar para resolver un solo caso, por presuponer éstos una inmediatez al momento del delito que no suele darse en el juicio oral[705]. Todos los demás medios probatorios incorporan un cierto grado de riesgo de que los hechos que se den por probados no coincidan con los fenómenos psicológicos realmente acaecidos en el fuero interno del sujeto. La trascendencia de este riesgo no puede pasarse fácilmente por alto pues, como afirma *Ulrich Stein*, «si quiere respetarse la garantía de la dignidad de la persona en toda su extensión, el juez no puede aceptar ni el más mínimo riesgo de error en la condena»[706].

De acuerdo con lo anterior, el juez que no quiera asumir en sus sentencias el más mínimo peligro de instrumentalizar al condenado o de atentar contra su dignidad al imponer la sanción penal, tiene necesariamente que absolver o, en lo que respecta al tipo subjetivo, condenar como mucho por delito imprudente, siempre y cuando el texto de la ley

[705] Cfr., al respecto, *supra* VII.3.A.5 y VII.3.C.4.
[706] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. También son cruciales en este punto las afirmaciones de FREUND, *Normative Probleme*, p. 1 ss.

lo permita[707]. Como afirma *Muñoz Conde*, cuando la perspectiva psicológico-individual no ofrece los datos que de ella cabe esperar, nos encontramos «ante nuestra propia ignorancia que debe conducir a la absolución o al *in dubio pro reo*», pues «cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica»[708].

La solución que pasa por admitir que prácticamente nunca puede condenarse por delito doloso proyecta negras sombras sobre la posibilidad de seguir afirmando que el Derecho penal es un medio eficaz para generar algún tipo de efecto en la sociedad. Así, con una aplicación coherente de la concepción psicológica, los tipos delictivos en que sólo se castiga la realización dolosa devienen prácticamente inaplicables y quedan *de facto* derogados; por otro lado, las conductas que se castigan en su modalidad dolosa e imprudente siguen siendo punibles, pero sólo de acuerdo con esta segunda forma de imputación subjetiva, pues lo más que puede llegar a determinarse en un caso concreto es el *deber conocer* propio de la imprudencia, no el *efectivo conocimiento* en que se asienta el dolo[709]. Los resultados finales, sin embargo, no resultan muy convincentes: el terrorista que coloca artefactos explosivos en lugares habitados y el automovilista descuidado reciben un trato idéntico, esto es, el de homicidas imprudentes, pues en ninguno de los dos casos va a poder acreditarse de modo fehaciente que estos sujetos actuaran con efectiva consciencia del riesgo que su acción entrañaba para la vida de otras personas.

La situación que acaba de ser descrita sitúa al Derecho penal ante una difícil encrucijada. Por un lado se afirma que con su aplicación deben conseguirse determinados efectos sobre la colectividad (motivación, intimidación, aseguramiento de expectativas), pero, por otro, las condiciones de tal

[707] De acuerdo con la concepción psicológica, para poder condenar por delito doloso el juez necesita reglas de vigencia indiscutida que le digan cuándo es seguro que alguien conoce algo (cfr. *supra* VII.3.C.1). Como la existencia de tales reglas es harto dudosa, por aplicación del principio *in dubio pro reo* el juez nunca puede considerar probado dicho conocimiento ni, por tanto, afirmar una realización delictiva consciente. Especialmente interesantes para esta cuestión las consideraciones de HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 529.

[708] MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13. Cfr., igualmente, las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 428, acerca de las dificultades que plantea un uso consecuente del *in dubio pro reo* en la prueba del *animus necandi*, (pretendido) requisito subjetivo del delito de homicidio consistente en la intención del sujeto activo de causar la muerte de la víctima.

[709] Cfr. la argumentación de PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 11, con respecto a los problemas de prueba que plantean las teorías del dolo basadas en la exigencia de que el sujeto valore de algún modo el riesgo conocido: «el juez debería aceptar estas dificultades de prueba y, consecuentemente, aplicar el "in dubio pro reo" a favor del acusado, de tal modo que en la práctica sólo podría condenarse por imprudencia, salvo en los casos en que se diera una confesión».

aplicación se estructuran de una manera tal, que el único efecto que parece conseguirse es sembrar el desconcierto entre los receptores del mensaje que se pretende dirigir a la sociedad. Esta falta de sintonía se aprecia de un modo evidente en lo que respecta al tipo subjetivo: aunque la colectividad valora como más graves determinadas realizaciones delictivas, por considerar que en ellas se da una mayor implicación a nivel interno por parte de su autor, el recurso a la concepción psicológica, por sus propias limitaciones, lleva a responder, en contra de las valoraciones sociales, que todos los hechos deben considerarse subjetivamente idénticos, esto es, realizados de modo imprudente. El número y la entidad de los interrogantes que se plantean acerca de la utilidad de un Derecho penal así delineado no pueden pasarse fácilmente por alto[710].

Sin embargo, la nada tranquilizadora situación que acaba de describirse no coincide, ni mucho menos, con la realidad de la actual práctica judicial, en cuyo seno cada día se pronuncian cientos de condenas por delito doloso aunque la averiguación plena de lo que realmente conoció el sujeto activo no se haya alcanzado en la inmensa mayoría de supuestos. Ello implica, por fuerza, que en dicha práctica los criterios últimos de los que se hace depender la aplicación del concepto de dolo no son, ni mucho menos, los requeridos por la concepción psicológica. Al análisis de tales criterios se dedica el siguiente apartado.

VIII.2. LA «DETERMINACIÓN DEL DOLO»: INTERPRETACIONES MAYORITARIAS

De un análisis de la legislación procesal en vigor no parece extraerse explícitamente la idea de que el objetivo último del proceso penal sea la plena constatación de determinados hechos: según la normativa vigente y su interpretación mayoritaria, para dar un hecho por probado *es suficiente con que el juez*, a la vista de la prueba practicada, *se convenza de su existencia*[711]. De acuerdo con este criterio, para la afirmación de que una con-

[710] En este sentido, no deja de ser sintomático que un partidario de perspectivas psicológicas como DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 37, admita que los postulados de dicho enfoque «no se pueden realizar plenamente, sino hasta cierto límite». Por su parte, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 16, afirma que «con base en fundamentos procesales tiene muy poco sentido definir el dolo como un *factum* psíquico».

[711] Cfr. GOLLWITZER, *LR*, § 261, n.º marg. 1. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 487, afirma que «para condenar *no* es necesaria ni suficiente la *constatación* de la verdad, sino la *convicción* sobre ésta, el *tener* por verdadero» (cursiva en el original). Según VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 8, la diferencia entre uno y otro juicio radica en que en el segundo se añade un «elemento adicional de carácter personal». Cfr., igualmente, KINDHÄUSER, *Jura*, 1988, p. 291. CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 6, afirma que «la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjeti-

ducta ha sido llevada a cabo con ciertos conocimientos por parte de su autor, lo decisivo no es llegar a un enunciado como «el sujeto conoció» —donde dicha afirmación se considera expresión de una realidad plenamente constatada— sino, más bien, a enunciados como «estoy convencido de que el sujeto conoció», cuyo contenido es, desde luego, bien distinto al del primero[712]. En este sentido, la ley no parece establecer que una convicción sólo haya de tenerse por correcta cuando se llegue a una demostración *objetiva* e *indiscutible* sobre la existencia del hecho que se da por probado[713]. Como afirma *Georg Freund,* para la condena basta con que el juez esté convencido de una determinada verdad, aunque no haya dado con ella; una idea que está en plena sintonía con la afirmación de *Karl Larenz,* en el sentido de que «probar» no es en realidad otra cosa que «crear en el Tribunal la convicción de un hecho»[714].

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española no exige expresamente que, para considerar probado un hecho, deba acreditarse de forma irrefutable su existencia efectiva. El art. 741 de dicho texto legal simplemente declara que el tribunal dictará sentencia «apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y defensa y lo manifestado por los mismos procesados»[715]. La StPO

vamente como creencia de haberla alcanzado». Pese a ello, el Tribunal Supremo español sostiene en su sentencia de 11 de julio de 1991 (A 5808, ponente De Vega Ruiz) que «la prueba es la manifestación de la verdad (*"probatio est demostratio veritatis"*)», afirmación que, sin embargo, se hace compatible con la idea —expresada en múltiples resoluciones— de que lo que debe obtenerse con la práctica de la prueba (en este caso de los elementos subjetivos a través de un juicio de inferencia) es «la convicción de la existencia de elemento culpabilístico» (STS de 15 de enero de 1992, A 165, ponente Ruiz Vadillo).

[712] Cfr. HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), p. 192: «la determinación del dolo es la expresión externa en la sentencia judicial de la convicción del juez sobre la existencia de dolo». En este sentido, cfr. también FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 15: «en general, la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva». Cfr., igualmente, FINCKE, *GA*, 1973, p. 266, quien pone de manifiesto que la verdad (entendida como relación de identidad entre lo que se imputa y la realidad) «es el objetivo de la investigación, pero no es un presupuesto jurídico-procesal ni jurídico-material del veredicto de culpabilidad. Lo que la condena exige es, antes bien, convicción».

[713] Cfr. VOLK, *NStZ*, 1996, p. 105: «el juez también puede formar su convicción en aquellos ámbitos en que las ciencias naturales no están convencidas de determinadas leyes». Crítico respecto de afirmaciones como ésta CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 459 ss. Una interesante perspectiva histórica de la convicción en HIRSCHBERG, *La sentencia errónea*, p. 93 ss.

[714] FREUND, *Normative Probleme*, p. 50 y LARENZ, *Metodología*, p. 302, resp. En línea similar la definición de ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, n.º marg. 1: «*probar* significa proporcionar al juez la convicción sobre la existencia de un hecho» (cursiva en el original). En España, cfr. GIMENO SENDRA, en *Derecho procesal penal*, p. 372: «la finalidad de la prueba consiste en formar la "íntima convicción" del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible».

[715] Sin embargo, el Tribunal Supremo se basa en este precepto para afirmar que los

alemana parece por su parte algo más explícita: mientras en su § 244.2 dicho texto legal establece que «para la averiguación de la verdad, el Tribunal deberá extender de oficio la práctica de la prueba a todos aquellos hechos y medios probatorios que resulten relevantes para la decisión», añade en su § 261 que «el Tribunal decidirá sobre el resultado de la práctica de la prueba según su libre convicción, obtenida a partir del contenido de juicio oral»[716].

En ambos ordenamientos el objetivo a alcanzar parece ser la convicción del juez asentada en la prueba practicada; sin embargo, de los preceptos legales reproducidos no parece posible deducir mucho más, y queda en el aire cuál es el camino que debe seguir un juez para pasar de la mera observación de la prueba a su convicción definitiva. El § 244 StPO parece exigir unos «ciertos esfuerzos» por parte del órgano judicial para averiguar la verdad, pero, dado que el § 261 se conforma con su convicción, es evidente que no hace falta que dichos esfuerzos consigan alcanzar su objetivo último para que una condena por delito doloso resulte conforme a ley[717]. Se suele afirmar que confiar la resolución de los casos a la convicción del juez es, a primera vista, la forma más adecuada de respetar el principio de libre valoración de la prueba, vigente en la inmensa mayoría de los ordenamientos actuales[718]. Sin embargo, no debe pasarse por alto que la exigencia de convencimiento —que no de plena acreditación— supone una flexibilización evidente de las condiciones bajo las cuales se hace posible dictar una condena: es obvio que, por regla general, resulta mucho más sencillo convencerse de la existencia de una determinada realidad que de-

procesos penales «tienen como fin *descubrir la verdad real*, dentro del más absoluto respeto a las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria» (STS de 13 de enero de 1993, A 157, ponente Ruiz Vadillo) (cursiva añadida).

[716] Según MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 1, este último precepto pone en evidencia dos ideas: por un lado, la decisión del juez sólo puede tener como fundamento el material probatorio introducido en el juicio oral y, por otro, en la formación de dicha convicción, el juez goza de libertad, es decir, no existen reglas legales de valoración de la prueba que le vinculen.

[717] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 53-54, lamenta que el § 261 StPO no diga nada acerca de cuál debe ser el punto de referencia de la libre convicción, ni sobre aquello de lo que tiene que estar convencido el juez. Sin embargo, la doctrina procesalista mayoritaria sigue afirmando que, a diferencia de la verdad formal propia del proceso civil, el proceso penal se aplica a la búsqueda de la verdad material; cfr., a este respecto, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n.º marg. 3.

[718] Cfr. GOLLWITZER, *LR*, § 261, n.º marg. 1 y HASSEMER, *Einführung*, pp. 112-115. Resultan en cualquier caso curiosas afirmaciones como las de LEONE, *Tratado*, vol. II, p. 155, en el sentido de que «en el proceso penal rige el principio de la comprobación de la verdad material, caracterizado también como principio de la libre convicción del juez». La equiparación entre «comprobación de la verdad» y «libre convicción» supone igualar cosas bien distintas; cfr., al respecto, las consideraciones de DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, pp. 29-30.

mostrar de forma incontrovertida su existencia[719]. Al fin y al cabo, como afirma *Mittermaier*, «si la legislación rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis *contraria*, se verían quedar impunes los mayores culpables»[720].

Pese a que toda convicción es difícilmente objetivable hasta su último extremo, modernamente suelen exigirse por doctrina y jurisprudencia ciertos fundamentos objetivos sobre los que asentar una convicción válida[721]. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, no considera suficiente la práctica de la prueba y la convicción judicial, sino que exige una prueba de tal entidad que *racionalmente* pueda considerarse de cargo[722]. La doctrina del Tribunal Supremo, por su parte, requiere que el

[719] Esta cuestión se pone especialmente de manifiesto en la discusión sobre la prueba de la causalidad. Así, aunque respecto de la existencia de algunas relaciones causales no existe acuerdo en la comunidad científica, al juez le es posible formar su convicción basándose en los razonamientos de cualquiera de las perspectivas en liza. Si se partiera de que sólo pueden considerarse probados aquellos hechos cuya existencia se halla fuera de discusión, la más mínima controversia científica en un determinado ámbito impediría considerar probados los hechos que estuvieran en relación con ésta (partiendo, claro está, de la idea de que las ciencias empíricas están en condiciones de aportar certeza sobre la realidad de determinados cursos causales). En este sentido, resultan especialmente interesantes las consideraciones formuladas por ÍÑIGO CORROZA, «El caso del "producto protector de la madera" (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán», *AP*, 20 (1997), esp., p. 448 ss, donde se reproducen los criterios que maneja la jurisprudencia alemana para hacer frente a esta específica problemática. Ver también la exposición de PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, p. 61 ss. Cfr., igualmente, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 524-525; WOHLERS, *JuS*, 1995, p. 1019 ss; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 87 ss y 124 ss; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 456 ss; VOLK, *NStZ*, 1996, p. 106 ss y, en general, MUMMENHOFF, *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1997.

[720] MITTERMAIER, *Tratado*, p. 77 (cursiva en el original). La doctrina mayoritaria admite que, en la formación de la convicción judicial, no deben tomarse en consideración las dudas meramente teóricas, y que no es necesaria una certeza matemática para dar unos hechos por probados; cfr. KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *StPO*, 43.ª ed., Múnich, 1997, § 261, n.º marg. 2.

[721] Cfr., en general, ALBRECHT, *NStZ*, 1983, pp. 488-490; HASSEMER, *Einführung*, p. 114; PETERS, «"Übergänge" im Strafprozeß – dargestellt am Grundsatz der freien Beweiswürdigung», en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, pp. 380 y 388 ss, y A. SCHMIDT, *Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht*, Francfort d.M., 1994, p. 100 ss. VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 12, afirma que, en los sistemas antiguos, la objetivación venía dada por las reglas de prueba establecidas legalmente. Desde una perspectiva histórica puede afirmarse que a la convicción judicial se le han introducido progresivamente cada vez más límites de carácter objetivo, que la alejan actualmente del subjetivismo extremo de la «íntima convicción», predominante en el siglo XIX y en buena parte del XX; cfr. al respecto HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 527 ss. En la doctrina española, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, p. 372 ss y MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 150 ss.

[722] Cfr., por todas, la STC 86/1995 de 6 de junio (ponente Gimeno Sendra). Tras la

juez realice «una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción», a lo que se añade la exigencia de ciertos límites objetivos[723]: esta misma doctrina suele añadir que los resultados de tal convicción deben estar libres de cualquier «duda razonable» y no pueden contradecir las reglas de la «sana crítica» o de la «experiencia»[724]. Con estas exigencias se intenta, básicamente, evitar que el juez pueda llegar a soluciones que, a los ojos de otras personas, parezcan irracionales o arbitrarias[725].

STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón) se exige que la convicción de un órgano judicial se fundamente en argumentos racionales y así, la STS de 29 de enero de 1988 (A 506, ponente Soto Nieto) afirma que «la estimación en "conciencia" a que se refiere el precepto legal [art. 741 LECr] no ha de entenderse o hacerse equivalente al cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo». Para una perspectiva histórica acerca de la progresiva introducción de criterios objetivos en la valoración de la prueba por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. CARMONA RUANO, «La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Madrid, 1995, p. 123 ss.

[723] STS de 3 de mayo de 1982 (A 2625, ponente Castro Pérez). Cfr. también la STS de 10 de octubre de 1988 (A 8315, ponente Puerta Luis): «a la convicción de culpabilidad» debe llegarse «mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano». Para los puntos de vista doctrinales en general, cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 154 ss, con abundantes referencias bibliográficas. Parte de la doctrina española vincula la idea de racionalidad en la valoración de la prueba al art. 717 LECr, aunque de modo explícito éste sólo se refiera a la valoración de las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la policía judicial. Cfr., en este sentido, JAÉN VALLEJO, «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *RDP*, 1989, pp. 72-73 y GRACIA MARTÍN, «Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito», *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 233.

[724] STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto). GIMENO SENDRA, en *Derecho procesal penal*, p. 381, entiende que la prueba debe valorarse de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y la sana crítica. En la doctrina alemana MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 13 ss, configura como límites de la convicción judicial los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos asegurados. Respecto a la jurisprudencia, cfr. la sentencia del BGH de 8 de enero de 1988 (*NStZ*, 1988, p. 236 ss). Para la absolución exige el BGH que el juez albergue una duda *concreta* sobre la existencia del hecho que se debe dar por probado. Las dudas abstractas, teóricas o lejanas, no impiden la condena. Ya el RG (RGSt, vol. 61, p. 202 y vol. 66, p. 164) afirmó que «la simple posibilidad teórica o abstracta de que el acusado no fuera el autor no puede evitar su condena pues, dado que tal posibilidad nunca puede excluirse en la insuficiencia del conocimiento humano, sería imposible toda averiguación de la verdad». Para una panorámica de la jurisprudencia alemana, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n.º marg. 13 y GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n.º marg. 13. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 48-49, entiende que la diferencia entre duda concreta y abstracta resulta insostenible a causa de su indeterminación, que la expone a manipulaciones en el momento de ser aplicada.

[725] Cfr., al respecto, A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 65 ss, esp. su exhaustivo resumen de la jurisprudencia del BGH (*ibidem*, p. 90 ss). Una panorámica sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en este ámbito en MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 161 ss. A partir de la STS de 15 de diciembre de 1981 (A 5009, ponente Moyna Ménguez) el mencionado tribunal admite que en la formación de su convicción el

Sin embargo, cuando se trata de acreditar la efectiva existencia de determinados fenómenos psicológicos, las anteriores exigencias jurisprudenciales no garantizan que la convicción final del juez necesariamente vaya a corresponderse con la auténtica realidad psicológica del acusado, sino única y exclusivamente, que la fundamentación que se emplee para llegar a tal convicción y ésta misma no dejen de respetar ciertos parámetros de racionalidad. Tampoco está en condiciones de garantizar la plena coincidencia entre realidad y convicción el hecho de que la ley procesal exija al juez que «se esfuerce» por averiguar tal realidad, en la medida en que el salto que va de los «meros esfuerzos» al convencimiento personal pueda completarse mediante un acto estrictamente subjetivo como es el consistente en convencerse de algo[726]. La importancia de este momento subjetivo es especialmente evidente cuando se sostiene que, para dar por probado un hecho, no basta con que el juez considere probable su existencia, sino que es necesaria su certeza personal sobre ella[727]. Sin embargo, no es fácilmente explicable cómo el acto de convencimiento del juez puede garantizar una plena coincidencia entre el contenido de la convicción y la realidad, allí donde los conocimientos científicos o la experiencia sólo alcanzan a considerar probable la existencia de un hecho[728]. Exigencias usuales, como la

juez debe atenerse a «las reglas del criterio racional», lo que en numerosas sentencias se vincula a la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

[726] FREUND, *Normative Probleme*, p. 48 ss, critica que no se obligue al juez a excluir todas las alternativas pensables para la absolución y que ésta o la condena acaben dependiendo de una cuestión sentimental. Cfr., igualmente, MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 210, donde se pone de relieve el importante papel de un «factor intuitivo» en la determinación de los hechos por parte del órgano judicial. También habla de «elemento intuitivo», MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 12.

[727] Así, en la STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto) se afirma que «ha de entenderse salvaguardado el principio de presunción de inocencia cuando el Tribunal, en las apreciaciones llevadas a cabo en su resolución, ha dispuesto de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen; formando su íntima convicción —estimación "en conciencia" según el artículo 741 de la LECrim— y obteniendo un grado de certidumbre que, al menos, supere la simple probabilidad o el mero juicio de verosimilitud». Respecto a la discusión doctrinal alemana en torno a si para la convicción judicial basta con un «considerar altamente probable» o, por contra, es necesaria la certeza personal del juez, cfr. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, pp. 487-488 y NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlín, 1983, p. 94 ss. El *Reichsgericht* se inclinaba por el primer criterio, mientras que el BGH exige el segundo. Sobre los términos «probabilidad objetiva» y «probabilidad subjetiva» en el ámbito de la convicción judicial, cfr. KINDHÄUSER, *Jura*, 1988, p. 291 ss y HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 530.

[728] En este orden de cosas, no se trata de la afirmación de que la verdad absoluta es por principio inaccesible a los hombres (cfr., al respecto, HANACK, *JuS*, 1977, pp. 728-729), sino de la idea de que la convicción judicial se atribuye la capacidad de predicar certeza respecto de aquello sobre lo que dudan las ciencias empíricas, consideradas hoy en día como el más idóneo de los instrumentos para adquirir un correcto conocimiento sobre la realidad. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 54, quien afirma, en

imposibilidad de que el juez sustente su convicción sobre meras sospechas, pueden suponer, posiblemente, una mayor aproximación a la verdad material, pero no garantizan una plena coincidencia final entre el contenido de la convicción y la realidad efectivamente acaecida[729]. «Aproximarse» a una verdad no significa que se haya dado todavía con ella.

Las anteriores consideraciones pueden hacerse extensivas al hecho de que la convicción de un juez o tribunal esté sujeta al control de una instancia judicial superior. La revisión de la fundamentación de que se ha valido un órgano inferior para llegar a su convencimiento no implica una mayor aproximación a la realidad de los hechos efectivamente acaecidos. Esto es así en la medida en que la instancia que se encarga de revisar la corrección de tales fundamentos no procede a cotejar los resultados de la valoración de la prueba con dicha realidad, sino que, por regla general, se conforma con que la argumentación y los resultados de la sentencia revisada parezcan plausibles[730]. De este modo se intenta erradicar la arbitrariedad o la irracionalidad del razonamiento judicial, pero no se garantiza una plena correspondencia entre sus conclusiones y la realidad[731]. Lo (único) que se pretende en este ámbito es, en palabras de *Albrecht*, «poner de manifiesto los componentes intersubjetivamente comprensibles del proceso de convicción judicial y establecer una mayor vinculación en este sentido al juez»[732].

Como constata *Freund*, la jurisprudencia no parece mostrar una especial consciencia de toda esta problemática en el ámbito de los elemen-

referencia al factor sentimental o irracional que se da en toda convicción, que éste «no contribuye en lo más mínimo a aproximarse a la verdad ambicionada».

[729] Sobre tal exigencia por parte del BGH, cfr. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489 y KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *StPO*, § 261, n.º marg. 2.

[730] Ésta es, en realidad, la idea que se desprende de la exigencia del Tribunal Supremo de que la convicción a la que haya llegado el juez esté más allá de cualquier «duda razonable»; esta razonabilidad está en función de su validez intersubjetiva y no puede equipararse a la eliminación de cualquier duda empírica. Lo mismo sucede con las exigencias del Tribunal Supremo en el sentido de que los juicios de inferencia no resulten arbitrarios, ilógicos o irracionales (cfr. STS de 18 de enero de 1994, A 30, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

[731] Esto puede afirmarse respecto a todas aquellas perspectivas que exigen que la solución a la que llegue el juez resulte «compartible»; sobre los autores que la defienden, cfr. A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 143 ss. El mismo problema se plantea al concepto «evidencia» en los términos en que esta autora lo define (*ibidem*, p. 152 ss).

[732] ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 493. Este autor entiende que para la consecución de dichas metas es de mayor utilidad establecer como objetivo un concepto de verdad material que intentar legitimar el subjetivismo de la convicción judicial a través de nociones como la de verdad funcional. Sobre la exigencia jurisprudencial alemana de que los criterios de valoración de la prueba observen una racionalidad intersubjetiva, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 69 y 81. Sobre las exigencias de que la valoración de la prueba sea racional, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, pp. 48-49.

tos subjetivos del delito, pues para ella no existe dificultad alguna en probar hechos internos a partir de sucesos externos y, además, el objetivo del proceso no es el descubrimiento de fenómenos psíquicos, sino la formación de la convicción judicial sobre la existencia de tales fenómenos, aunque no se legitime el riesgo de divergencia que existe entre el resultado de la convicción y la realidad psicológica[733]. Tampoco desde posturas doctrinales que defienden a ultranza la averiguación de la verdad material como objetivo del proceso, y como base de cualquier condena legítima, parece apreciarse un grave problema en que la ley no exija que un hecho sólo pueda darse por probado cuando coincida con lo efectivamente acaecido[734]. Esta situación no deja de sorprender, pues las manifestaciones de que sólo la acreditación de la verdad garantiza un trato respetuoso con la dignidad de los sujetos y una no instrumentalización de éstos, no suelen traducirse en una crítica a la legislación procesal vigente por no exigir tal acreditación[735]. La sorpresa se acrecienta cuando se observa que los motivos para la crítica no son precisamente de escasa entidad, como se pone de manifiesto en el siguiente apartado.

VIII.3. LA CONVICCIÓN JUDICIAL COMO RESPUESTA A LOS PROBLEMAS DE APLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE DOLO: CRÍTICA

El recurso a la convicción del juez es la solución que parece aportar la normativa procesal vigente para salir de la compleja disyuntiva creada por la incompatibilidad existente entre una aplicación estricta de la concep-

[733] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 6-7. La jurisprudencia alemana parte de la idea de que el objetivo de la práctica de la prueba es la certeza o convicción personal del juez sobre la existencia del tipo subjetivo. La valoración de la prueba es un ámbito exclusivo del juez en el que no se le pueden dar instrucciones. Basta con que sus conclusiones sean posibles y los tribunales de revisión no entran a revisar tal valoración a no ser que exista un «error de Derecho». Dicho error se da cuando en la valoración de la prueba se constatan contradicciones, omisiones o falta de claridad, se infringen las leyes del pensamiento, las reglas de experiencia o los conocimientos asegurados científicamente, o cuando las pruebas no hayan sido valoradas en profundidad; cfr. *ibidem*, pp. 46-47. Pero, en cualquier caso, ni se exige ni se garantiza, como fundamento de la condena, una plena correspondencia entre las afirmaciones del juez sobre determinados hechos psíquicos del acusado y la realidad de éstos.

[734] La falta de consciencia del problema, que FREUND, *Normative Probleme*, pp. 8-10, constata en la jurisprudencia, se hace extensiva a la mayor parte de la doctrina.

[735] ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 488, considera que la exigencia de que el juez se atenga a las leyes del pensamiento y de la experiencia ya supone la introducción de un componente objetivo en la formación de la convicción. Esto es seguramente cierto, pero de ahí a haber constatado realmente la existencia de determinados hechos dista un largo trecho.

ción psicológica de la «determinación del dolo» y la pretensión de que el Derecho penal no deje de ser un instrumento efectivo[736]. De acuerdo con dicho recurso, la imposibilidad de conseguir en la inmensa mayoría de los casos la plena constatación de un hecho se salva considerando suficiente que el juez se convenza de su existencia. Ciertamente, al contenido de tal convicción se le introducen algunos límites, pero ninguno de ellos pasa por exigir al juez que sólo se convenza de una determinada realidad cuando ésta resulte plenamente acreditada[737]. Ello quiere decir que *de lege lata se admite la posibilidad de que se den por probados determinados hechos y que a partir de ellos se fundamente una condena sin que se haya eliminado completamente el riesgo de divergencia entre el contenido de la convicción judicial y la realidad efectivamente acaecida*[738].

La justificación de este fenómeno parece sencilla: el Derecho penal tiene que seguir siendo útil para generar determinados efectos en la sociedad, aunque sea a costa de equivocarse en algunos casos. Un ejemplo especialmente evidente de esta forma de ver las cosas se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985, en la que se plantea la relación entre la prueba de indicios y el derecho fundamental a la presunción de inocencia[739]. En los fundamentos jurídicos de esta resolución se admite abiertamente que los resultados que se obtienen a través del citado medio de prueba siempre dejan un margen a la duda, pero «prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social»[740]. La opción de este Tribunal parece evidente: las posibles divergencias entre

[736] Recurso que, además, apoya buena parte de la doctrina procesal; cfr., en este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 42 ss, con abundantes referencias bibliográficas.

[737] Un ejemplo especialmente paradigmático en este sentido son los argumentos empleados en el FJ 2.º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater) en referencia a la prueba de la causalidad, que también se reproducen en BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 177 ss.

[738] Esta idea se pone de manifiesto en la STS de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz). En esta resolución se parte de la idea de que sólo las leyes causales científicamente aseguradas aportan «certeza objetiva» en la constatación de la causalidad. Sin embargo, desde el punto de vista del Tribunal, el hecho de que en un caso no se cuente con una ley causal segura desde la perspectiva de la ciencia no debe impedir determinadas condenas, pudiéndose recurrir en tales supuestos «a la certeza subjetiva de la causación que proporcione la prueba practicada».

[739] STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre).

[740] Estos argumentos se reproducen, entre otras, en las SSTS de 8 de febrero de 1994, (A 678, ponente Soto Nieto), de 22 de abril y 14 de octubre de 1987 (A 2599, ponente Ruiz Vadillo y A 7361, ponente Morenilla Rodríguez, resp.) y de 3 de marzo y 6 de abril de 1988 (A 1526, ponente Soto Nieto y A 2730, ponente Moner Muñoz, resp.).

realidad efectivamente acaecida y hechos probados se justifican con argumentos de defensa social[741].

Sin embargo, esta solución tampoco se presenta libre de aspectos controvertidos. Cuando se confía la decisión final sobre la prueba de los hechos a la convicción del juez, se hace depender la solución de los casos, en última instancia, de un factor netamente subjetivo o, como afirman algunos autores, de un acto irracional[742]. La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite ya en el plano teórico que *un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas* siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional[743]. Los problemas son evidentes: en primer lugar, difícilmente puede seguir hablándose de seguridad jurídica o de igualdad cuando se admite que dos supuestos idénticos pueden tener dos soluciones correctas distintas en función de la personalidad de quien los enjuicia. En segundo lugar, el papel de la elaboración dogmática como forma de garantizar la racionalidad de las decisiones queda reducido en gran medida a papel mojado[744]. Bajo estas

[741] Se muestra muy crítico con esta perspectiva, BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, pp. 55-56.

[742] Así, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 158, admite que «el sistema de valoración de las pruebas según las reglas de la sana crítica no supone la anulación o eliminación de la libertad del juzgador. Esta libertad se manifestará en el momento de la decisión final, es decir, en la obtención o no de la convicción». STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 256, afirma que «el salto que va de la representación racionalmente fundamentada de que es probable que el acusado sea culpable del hecho, a la certeza personal sobre dicha culpabilidad es un acto irracional en el que se elimina psíquicamente la consciencia de que existe un riesgo de error en la condena». Idéntico adjetivo emplea FREUND, *Normative Probleme*, prólogo (s/n.º). HANACK, *JuS*, 1977, p. 728, entiende, por su parte, que la convicción «abarca factores muy personales» y la define como una «sensación subjetiva de certeza». NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile*, pp. 105 y 107, describe la formación de la convicción como el resultado de un «acto emocional o voluntativo de superación de la duda». Cfr., igualmente al respecto, IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 89.

[743] Cfr. las consideraciones de MITTERMAIER, *Tratado*, pp. 65-66: «cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, produce, pues, como hemos dicho, un movimiento en la conciencia humana: movimiento que varía de intensidad según los individuos. Compárese un Juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado sería muy distinto». Cfr., igualmente, las consideraciones de ENGISCH reproducidas *supra* VII.1.

[744] Así FREUND, *Normative Probleme*, p. 50: «el juez debe estar convencido de la verdad, pero no puede afirmar haberla encontrado. Pero si el juez no puede afirmar haber encontrado la verdad material, entonces tampoco puede estar convencido de ella. Su convicción, por tanto, sólo puede referirse a un dato no relacionado con dicha verdad». ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989, p. 34, considera que la aceptación de que en las decisiones jurídicas lo definitivo son ciertas valoraciones de un sujeto no comprobables intersubjetivamente resulta «no deseable en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica».

condiciones parecen simple palabrería las afirmaciones de *Jescheck* tantas veces citadas en el sentido de que «la dogmática jurídico-penal sirve de puente entre ley y praxis», o de que dicha dogmática «no tiene sólo un significado teórico sino también práctico» y su labor contribuye «en alta medida a la seguridad jurídica y a la justicia»[745].

El recurso a la convicción judicial plantea un segundo tipo de problemas de entidad no inferior a los anteriores: los referidos a su legitimidad. En este sentido, para legitimar la posibilidad de una condena pese al evidente riesgo de divergencia entre convicción judicial y hechos efectivamente acaecidos no es suficiente con apelar a necesidades de defensa social o preventivo-generales. Esta insuficiencia viene dada por el hecho de que difícilmente puede considerarse compatible con la dignidad de la persona aplicar a alguien una sanción para generar determinados efectos (pretendidamente) beneficiosos para la colectividad, sin que exista la plena seguridad de que haya estado realmente en condiciones de haber evitado la aplicación de dicha sanción. Cuando se confía la última palabra sobre la prueba de los hechos a la convicción judicial se admite, de modo más o menos explícito, que toda condena es la posible instrumentalización de un individuo. Los déficits de legitimidad que presenta una opción de este tipo están a la vista, pero ni la doctrina ni la jurisprudencia suelen pronunciarse al respecto[746]. Algo que, en tono fuertemente crítico, ya puso de manifiesto *Framarino dei Malatesta*, denunciando que la afirmación de certeza allí donde sólo existe probabilidad —y, por tanto, un margen de error— sirve «de cómodo sillón a la pereza, que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia»[747].

VIII.4. BALANCE

Los argumentos recogidos en los anteriores apartados deben haber servido para dejar sentadas dos ideas fundamentales que hacen referen-

[745] JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 42.

[746] FREUND, *Normative Probleme*, p. 1, afirma que «la consciente resignación a la condena de inocentes requiere ante todo *legitimación*» (cursiva en el original). VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 8, afirma que en el proceso de formación de la convicción judicial «es evidente que existe una labor moral que no puede abarcarse con los criterios empíricos de búsqueda de la verdad y que no es controlable. La distancia existente entre la probabilidad a averiguar empíricamente y la certeza experimentada subjetivamente se puede explicar empíricamente, pero no controlar empíricamente. De ello se sigue que el elemento adicional de corte personal debe abandonarse, o bien, legitimarse normativamente». Cfr., también, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. Sobre los problemas de legitimidad del criterio del convencimiento íntimamente subjetivo del juzgador en la fijación de los hechos probados, cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 43.

[747] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43.

cia, por un lado, a los problemas de aplicabilidad de la concepción psicológica del dolo y, por otro, a la respuesta que para tales problemas parece aportarse desde la interpretación usual del texto de la normativa procesal vigente.

En primer lugar, se ha demostrado que *una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso*. Esta opción plantea el evidente problema de que con ella el Derecho penal pierde la mayor parte de su razón de ser, pues deviene un instrumento prácticamente inútil para generar algún tipo de efecto en la sociedad[748]. Si en Capítulos anteriores se afirmaba que un concepto jurídico-penal sólo puede considerarse válido cuando reúna las características de legítimo y aplicable, ahora puede concluirse, con respecto a la concepción psicológica del dolo, que ésta propugna una visión de la «determinación del dolo» perfectamente legítima, pero cuyo traslado al proceso resulta prácticamente imposible si se quiere que el Derecho penal continúe teniendo algún sentido. Por este motivo debe ser rechazada.

En segundo lugar, se ha puesto en evidencia que la respuesta que el texto de la ley parece ofrecer para hacer frente al anterior problema tampoco resulta convincente. Dicha respuesta, basada en confiar la determinación del conocimiento necesario para el dolo a la convicción judicial, permite hacer aplicable el concepto de dolo, pero lo hace *a costa de renunciar a la seguridad jurídica y de asumir en toda condena el riesgo de que se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado*. Las lagunas de legitimidad, así como la arbitrariedad, de este punto de vista son evidentes y, por este motivo, no puede ser aceptado mientras no se aporten, en primer lugar, argumentos que permitan colmar dichas lagunas y, en segundo lugar, criterios que permitan determinar, ante cada caso, cuál es la correcta convicción[749].

La búsqueda de una concepción del dolo y de su determinación procesal que logre salvar los problemas de las perspectivas expuestas es la tarea que debe acometerse en los próximos Capítulos. Tal empresa requiere, en primer lugar, que se preste atención a los trabajos en que se intenta aportar soluciones para la presente problemática y que aquí serán agrupados bajo la rúbrica de «concepciones normativas». Sin embargo, antes de poner fin a la exposición y crítica de la concepción psicológica

[748] El peligro de que una interpretación estricta del principio *in dubio pro reo* lleve «a convertir el Derecho penal en un instrumento inefectivo para el control social» es puesto de manifiesto por FREUND, *Normative Probleme*, p. 6.

[749] Muy interesante en este ámbito FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 44-45 y pp. 62-63, quien pone en evidencia cómo las doctrinas que afirman que la aplicación del Derecho penal debe descansar sobre la verdad sustancial o material acaban degenerando en juicios de valor, al perseguirse tal verdad fuera de reglas y controles.

del dolo debe realizarse una última puntualización referida al papel de las ciencias empíricas.

En el curso del anterior Capítulo se ha afirmado que disciplinas como la psicología o la psiquiatría no parecen estar hoy por hoy en condiciones de aportar respuestas ciertas sobre la realidad del conocimiento ajeno. Sin embargo, la actual inidoneidad de tales ciencias, en tanto que recursos aptos en el ámbito de la determinación procesal del dolo, no debe considerarse una característica inmutable. Ver las cosas de este modo resultaría tan desacertado como ignorar que la visión de la sociedad sobre las capacidades de ciertas disciplinas científicas es algo que puede ir evolucionando —y que, de hecho, va evolucionando— a lo largo del tiempo[750]. En consecuencia, no debe descartarse que futuros avances de dichas disciplinas lleven a que un día se acepte que recurriendo a ellas sea posible averiguar, sin resquicio alguno para la duda, qué es exactamente lo que se representó un sujeto en el momento de realizar una determinada conducta. De los efectivos avances de tales ciencias y de su capacidad para convencer de ellos a la sociedad depende, en definitiva, su futuro papel en el ámbito de la determinación procesal del dolo[751]. Sin embargo, no puede olvidarse que, como afirmó *Friedrich Stein* hace más de un siglo, «tampoco el proceso puede en ningún momento ir por delante de la sabiduría de su tiempo y de su pueblo»[752]. Todo dependerá, por tanto, del «poder de explicación» que la sociedad sepa ver dentro de un tiempo en las afirmaciones de estas ciencias[753].

[750] En este sentido, el actual proceso penal se encontraría aún en la tercera de las cuatro fases históricas descritas por FREDAS, introducción a FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, pp. 24-25: intervención divina en la prueba, prueba tasada legalmente, prueba basada en la libre convicción y prueba basada en principios científico-técnicos.

[751] En una misma línea las consideraciones de VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, pp. 176-178, cuando este autor no descarta que en el futuro métodos técnicos que hoy se rechazan para averiguar la veracidad de determinadas declaraciones de acusados o testigos «lleguen a ser convincentes» y se les atribuya «probada eficacia». Cfr. también las consideraciones de MORENO G., «Técnicas modernas en la investigación de los delitos (visión panorámica)», en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (coloquio internacional)*, México, 1998, p. 361.

[752] F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 30.

[753] Cfr., en este ámbito, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 50. Pueden resultar igualmente interesantes las observaciones sobre la causalidad de WOHLERS, *JuS*, 1995, p. 1022. A partir de los razonamientos de este autor es posible apreciar cómo, aunque las ciencias empíricas cuestionan desde hace tiempo el concepto de causalidad que suele emplearse en Derecho penal, este concepto sigue desempeñando un papel muy importante entre los criterios de imputación de responsabilidad que rigen en la actual sociedad. Próximo a esta idea PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, p. 66: «en las sociedades contemporáneas se sigue manteniendo como fundamento esencial para la atribución de responsabilidad (...) el concepto de causalidad».

IX. LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS

IX.1. PLANTEAMIENTO

Con la denominación genérica de «concepciones normativas» se hace referencia en este trabajo a todos aquellos planteamientos sobre la «determinación del dolo» que, por diversos motivos, *rechazan* el pilar teórico fundamental en que se sustenta la concepción psicológica, esto es, *la idea de que la afirmación del dolo en un caso concreto depende de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos*. Este rechazo puede ser atribuido a dos grandes causas: en primer lugar, algunos autores entienden que la concepción psicológica padece el terrible defecto de no poder ser llevada a la práctica, por lo que proponen criterios distintos para hacer aplicable el concepto de dolo. En segundo lugar, otros autores consideran que, por principio, al Derecho penal no le interesa la realidad psicológica, sino otras *realidades* que le permiten cumplir de un modo más efectivo su función en la sociedad. Que tales planteamientos sean calificados de «normativos» se explica porque en ellos se admite abiertamente que en la «determinación del dolo» se *atribuye* o *imputa* un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica de fenómenos de naturaleza psicológica. En resumidas cuentas, se sostiene que *las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo*[754].

[754] Cfr., al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 73-74, quien define la base teórica de la perspectiva normativa con las siguientes ideas: «los segmentos de realidad que se manejan ya no pueden calificarse como realidad empírica sino como realidad valorada, dado el papel determinante de las perspectivas axiológicas en su configuración y comprobación y la rareza de las verificaciones experimentales. No se duda en calificar, por tanto, de construcción ideológica a tales actividades conceptuales y prácticas, en cuanto su misión fundamental reside en plasmar adecuadamente y sin contradicciones los puntos de vista valorativos en los que se inspira el Derecho penal, *aun a costa con frecuencia de una correcta correspondencia entre lo definido o lo constatado y las realidades subyacentes*» (cursiva añadida).

En un Capítulo anterior se ha apuntado que el principal problema de las perspectivas normativas radica en su aceptación explícita de que en toda condena concurre un riesgo de no coincidencia entre los hechos probados y la realidad psicológica efectivamente acaecida[755]. Desde esta óptica, y mientras no se enfoque de otro modo la cuestión, toda condena resulta ser la posible instrumentalización de un individuo, lo que pone en duda la legitimidad de esta perspectiva. A este problema se añade una exigencia que no siempre se satisface: las concepciones normativas deben mostrar de forma convincente cuáles han de ser los criterios para, ante un supuesto concreto, decidir si procede o no atribuir determinados conocimientos a un sujeto y deben justificar, igualmente, por qué estos criterios y no otros[756]. De no cumplirse esta última exigencia, los logros del punto de vista normativo no consiguen ir más allá de una crítica más o menos atinada a la concepción psicológica. Si una vez desacreditada ésta no se aportan criterios firmes con los que operar, bien poco se habrá avanzado. La importancia de estas dos cuestiones —déficits de legitimidad y criterios de atribución— comporta que la perspectiva normativa requiera de un estudio detallado que se acometerá a lo largo de este Capítulo.

En realidad, la naturaleza adscriptiva puede ya predicarse de la interpretación dominante de la ley procesal vigente, esto es, de la idea de que la prueba de un hecho depende de la convicción del juez sobre su existencia. Cuando el juez se convence y da por probado que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento típico contando con los conocimientos exigidos por el dolo, está *imputando* tales conocimientos en la medida en que su efectiva concurrencia no haya sido constatada empíricamente[757]. Como ya se ha puesto en evidencia, el principal problema de una perspectiva normativa como ésta viene dado por lo arbitrario e incontrolable que parece ser el criterio de imputación a emplear, así como por la ausencia de argumentos que justifiquen su legitimidad[758].

En el ámbito de este trabajo se analizará el contenido de aquellas perspectivas normativas que, de modo más o menos explícito, se definen a sí mismas como tales y que fundamentan su punto de vista en argu-

[755] Cfr. *supra* VI.1.

[756] Así, afirma KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 311, que en toda determinación de los elementos subjetivos existe un momento valorativo que es necesario descubrir y justificar argumentativamente.

[757] KRAUß, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», *Schaffstein-FS*, Göttingen, 1985, p. 416: «una de las indiscutidas premisas del proceso es que la aplicación del Derecho culmine con la formación de la convicción judicial y de este modo se sustraiga en gran parte a las reglas objetivas de la fiabilidad científica». Añade este autor (*ibidem*, p. 425) que «el veredicto de culpabilidad no se basa en la verdad "empírica" u "objetiva", sino en la exclusión de la duda en el tribunal».

[758] Cfr. *supra* VIII.3.

mentos estrictamente jurídicos. Por este motivo, se dejará de lado el análisis de ciertas concepciones sobre la cuestión del dolo, y del delito en general, que atienden a posibles mecanismos psicológicos subyacentes a la actividad jurídica, usualmente apuntados desde investigaciones psicoanalíticas. En esta línea, algunos autores manifiestan que la atribución de dolo no es nada más que un eslabón en el proceso de satisfacción de necesidades psico-sociales de castigo que se materializa en la persona del reo, quien desempeña el papel de mero *chivo expiatorio*. Sea o no cierto tal punto de vista, es indudable que quienes lo defienden se mueven en un nivel discursivo que nada tiene que ver con el razonamiento jurídico. Dado que en el curso del presente trabajo no se pretende abandonar este último nivel de razonamiento, las perspectivas que se sustraigan a él serán dejadas conscientemente de lado[759].

Un correcto análisis de las concepciones normativas en el ámbito de la «determinación del dolo» requiere, en primer lugar, un breve repaso a los argumentos utilizados a lo largo de la discusión histórica y, en segundo lugar, la exposición de los puntos de vista más relevantes que se sostienen en la actualidad. Tras el estudio de estas dos cuestiones, deberán ser puestos en evidencia los aspectos más problemáticos que se observan en las perspectivas analizadas. Estas tres tareas se abordan en los siguientes apartados.

IX.2. Perspectiva histórica

Una exposición histórica de la determinación procesal del concepto de dolo muestra cómo a lo largo de los siglos las perspectivas normativas han desempeñado un papel preponderante en las diversas culturas jurídicas, si bien es cierto que a partir del siglo XIX su puesto parece haber sido ocupado, cuando menos a nivel de declaraciones teóricas, por concepciones de corte psicológico. Referirse a según qué argumentos históricos con el calificativo de «normativos» puede parecer excesivo, sobre todo cuando se advierte que los autores que los emplearon probablemente ni llegaran a plantearse la naturaleza última de los criterios con los que operaban. Sin embargo, cuando se trata de encuadrar tales criterios en una u otra perspectiva, es evidente que éstos muestran un carácter inequívocamente normativo: hasta un cierto momento de la discusión histórica, los argumentos utilizados para determinar cuándo un sujeto ha actuado dolosamente no se vinculan en absoluto a la averiguación de un

[759] Con todo, puede encontrarse un excelente resumen de tales planteamientos y de otros afines a éstos —bajo la denominación común de perspectiva «psicológico-colectiva»— en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 155-189, con abundantes referencias bibliográficas. Crítico con estos puntos de vista KÖBERER, *KrimJ*, 1983, p. 184 ss.

dato psíquico, sino a cuestiones netamente objetivas. De este modo, a lo largo del tiempo han abundado reglas más o menos refinadas para imputar a alguien una determinada consciencia o voluntad con respecto a una conducta o resultado concretos.

Desde que el concepto de dolo surgiera en el *Derecho romano* entendido como *dolus malus*, esto es, como voluntad dirigida a la comisión delictiva, la naturaleza subjetiva de la voluntad ha planteado siempre problemas de prueba que, a lo largo de la historia, han intentado salvarse de muy diversas maneras[760]. Ya en el mismo Derecho romano se plantea el dolo del sujeto como algo a acreditar *ex re*, es decir, a partir de la naturaleza exterior de la conducta realizada por dicho sujeto. Así, se afirma en el *Digesto* que «an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur» («se entiende cuándo se ha obrado con dolo por las circunstancias de cada caso»)[761]. Dicho objetivismo resulta aun más acusado en el antiguo *Derecho germánico*, donde el problema del dolo no se plantea como una cuestión de prueba, sino que existen reglas *ad hoc* que establecen expresamente qué hechos deben considerarse intencionados y cuáles no, en un sistema en que la regla general es la responsabilidad por el resultado: «die Tat tötet den Mann»[762]. En cualquier caso, la solución pasa, tanto en el Derecho romano como en el germánico, por la atribución del dolo al sujeto a partir de la valoración de datos de naturaleza objetiva.

Durante el largo período histórico de vigencia del *Derecho común* en Europa predomina la idea de que la única prueba válida, ya no sólo para determinar el dolo, sino toda comisión de un hecho delictivo, es la

[760] Cfr. VEST, *Vorsatznachweis*, p. 19. Sobre la imposibilidad de probar el dolo es ilustrativa la afirmación clásica «dolus vere probari non potest, cum in animo consistat»; cfr., al respecto, HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, Nueva York, 1976, pp. 25-26. Sobre los diversas concepciones del concepto «*dolus*» en Derecho romano, cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986), p. 107. En general, para la evolución histórica de dicho concepto, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1992, vol. V, p. 313 ss.

[761] La cita proviene del *Digesto*, lib. XLIV, tít. IV, frag. 1, pf. 2.º (trad. A. d'Ors y otros, tomo III, Pamplona, 1975). Cfr., igualmente, HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 195-196, donde se aportan interesantes ejemplos sobre la deducción del dolo en Derecho romano. Sobre la prueba del dolo en el *Corpus* justinianeo, cfr., igualmente, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 23-24 y 85 ss. Puede citarse también en este ámbito, como muestra de la continuidad de estas ideas, a un autor del siglo XIV, *Petrus de Bellapertica* (citado por ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1.ª ed., Leipzig, 1895, reimp. 1965, p. 128, nota 1): «el dolo siempre se presume, pues se averigua a partir de circunstancias externas».

[762] Sobre el antiguo Derecho germánico, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 6-11 y MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 74-75. Cfr., también, SCHÜNEMANN, «Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht», *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 261 ss. En la literatura española, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 317 ss.

confesión del acusado, para cuya consecución no se duda en recurrir al tormento, estando la hoy habitual prueba de indicios terminantemente prohibida[763]. Sin que, por supuesto, tal proceder pueda ser calificado estrictamente de normativo, lo cierto es que tampoco parecía estar en condiciones de garantizar una plena constatación de la realidad psicológica. A los problemas ya expuestos sobre la capacidad de la confesión del acusado para expresar fidedignamente qué es lo que realmente se representó o quiso, se une la poca credibilidad que puede merecer una declaración obtenida bajo el peso de los suplicios[764]. Más que normativa o psicológica, y desde luego aberrante desde la perspectiva actual, esta forma de proceder sólo podía llevar a resultados de fiabilidad harto dudosa[765].

Respecto a la cuestión concreta de la imputación de resultados, uno de los criterios con los que se opera durante bastantes siglos es la fórmula canónica del *versari in re illicita*, que imputa al sujeto como queridos todos aquellos resultados que deriven de una actuación inicial ilícita[766]. La naturaleza normativa de este juicio es evidente, pues en él no importa lo más mínimo qué es lo que dicho sujeto realmente se haya representado o haya querido[767]. Sin embargo, es también obvio que un criterio de imputación como éste resulta, desde la óptica actual, bastante primitivo y conduce, desde tal perspectiva, a resultados arbitrarios[768]. En esta línea cabe situar las correcciones formuladas al *versari in re illicita*

[763] Sobre el empleo del tormento en Alemania, desde Carlos V hasta principios del siglo XIX, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 10. Sobre la prohibición de la prueba de indicios, VOLK, «Dolus ex re», *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, pp. 614-615 y PÉREZ BARBERÁ, *CDJP*, 4-5 (1997), pp. 395-396.

[764] Sobre las posibles divergencias entre confesión y realidad efectivamente acaecida, cfr. *supra* VII.3.B.

[765] Buena prueba de ello es que con la abolición del tormento la confesión acaba perdiendo su valor de «reina de las pruebas» y se evoluciona hacia el sistema de la libre valoración judicial. Cfr. el interesante resumen sobre la transición de los antiguos sistemas de prueba a los actuales en HILLENKAMP, «Beweisnot und materielles Recht», *Wassermann-FS*, Neuwied, 1985, pp. 861-863.

[766] Cfr. al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, p. 320 y PERIS RIERA, *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, Valencia, 1994, p. 88 ss. Una breve perspectiva histórica sobre esta regla de imputación en LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1996, pp. 263-264. Como afirma VEST, *Vorsatznachweis*, p. 20, «con esta teoría el Derecho canónico contaba con una regla de imputación aplicable». Sobre dicha teoría y su traslado al ámbito de los delitos cualificados por el resultado, cfr. HASSEMER, *Einführung*, p. 190.

[767] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 78-79, interpreta la doctrina del *versari in re illicita* como una ampliación del concepto romano de dolo sólo explicable a partir de la concepción canónica del pecado y la culpa.

[768] Sobre los problemas de encaje en la actual sociedad de criterios de imputación subjetiva basados en la responsabilidad por el resultado cfr. JAKOBS, «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», trad. J. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1989, pp. 635-636.

por la teoría del *dolus indirectus*: de acuerdo con esta última, al sujeto sólo se le deben atribuir como queridos aquellos resultados que de un modo *habitual* se derivan de su actuación, con independencia de que *psicológicamente hablando* haya querido o no causarlos[769]. No resulta demasiado sencillo negar que una regla como ésta mantenga cierto vigor en la actual sociedad: de hecho, como acertadamente advierte *Puppe*, su espíritu puede encontrarse en todos aquellos manuales que, afirmando que dolo es «conocer y querer», atribuyen al sujeto resultados no queridos en sentido psicológico cuando exponen la figura del dolo directo de segundo grado[770].

En realidad, el *dolus indirectus* no es otra cosa que una modalidad específica de los denominados *dolus ex re* o *dolus in re ipsa,* unas figuras cuyos orígenes se remontan al Derecho romano y que logran sobrevivir pese a las prohibiciones de la prueba de indicios[771]. Como afirma *von Weber*, el *dolus ex re* resuelve aquellos casos en que, «sin que el delincuente lo reconozca y sin que haga falta su confesión, se puede conocer con seguridad [su dolo] a partir de la forma y modalidad de comisión del delito y a partir de las circunstancias externas de la acción concreta»[772]. Este mismo autor entiende, sin embargo, que «el *dolus ex re* no tiene, como su propio concepto indica, un carácter interno propio, sino sólo un significado con relación a la práctica de la prueba»[773]. En este último sentido concibe también esta figura *Framarino dei Malatesta*, cuando la caracteriza con la idea de que «el hombre, que es un ser racional, no obra sin que sus acciones tiendan hacia un fin, y cuando un

[769] Para una exposición más detallada de la teoría del *dolus indirectus*, cfr. *supra* II.1. Cfr., igualmente, ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 82 ss y PAEFFGEN, *AK-StGB*, previo al § 18, n.º marg. 1-7. Véanse también las consideraciones de KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 26 ss, quien afirma que la teoría del *dolus indirectus* actuaba con un «concepto de voluntad ficticio», que mediante presunciones de dolo servía para superar las dificultades que planteaba la prueba de la intención del sujeto.

[770] Cfr. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 27.

[771] Sobre el papel histórico del *dolus ex re* como subterfugio para salvar la prohibición de la prueba de indicios establecida por la *Constitutio Criminalis Carolina*, cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 614-615. Sobre la idea de que el *dolus indirectus* era una modalidad de *dolus ex re* referida a los delitos de resultado, ver KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 58. Sobre la figura próxima del *dolus praesumptus,* cfr. ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, p. 127 ss.

[772] VON WEBER, «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», *NACR*, 7 (1825), p. 564. Según entiende VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 611, el estado de la cuestión resulta especialmente interesante a principios del siglo XIX, cuando ya se cuenta con un concepto de dolo muy parecido al actual, pero el *dolus ex re* sigue siendo empleado.

[773] VON WEBER, *NACR*, 7 (1825), pp. 564-565. Respecto al concepto de *dolus ex re*, afirma BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840, pp. 275-276, que éste no es una modalidad específica de dolo, sino un medio de prueba a emplear en aquellos casos en que, a partir de las circunstancias del hecho, puede afirmarse con certeza que éste fue cometido dolosamente, sin que haga falta una confesión ni otros indicios.

medio no corresponde sino a determinado fin criminoso, el agente no puede haberlo empleado sino para lograr ese fin»[774]. Sin embargo, no es tan evidente que de una figura respecto a la cual no cabe prueba en contra pueda afirmarse que tiene un mero carácter procesal[775].

Según *Volk*, uno de los baluartes de la determinación *ex re* del dolo eran aquellos casos en que se incriminaba una conducta en sí misma, como sucede en el delito de injurias[776]. Decir que «probada una expresión ofensiva, probado el dolo», parece a primera vista difícilmente conciliable con el moderno principio de imputación subjetiva, pero más difícil aun resulta imaginar casos en que alguien profiera una expresión abiertamente injuriosa sin ser consciente de ello[777]. Según este autor, los argumentos *ex re* para la determinación de conocimiento y voluntad han desaparecido del concepto de dolo, pero sólo para pasar a la prueba de indicios, donde siguen empleándose de un modo más o menos encubierto[778].

La caída en desgracia de todos estos mecanismos de imputación cabe atribuirla a diversos factores[779]. En primer lugar, a ciertos cambios experimentados tanto por el Derecho penal material como por el procesal[780]. Desde el momento en que con el espíritu ilustrado del siglo XVIII

[774] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 213.

[775] Así lo entiende LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, vol. I, «Die Entwicklung des geltenden Rechts», Leipzig, 1895, p. 160, quien, en referencia al *dolus indirectus*, afirma que, al no caber prueba en su contra, era «un concepto puro de Derecho material». En idénticos términos LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, p. 803 (nota 11).

[776] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 620. En *ibidem*, pp. 619-620, este autor analiza someramente la pervivencia del *dolus ex re*, hasta tiempos recientes, en determinados ámbitos de la doctrina y jurisprudencia italianas sobre el fraude fiscal, las falsedades, la quiebra o el contrabando, aparte de las injurias. Cfr., igualmente, sobre esta última cuestión, BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 141 ss y PAGLIARO, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, p. 120.

[777] Cfr. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, pp. 17-18 y 151 ss, quien entiende que se trata simplemente de casos en los que resulta especialmente sencillo probar el dolo.

[778] Cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 619. De la exposición de ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987, vol. I, art. 43, n.º marg. 31, se infiere que, en realidad, las diferencias entre el *dolus in re ipsa* y las máximas de experiencia de la prueba de indicios no son muy sustanciales.

[779] En su sentencia de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral) el Tribunal Supremo rechaza de forma expresa el *dolus in re ipsa* o culpabilidad objetiva, entendiendo que para la realización dolosa de ciertos delitos contra la propiedad industrial no basta con que determinados derechos se encuentren inscritos en el registro pertinente, sino que el sujeto debe ser efectivamente conocedor de tal dato.

[780] Cfr., al respecto, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 171 ss. En Italia, sin embargo, figuras como el *dolus in re ipsa* han gozado de vigencia jurisprudencial hasta tiempos recientes; cfr., al respecto, BRICOLA, *Dolus in re ipsa, passim*. Una enumeración de sentencias de la Corte de Casación italiana en que, hasta hace poco, se ha empleado el *dolus in re ipsa* en los delitos contra el honor puede encontrarse en TASSI, *Il dolo*, pp. 147-148.

entra en escena la libre valoración de la prueba, desaparece la necesidad de los anteriores criterios, pues el juez ya no se encuentra atado por reglas fijas para valorar la concurrencia de un determinado elemento del delito, sino que para conseguir su convicción puede acudir a todos los medios de prueba no expresamente prohibidos y, en el ámbito concreto del dolo, a los más diversos indicios[681]. Otro fenómeno al que cabe atribuir la total separación entre las cuestiones que pretendidamente sólo afectan a la prueba del dolo y las que sólo conciernen a su concepto es, según entiende *Volk*, el desarrollo del Derecho procesal como disciplina independiente desde principios del siglo XIX[782]. Tampoco puede descartarse que desempeñara algún papel el desarrollo de la psicología como disciplina científica[783].

La opción por la libre valoración judicial de la prueba y, concretamente, la *liberalización* de la prueba de indicios, parece dar carta de naturaleza a las teorías psicológicas: el juez ya no está obligado a seguir férreas reglas probatorias, sino que puede acceder al conocimiento de la realidad por las vías que considere oportunas, incluidas las ciencias empíricas. Sin embargo, no debe descartarse que algunas de las antiguas reglas sigan vigentes, ocultas tras los argumentos que se emplean usualmente para controlar la racionalidad de determinadas convicciones judiciales[784]. Si el dolo sigue siendo, como repiten una y otra vez los tribunales, una realidad inaccesible a los sentidos, éste siempre deberá deducirse *ex re*, pues, como se cuestiona *Volk*, «¿de dónde si no?»[785].

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, probablemente como forma de contrarrestar la progresiva liberalización de las reglas de prueba, empiezan a proliferar en los textos legales europeos las denominadas *presunciones de dolo*[786]. Estas figuras gozaron de un notable éxito y estuvieron presentes en no pocos Códigos —entre ellos el español— hasta tiempos más o menos recientes[787]. La presunción de dolo atribuía por principio a todos los hechos la condición de dolosos y la convicción judicial sólo debía entrar a valorar si, en el caso concreto, existía suficien-

[781] Sobre la extensión del principio de libre valoración de la prueba desde sus orígenes en el pensamiento revolucionario francés, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 28 ss. Cfr. igualmente HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 525 ss. Sobre su influencia en la cuestión del dolo, cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614: «cuando ya sólo se trata de una de tantas modalidades de la prueba de indicios, no conviene dar la impresión, mediante una expresión específica («*dolus ex re*»), que dicha prueba de indicios tiene una estructura concreta».

[782] Cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Cfr., igualmente, BRAMMSEN, *JZ*, 1989, p. 79 (nota 109), quien entiende que la antigua vinculación de cuestiones de Derecho procesal y de Derecho material dificultaba el desarrollo del Derecho penal material. Sin rechazar esta opinión, debe sin embargo afirmarse que la separación de ambas disciplinas puede haber redundado en una pérdida de vinculación a la práctica por parte del Derecho penal material.

[783] De hecho, ya se encuentran afirmaciones sobre la necesidad de emplear los conocimientos psicológicos «para juzgar delitos» en una obra de ECKARTSHAUSEN, *Über die Notwendigkeit psychologischer Kenntnisse bei der Beurteilung der Verbrechen*, 1791, citado por KAISER, en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, pp. 195-196. Este último autor entiende, sin embargo, que una plena irrupción de la psicología en el ámbito del proceso penal no puede constatarse hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

[784] De ahí que a menudo se afirme que, en realidad, tras la idea del *dolus ex re* no se ocultaba nada distinto a «la estructura general de la prueba de indicios y, por tanto, no merece la pena aportar un concepto propio»; expone la idea aunque no esté muy conforme con ella VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Lo que parece sostener este autor (*ibidem*, pp. 614-615) es que tal afirmación puede ser correcta hoy en día, pero no en aquellas épocas en que la prueba de indicios como tal estaba prohibida y el *dolus ex re* era un subterfugio para poder condenar al sujeto sin la necesidad de obtener su confesión.

[785] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Sobre la pervivencia de las teorías del *dolus indirectus* en el ámbito procesal, cfr. SCHEFFLER, «J.S.F. von Böhmer und der dolus eventualis – Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?», *Jura*, 1995, p. 355. En España RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17.ª ed., Madrid, 1994, p. 39, critican a la jurisprudencia del Tribunal Supremo su «tendencia a objetivar un elemento tan eminentemente subjetivo como el dolo, pues su existencia se hace depender no de la intención real de matar, sino de los medios empleados o del lugar del cuerpo en el que ha incidido el ataque». Sin embargo, lo que deberían demostrar estos autores es cómo puede acreditarse la «intención real» de una persona prescindiendo de datos objetivos.

[786] Uno de los principales impulsores de estas reglas fue FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.ª ed., Giessen, 1803, pp. 54-55. Por influencia de este autor, en el art. 43 del Código Penal bávaro de 1813 se dispuso que «en un hecho antijurídico probado contra una persona se presume legalmente que ésta ha actuado con dolo antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no se obtenga la certeza o probabilidad de lo contrario». Sobre *Feuerbach* y las presunciones de dolo, cfr. HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 74 ss; HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 198; ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 30-35 y KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, pp. 27-28. Sobre la defensa y el posterior abandono por parte de *Feuerbach* de la *praesumptio doli*, cfr. HENKEL, *E. Schmidt-FS*, pp. 582-583. HILLENKAMP, *Wassermann-FS*, p. 867, opina que la caída en desgracia de la confesión como «reina de las pruebas» y de la pena de sospecha llevó a las presunciones de dolo y al desarrollo de las teorías del dolo eventual. LÜDERSSEN, «Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts», *ZStW*, 85 (1973), p. 301, entiende que la irrupción de las presunciones de dolo debe atribuirse a la prohibición del tormento. Una amplia perspectiva histórica de estas presunciones en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 641 ss. Cfr., asimismo, BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 11 ss.

[787] Hasta la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio el art. 1.2.º del Código Penal español establecía que «las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario». Para la discusión sobre si el antiguo art. 1 CP73 contenía una presunción de voluntariedad referida sólo a la acción, o bien una presunción de dolo *stricto sensu*, cfr. CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, vol. I, p. 28 ss. Al carácter *iuris tantum* de las presunciones de dolo se contrapone el carácter *iuris et de iure* de figuras como el *dolus indirectus* o el *dolus ex re;* cfr., al respecto, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 83. Sobre las diversas presunciones de dolo introducidas en los Códigos de Prusia y Baviera a lo largo de los siglos XVIII y XIX, cfr. WAIDER, «Die Bedeutung der praesumtio doli für die Strafrechtsentwicklung in Deutschland», *JuS*, 1972, pp. 305-307. En Italia aporta argumentos a favor de las presunciones de dolo FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 168-169.

te prueba contra dicha presunción para considerarla desvirtuada: de este modo, las presunciones dejan de ser reglas de prueba y se convierten en reglas sobre la carga de la prueba[788]. Tras estas figuras se oculta la idea del *in dubio contra reum* y la justificación de que, por regla general, las conductas humanas se dirigen siempre a un fin y que la actuación arbitraria es sólo una excepción[789]. En algunos ordenamientos, las presunciones generales de dolo coexistieron con tipos de la Parte especial en los que se recogían presunciones referidas a conductas delictivas concretas[790].

Las evidentes diferencias entre las antiguas formas de imputación y las presunciones de dolo son puestas de manifiesto por *Hruschka:*

> una presunción, en el sentido de la palabra que aquí interesa, es un precepto legal o una práctica judicial en virtud de la cual, siempre que se prueba un hecho T-1, debe considerarse también probado un hecho T-2. Según esta idea, una presunción de dolo es un precepto o praxis judicial con base en la cual, cuando se prueba la realización del tipo objetivo de un delito también se da por probado el correspondiente dolo del hecho. Las presunciones se fundamentan, por regla general, cuando no siempre, en lo que se percibe como «normal» o «probable»[791].

Las presunciones de dolo, como han sido concebidas en los últimos siglos, parten de la base de que lo estadísticamente habitual son los hechos dolosos y lo excepcional los imprudentes[792]. A partir de esta idea se crea una regla general de imputación. Por contra, prosigue *Hruschka,*

> la prueba del dolo *ex re* parte de un hecho concreto, se apoya en las circunstancias específicas y en la específica naturaleza de dicho hecho y, sin embargo, no justifica la afirmación general de que los hechos son la mayoría de las veces o siempre hechos dolosos[793].

[788] Según el Tribunal Supremo (sentencia de 1 de febrero de 1974, A 363, ponente Castro Pérez) la presunción del antiguo art. 1 CP73 conllevaba «la inversión de la carga de la prueba que se traslada al imputado, a quien incumbe desde entonces la demostración de la involuntariedad o error de su conducta». Cfr., al respecto, la recopilación de fragmentos de sentencias realizada por MARTÍN GARCÍA, «Problemas procesales del dolo: su prueba», en *Elementos subjetivos*, p. 221 ss.

[789] Sobre las características de tal presunción, cfr. HENKEL, *E. Schmidt-FS*, p. 581.

[790] Por lo que respecta al Derecho penal alemán, cfr. HENKEL, *E. Schmidt-FS*, p. 585 ss y WAIDER, *JuS*, 1972, pp. 305-306. LÜDERSSEN, *ZStW*, 85 (1973), pp. 301-302, considera que el aligeramiento de las dificultades de prueba en diversos tipos de la Parte especial obedece a que su tratamiento procesal chocaba siempre con el *in dubio pro reo.*

[791] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 197-198.

[792] Este argumento se ha dirigido con cierta frecuencia a lo largo de la historia contra las teorías del *dolus ex re*, lo que HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 26 (nota 20), considera totalmente desacertado.

[793] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 197-198. Una distinción similar es trazada por PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 417 (y nota 12), con respecto a las máximas de experiencia empleadas en la prueba de indicios, afirmando que «las máximas de experiencia no son una presunción —incondicionada o no— de que en determinado tipo de comportamientos concurre siempre dolo, sino que requieren un desarrollo razonado en la resolución judicial en relación con el caso concreto, de modo que al dato genérico o probable añade el específico o cierto». Cfr. igualmente las diferencias entre la presunción general de dolo y la prueba de indicios constatadas por WENING, «Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte», *NACR*, 2 (1818), pp. 199-202. Cfr. también las críticas de MITTERMAIER, *Tratado*, pp. 136-137, a las presunciones de dolo, afirmando que «no porque se pueda presumir que todo hombre es inteligente y que obra con propósito deliberado, se ha de seguir forzosamente que el sujeto acusado haya tenido por móvil una voluntad culpable».

En cualquier caso, resulta indiscutible que tanto las presunciones de dolo como el *dolus ex re* presentan una naturaleza presuntiva, si bien esta segunda figura permite tener en cuenta muchas más particularidades del hecho que las primeras y, por ello, es una vía de imputación bastante más ajustada a las circunstancias del caso.

Las presunciones de dolo, al igual que el *dolus ex re*, no parecían interesarse especialmente por vincular la aplicación del concepto de dolo a la averiguación de un dato psicológico. Dichas presunciones partían de la idea según la cual, por principio, todas las conductas tienen carácter consciente y voluntario, y la vigencia de tal regla sólo se desvirtuaba en aquellos supuestos en que existían pruebas de lo contrario. Es obvio que con un sistema como éste se acaban reputando dolosas todas aquellas conductas sobre las que no existen pruebas a favor ni en contra de la existencia de dolo y también aquéllas en que, pese a existir prueba en contra de la presunción, se considera que no tiene fuerza suficiente para enervarla[794]. Desde el momento en que el dolo se imputa por principio, es evidente que la solución que ofrecen las presunciones de dolo no pasa por la averiguación de dato psicológico alguno, siendo patente su carácter normativo.

Ninguno de los criterios normativos que históricamente han regido para la «determinación del dolo» parece tener vigencia en la actualidad o, desde luego, no la tiene explícitamente. Es más, la desaparición de figuras como el *dolus ex re* o las presunciones de dolo —por no hablar del *versari in re illicita*— ha sido considerada a menudo como un gran avance del Derecho, pues se ha visto en ella la consecución de un pleno respeto a principios como el de culpabilidad o al derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, tras evidenciar la desaparición formal de tales criterios, se debería hacer examen de conciencia acerca de si realmente todos ellos han dejado de regir en la práctica. En este sentido, las sospechas sobre la pervivencia oculta de criterios como las presunciones de dolo, el *dolus ex re* o el *dolus indirectus* no deben dirigirse al contenido reglado del «Derecho escrito», sino a ese mundo aparentemente

[794] Cfr. las críticas a las presunciones de dolo formuladas por BORST, «Ueber der Beweis des bösen Vorsatzes», *NACR*, 2 (1818), pp. 434-436 y 449-451.

exento de ataduras que es la valoración judicial de la prueba. Y en este ámbito lo que debe también preguntarse es si la aplicación del Derecho penal *puede* prescindir, incluso hoy en día, de semejantes criterios[795]. ¿Existe, por ejemplo, alguna diferencia sustancial entre la actual prueba de indicios y el satanizado *dolus ex re*?

Tampoco debe pasarse por alto que criterios como el *dolus indirectus* o el *dolus ex re* explicitaban cuál era su contenido y, en tal medida, presentaban la ventaja de que éste podía ser sometido a debate. Prácticamente nadie somete a debate los criterios que rigen en la actual prueba de indicios, pues éstos permanecen siempre ocultos bajo la cegadora luz de la libertad del juez y de la verdad material. Probablemente también sea cierto que muchos de los antiguos criterios de atribución del dolo resultaban demasiado rígidos y, por ello, conducían a soluciones difícilmente aceptables en un buen número de casos[796]. Pero la cuestión clave en este punto no es tanto si la introducción de la libre valoración judicial de la prueba ha acabado con presunciones y argumentos *ex re*, como si, en todo caso, lo único que ha hecho es contribuir a refinar su tosquedad, modulando los criterios de atribución del dolo de acuerdo con una visión menos simplista de la realidad. Como afirma *Volk*, puede cuestionarse que «el *dolus ex re* condujera a soluciones que puedan ser consideradas justas, pero en él tenía cabida la idea de que la justicia sólo puede surgir en un proceso y de que ésta no sólo depende del concepto jurídico-material, sino también de la manera en cómo éste es llevado a la práctica. Ahí es donde radica su contribución a la cultura jurídica»[797].

Como consecuencia obvia de la progresiva separación entre argumentos de Derecho penal material y de Derecho procesal, la discusión sobre la posible existencia de criterios normativos para la «determinación del dolo» se presenta hoy en día separada del debate sobre el concepto de dolo y, la mayoría de las veces, se vincula a la discusión general sobre la teoría de la prueba y del proceso penal. Al análisis de estos puntos de vista se dedica el siguiente apartado de este trabajo.

[795] Al respecto pueden resultar interesantes las consideraciones de MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 328-330, quien, pese a rechazar el *dolus ex re* y las presunciones de dolo, entiende que en determinados comportamientos la deducción del dolo resulta «rápida e inmediata».

[796] Una rigidez que STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 250, hace extensiva a los antiguos sistemas procesales de prueba tasada, que llevaban a «dejar de lado las múltiples particularidades pensables de los casos concretos y a introducir en el Derecho de la prueba enormes riesgos de dictar una condena errónea». Sobre la rigidez de fórmulas como el *dolus in re ipsa*, cfr. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 18.

[797] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 624.

IX.3. LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS DEL DOLO EN LA ACTUALIDAD

A) Aspectos de la discusión: concepto de dolo y «determinación del dolo»

Como ya se ha expuesto anteriormente, el análisis de la relación entre el concepto de dolo y los planteamientos de determinadas ciencias empíricas puede abordarse desde dos ópticas distintas[798]. Por un lado, es posible plantearse la conveniencia o no de construir el concepto de dolo a partir de determinados fenómenos psíquicos en los estrictos términos en que éstos son definidos por la psicología o la psiquiatría. Por otro lado, puede también defenderse o rechazarse la idea de que la determinación procesal del dolo depende de la efectiva constatación empírica de los hechos previamente exigidos en la definición del concepto[799]. En relación con una u otra cuestión, es necesario distinguir entre una *concepción normativa sobre el concepto de dolo*, en los casos en que se niega la conveniencia de construir un concepto de dolo «psicológicamente adecuado», y *una concepción normativa sobre la «determinación del dolo»*, para los casos en que se rechaza que la correcta aplicación de esta figura dependa de la averiguación de fenómenos psíquicos. La conveniencia de tal distinción debe atribuirse al hecho de que no todos los autores que acogen la primera opción son, a la vez, partidarios de la segunda[800].

En el ámbito de este trabajo interesa analizar básicamente aquellos argumentos en que se defiende una concepción normativa de la «determinación del dolo». Sin embargo, no debe pasarse por alto que los planteamientos empleados por los autores que postulan una visión normativa del concepto de dolo pueden tener también cierto interés para la cuestión de la determinación procesal. Por este motivo conviene atender, aunque sólo sea de un modo sucinto, a las principales opiniones que se defienden en el primero de estos ámbitos.

Las críticas que a lo largo de las últimas décadas han dirigido algunos autores contra los conceptos usuales de dolo, por considerarlos psicológicamente inadecuados, han encontrado respuestas bastante uniformes por parte de la mayoría de la doctrina[801]. Ya *Löffler* aseveró a principios

[798] Cfr. *supra* VII.3.A.2.

[799] Haciendo referencia general a todos los elementos subjetivos del delito, también pone en evidencia este doble nivel de análisis DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 30-31 y 73.

[800] Cfr., al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 73 (nota 1), quien advierte de la dificultad de desligar ambos planos en no pocos trabajos sobre la materia.

[801] Sobre tales críticas cfr. *supra* VII.3.A.2. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 38-39, considera que incluso «los partidarios de los enfoques empíricos de psicología social (...) son conscientes de que, con independencia del indiscutible y explícito compo-

de siglo que los psicólogos no podían arrojar luz sobre un concepto como el dolo eventual, pues éste había sido creado con finalidades estrictamente jurídicas[802]. El propio *Hans Kelsen* se mostraría de acuerdo con esta idea al afirmar que la «voluntad de la ética y la Ciencia del Derecho es algo completamente distinto a aquello a lo que la psicología se refiere actualmente con semejante término»[803]. Años después se sumaría a estas ideas *Engisch*, afirmando que «los conceptos de dolo e imprudencia son sólo títulos para los presupuestos en que se basa el reproche y las definiciones de estos conceptos tienen que aportar una regulación de acuerdo con la intención del legislador y no formular tesis éticas o psicológicas»[804].

Sin duda, los argumentos que sobre esta cuestión han gozado de un mayor eco en tiempos más recientes han sido los expuestos por *Paul Bockelmann* en 1968. Afirma este autor que

> los conceptos del Derecho penal, incluso en los casos en que su caracterización se asemeja a los nombres de fenómenos equivalentes en los ámbitos de la moral y de la psicología (piénsese en «culpabilidad» y «dolo»), no tienen la misión de establecer «proposiciones éticas o psicológicas», sino que son «títulos» para determinados presupuestos de la valoración jurídica de las acciones humanas,

añadiendo que

> por supuesto, el Derecho no se guía por la arbitrariedad cuando establece estos presupuestos, pero al hacerlo no está sujeto a los contenidos que la psicología y la moral, por su parte, dan a unos conceptos que también ellas emplean. Así, lo que deba entenderse por «dolo» en el sentido del Código Penal no depende de cómo la psicología define el elemento constitutivo del dolo del «conocer»[805].

nente normativo que corresponde a toda decisión del legislador penalizadora o despenalizadora, la formulación de los elementos subjetivos dentro de las figuras delictivas y su aplicación en el proceso penal están sometidas a ciertas limitaciones valorativas, normativas, más o menos explícitas».

[802] Cfr. LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 137-138. En 1911 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, p. 133, constataría que «aun de forma más evidente que en el Derecho privado se muestra en el ámbito del Derecho penal la diferencia que existe entre el concepto psicológico de voluntad y aquel hecho que el lenguaje de la Ciencia jurídica caracteriza como voluntad».

[803] KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 146. Añade este autor que «la voluntad de la psicología es un hecho empírico que se determina a través de la auto-observación y que pertenece al mundo del ser, mientras que la voluntad de la ética y de la ciencia del Derecho es una construcción en que se plasma el deber desde el punto de vista de la norma y que no se corresponde con ningún proceso concreto de la auténtica vertiente psíquica de la persona».

[804] ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930 (2.ª reimp. Berlín, 1995), pp. 27-28. De acuerdo con la idea de *Engisch*, PAGLIARO, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, pp. 117-118. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 19, afirma que la causa de que el Derecho penal emplee un concepto de dolo psicológicamente inadecuado es «el principio de legalidad, algo querido desde un punto de vista político-criminal y difícilmente evitable».

[805] BOCKELMANN, «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», *Radbruch-GS*, Göttingen, 1968, pp. 253-254. El mero hecho de que la ley sólo distinga entre dolo e imprudencia comporta ya una importante decisión normativa que deja a un lado el interés que para la valoración del hecho podrían tener otros fenómenos psíquicos; cfr., al respecto, VEST, *Vorsatznachweis*, p. 94. En posiciones cercanas, KRAUß, *Schaffstein-FS*, p. 416: «conceptos como dolo o intención no se proponen descubrir la realidad, sino "comprender" dogmáticamente un acontecimiento, es decir, hacerlo de una determinada manera que viene predeterminada jurídicamente». No lejos de estas ideas parece estar también SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968, pp. 9-10. En España afirman QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 287, que los elementos de conocimiento y voluntad en que los penalistas basan el dolo sólo pueden ser entendidos en términos técnico-jurídicos que, posiblemente, no tengan nada que ver con nociones psiquiátricas o psicológicas.

[806] BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 253. La expresión «psicología esotérica» proviene de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.ª ed., tomo II, 2.ª parte, Leipzig, 1914 (reimp. 1965), p. 3 ss. BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 254, añade que «el Derecho penal construye sus conceptos a la medida de la finalidad para cuya consecución deben servir. Este fin es el establecimiento de una ordenación racional de la vida en sociedad, pues sólo donde tal ordenación se aplica surge la posibilidad de, por lo menos, aproximar las decisiones jurídicas al ideal de la Justicia. Por tal razón, el Derecho penal debe apelar a la racionalidad de los ciudadanos y no puede trabajar con la técnica velada del *hidden persuaders*». A la vista de planteamientos como éstos, SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, p. 19, afirma que con los conceptos del Derecho penal más que reconstruir una realidad lo que se pretende es construirla. En tono crítico PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 459: «con una psicología esotérica del Derecho penal no se gana nada y un Derecho penal al que le sea posible construir sus conceptos a la medida de sus finalidades se antoja, desde un buen principio, ilegítimo».

[807] La influencia de este autor ha sido notable. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 74, considera que su trabajo ha dado lugar «a la moderna discusión sobre el tema». Argumentos muy similares a los de *Bockelmann* en JAKOBS, *Derecho penal*, p. 376: «el Derecho penal no atiende a toda la realidad psicológica, sino que de esta realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la Psicología pueden parecerle meros fragmentos». Por su parte, SCHROTH, «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», *NStZ*, 1990, p. 324, considera que con la cuestión del dolo eventual no se trata de responder a «la pregunta de cómo debe describirse adecuadamente la realidad, sino a la cuestión de cómo tenemos que interpretar apropiadamente la conducta de nuestros semejantes. El "dolo eventual" no responde a una realidad específica, sino que es una figura de imputación con cuya ayuda se atribuye "responsabilidad"». Cfr., igualmente, VEST, *ZStW*, 103 (1991), p. 608.

Bockelmann resume las anteriores afirmaciones aseverando que el Derecho penal trabaja con su propia «psicología esotérica»[806]. Sin embargo, en los planteamientos de este autor la idea de *esoterismo* parece circunscribirse al momento de formulación de determinados conceptos (dolo, culpabilidad), pero no se amplía de un modo explícito al instante de su aplicación judicial[807]. En este sentido, *Bockelmann* sigue exigiendo para el dolo por lo menos una leve forma de consciencia y no aporta

criterios definitivos acerca de cómo ésta debe determinarse en el proceso[808]. Por este motivo, algunos autores acogen planteamientos similares a los de *Bockelmann* para resolver la cuestión relativa a la formulación del concepto de dolo y, sin embargo, defienden perspectivas psicológicas para su determinación procesal[809]. No obstante, en los argumentos de este autor puede verse el embrión de ciertas perspectivas normativas sobre la determinación procesal del dolo que actualmente se defienden[810].

B) Concepciones normativas de la determinación procesal del dolo

Dentro del presente apartado deben exponerse los puntos de vista de aquellos autores que en la actualidad defienden que la afirmación de que alguien ha actuado dolosamente tiene que basarse en el empleo de métodos distintos a la averiguación de ciertos datos psíquicos, una idea parecida a la de que el Derecho penal trabaja con una «psicología esotérica», pero trasladada al ámbito del proceso. Dos son en la práctica las vías más frecuentes para llegar a sostener semejante opinión: por una parte, algunos autores llegan a ella tras advertir la inviabilidad de los planteamientos psicológicos; otros, por contra, ya desde un principio entienden que al Derecho no le interesa la realidad psicológica, sino otras *realidades* que contribuyen de un modo más efectivo a conseguir los objetivos que se pretenden con el proceso y la sanción penal. La conclusión final

[808] Así, afirma BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 255, que para el dolo no hace falta un «pensar en» o un «reflexionar», sino que basta con una ligera forma de consciencia. A ello se debe que, según este autor, los hechos pasionales también sean hechos dolosos, pese a que ello contradiga, sin duda, lo que la psicología podría afirmar al respecto. Cfr., igualmente, KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 317. No lejos de la perspectiva de *Bockelmann* parece estar JAKOBS, *Derecho penal*, p. 375, quien se muestra de acuerdo con la idea de la «psicología esotérica», aunque añade que ello no implica «que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho». Planteamientos cercanos a estos últimos en WALTER, *KrimJ*, 1981, p. 208.

[809] La perspectiva de *Bockelmann* deja la puerta abierta a una entrada de las ciencias empíricas en la fase de constatación procesal de los fenómenos psicológicos en que se asienta el dolo. Así lo interpreta JÄGER, «Strafrecht und psychoanalytische Theorie», en EL MISMO (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 58, quien entiende que aunque se afirme que los conceptos de la dogmática son sólo títulos para determinados presupuestos de la valoración jurídica no debe dejar de tenerse en cuenta «que tales "títulos" se refieren a determinadas realidades psíquicas que requieren un esclarecimiento psicológico o psicoanalítico, pues de lo contrario el Derecho penal incurre en la sospecha de querer satisfacer simplemente necesidades de pena con la ayuda de pseudo-argumentaciones acientíficas». Ésta es la opinión que parece defender igualmente PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 457 (nota 24), quien considera que abogar por un concepto de dolo delineado normativamente no debe equivaler a conformarse con una ficción de dolo.

[810] En cuanto a la postura que se defiende en este trabajo sobre los términos en que debe construirse el concepto de dolo, se dan por buenos los planteamientos de *Bockelmann* y se remite a los argumentos ya explicitados *supra* VII.3.A.2.

es común a ambas perspectivas: *si con el Derecho penal debe conseguirse algún tipo de efecto su empleo no puede estar condicionado por la averiguación de pretéritas realidades psicológicas que no pueden ser reconstruidas de un modo fidedigno.*

La presente problemática trasciende al tipo subjetivo del delito y se extiende, en general, a las características de la *verdad* que debe averiguarse en el ámbito del proceso para poder fundamentar una condena. Ello es atribuible a que si bien la constatación práctica de fenómenos psíquicos parece especialmente difícil, concurren asimismo dificultades no desdeñables en todo lo que afecta a la constatación de los hechos usualmente denominados *objetivos*. Por este motivo, a continuación deberán tomarse también en cuenta análisis no estrictamente referidos a la problemática de la determinación procesal del dolo, aunque las considerables proporciones de la discusión doctrinal sobre esta cuestión, que tiene sus raíces en el debate sobre las bases teóricas del proceso penal, sólo permiten una visión panorámica de las opiniones más significativas.

B.1. Cuestiones generales: el objetivo de la prueba en el proceso penal

La idea de que una reconstrucción perfecta de la realidad efectivamente acaecida es irrealizable en el ámbito del proceso penal es una idea que cuenta con numerosos partidarios[811]. Ya el *Reichsgericht* afirmó en 1927 que «un conocimiento absolutamente cierto queda fuera del alcance del imperfecto discernimiento humano» y que «si se exigiera una seguridad en tan alto grado, la aplicación del Derecho sería imposible»[812]. Ideas como éstas no sólo cuentan con un cierto arraigo en el ámbito de la determinación procesal de los imperceptibles elementos subjetivos, sino que algunos autores no dudan en extenderlas a la globalidad de hechos que deben determinarse en el proceso penal para fundamentar una

[811] Cfr., en general, sobre esta cuestión, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 36 ss. Por su parte, IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 19 ss, aporta una panorámica de las perspectivas que renuncian a la verdad material como objetivo del proceso. En un primer grupo se engloban las opiniones que se muestran indiferentes ante la verdad (variantes retórica y narrativista) y en un segundo grupo las que se declaran contrarias a tal idea (basadas, a su vez, en la imposibilidad teórica o bien en la imposibilidad práctica de descubrimiento de la verdad). Una relación de los argumentos más habituales contra el descubrimiento de la «verdad material» como objetivo del proceso en NEUMANN, en *Jenseits des Funktionalismus*, p. 74.

[812] RGSt, vol. 61, p. 206. Cfr., al respecto, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 534. En otra sentencia de 1932 (RGSt, vol. 66, pp. 163-165) declara el mismo tribunal que «la verdad objetiva sólo es concebible mentalmente. Su determinación a través de la investigación y el discernimiento humano es conceptualmente imposible». Sobre la jurisprudencia del *Reichsgericht*, cfr. A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 79 ss. Crítico con los argumentos de este tribunal, GOLLWITZER, *LR*, § 261, n.º marg. 9.

condena[813]. En este sentido sostiene *Freund* que, «ciertamente, el conocimiento de la verdad material es el objetivo declarado —aunque a la vez inalcanzable— de las "averiguaciones" en el proceso penal»[814]. *Winfried Hassemer*, por su parte, declara abiertamente que en dicho proceso no se busca la verdad material y aporta como principal fundamento para tal afirmación el hecho de que el sistema procesal cuente con innumerables prohibiciones de prueba que hacen a menudo imposible la consecución de tal objetivo con la finalidad de preservar determinados derechos del acusado. A lo anterior se une lo limitado de los medios humanos, económicos y temporales con los que se suele contar en el ámbito del proceso[815]. Por estos motivos afirma *Hassemer* que, en realidad, el objetivo del proceso no es otro que la «búsqueda de una verdad formalizada» o de una «verdad forense», lo que se basa en la idea de que «el proceso penal es una expresión de nuestra cultura y racionalidad (empíricas)»[816].

La idea de que al Derecho penal le basta con dar por acreditada una determinada *verdad,* entendida ésta en sentido social, es expuesta de modo convincente por *Klaus Volk*, quien sostiene que «en el proceso penal se activa una "intervención en crisis": debe reaccionarse de la manera más rápida posible a una perturbación de la paz jurídica y el juez se encuentra en la obligación de formular una inequívoca decisión de sí o no»[817]. Según este autor, un fin tan concreto como el anterior lleva a relativizar las exigencias que comportaría la reconstrucción de la verdad: «la poco sutil trama del Derecho material, que no declara relevante para el fallo la totalidad de los acontecimientos, sino sólo unos pocos puntos

[813] Sobre el tipo subjetivo, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 71, quien afirma que no se puede «pasar por alto lo dificultoso de una constatación empírica del mismo [del conocimiento del sujeto], por no decir su imposibilidad, desde la perspectiva del jurista». KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 311, considera que los elementos subjetivos del delito simplemente son inaccesibles a una prueba de la verdad. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 3.

[814] FREUND, *Normative Probleme*, p. 1.

[815] Cfr. HASSEMER, *Einführung*, pp. 150-152 y EL MISMO, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. P.S. Ziffer, Buenos Aires, 1995, pp. 87-88. Interesante la comparación que lleva a cabo este autor (*Einführung*, pp. 149-150) entre el tipo de *verdad* que buscan las ciencias empíricas y la que se persigue en el proceso. Una fundamentación detallada del rechazo a la idea de verdad material en HASSEMER, *Crítica*, p. 84 ss. Ideas de este tipo se cuestionan en NEUMANN, en *Jenseits des Funktionalismus*, pp. 74-77: que existan prohibiciones de prueba, o que los medios de averiguación de la verdad sean limitados no tiene por qué implicar un cambio en los objetivos a conseguir con la práctica de la prueba.

[816] HASSEMER, *Einführung*, pp. 153-154. Ver también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 84 ss. Cfr. igualmente sobre este punto, KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 116 y el interesante trabajo de DE LUCA, «Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito», *RIDPP*, 1992, p. 1255 ss, en el que se postula una vuelta al método retórico y a la racionalidad comunicativa como claves del proceso penal.

[817] VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 9.

de contacto tipificados, responde a una definición social de verdad que tiene que contentarse con lo que se pueda alcanzar con medios relativamente escasos en un tiempo relativamente breve»[818]. En relación con lo anterior, *Volk* considera que «los conceptos teóricos sólo se rellenan parcialmente con contenido empírico», pues la dogmática emplea unas reglas de coordinación *(Zuordnungsregeln)* con la realidad cuya naturaleza es distinta a la de las ciencias empíricas[819]. El contenido empírico utilizado para *rellenar* el concepto jurídico-penal de dolo sería siempre de naturaleza objetiva, pues son los indicios objetivos los que hacen aplicable tal concepto[820]. En cualquier caso, en el proceso no puede alcanzarse nada más allá de la probabilidad, y el espacio que existe entre ésta y la verdad puede ser explicado pero no superado empíricamente. La explicación es, por tanto, normativa: el Derecho exige del juez una labor moral y, al convencerse éste de un hecho, asume la responsabilidad de la decisión[821].

También *Georg Freund* se ocupa de esta cuestión, considerando que no tiene por qué resultar erróneo seguir hablando de «verdad», aunque no debe olvidarse que la *verdad* que se consigue con la determinación procesal de los hechos, en la inmensa mayoría de los casos, no es una verdad histórico-empírica, sino una *verdad construida* con base en principios estrictamente normativos[822]. Entiende este autor que «el juez no está en condiciones de encontrar la verdad material, ni le sería lícito hacerlo aunque pudiera, pues no es un historiador que deba preocuparse solamente de acontecimientos pasados, sino que es alguien que hoy y aquí tiene que decidir sobre la culpabilidad o la inocencia de un acusado concreto. El *hecho pasado*, sólo posiblemente cometido (en sentido aristotélico), constituye en esta decisión simplemente el *punto de referencia,*

[818] VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 9.

[819] VOLK, «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, pp. 81-82.

[820] Afirma VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 617-618, que «el concepto de dolo está vinculado, por un lado, con otros conceptos del sistema penal y, por otro, con la realidad observable. Esta relación se da en dos niveles. En primer lugar, existen proposiciones teóricas que vinculan conceptos teóricos entre sí sin tomar contacto con la "realidad". Dos ejemplos: "el dolo pertenece al tipo subjetivo" o "el dolo subsiste aunque falte la consciencia del injusto". Éstas no son proposiciones respecto a las cuales se pregunte cómo se pueden probar en el proceso. Junto a ellas existen reglas de coordinación que vinculan conceptos teóricos con conceptos de la observación, preocupándose de este modo por la relación con la "realidad", con hechos y con datos (por ejemplo: "quien apunta con precisión y dispara, actúa dolosamente"). Con su ayuda puede responderse a la cuestión de la prueba».

[821] VOLK, *NStZ*, 1996, p. 106. Ello permite, por ejemplo, que el juez pueda resolver determinados casos con reglas sobre las que las ciencias empíricas no se han pronunciado.

[822] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 151-152. También concibe las afirmaciones sobre el tipo subjetivo en clave de *construcción* de realidades y no de descripción MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 195-196.

que sólo debe investigarse hasta un cierto grado»[823]. Añade este autor, que «la determinación de los hechos vista de esta manera no es en realidad otra cosa que *pura aplicación del Derecho*»[824].

En la doctrina italiana *Luigi Ferrajoli* se muestra partidario de la idea de verdad formal o procesal como objeto del proceso, una *verdad* «solamente probable y opinable», pero obtenida a través de reglas precisas y, por tanto, controlable frente a la arbitrariedad en que acaban desembocando los planteamientos que declaran perseguir una pretendida verdad sustancial[825]. Entiende este autor que defender la idea de que puede alcanzarse una verdad objetiva o absolutamente cierta es «una ingenuidad epistemológica», porque tampoco las teorías científicas «son calificables nunca como "verdaderas" en el sentido de que se pueda excluir con certidumbre que contengan o impliquen proposiciones falsas»[826]. La verdad que se busca en el proceso es, en tal medida, sólo una verdad aproximativa, a causa del carácter histórico, subjetivo y jurídicamente limitado de la investigación judicial. Sin embargo, este cambio de objetivo presenta dos notables ventajas. En primer lugar, actúa como barrera de las libertades del ciudadano frente a extralimitaciones en la pretensión punitiva del Estado[827]. En segundo lugar, permite emplear medios más racionales de comprobación y control en la búsqueda de la hipótesis con mayor capacidad explicativa[828].

[823] FREUND, *Normative Probleme*, p. 152 (cursiva en el original).

[824] FREUND, *Normative Probleme*, p. 152 (cursiva en el original). Desde la óptica de este autor (*ibidem*, p. 153), «*el objetivo* del proceso penal en lo que atañe a la determinación de los hechos no es *nunca* la inalcanzable *verdad material*, sino la consecución de unos resultados objetivos de la prueba relacionados con el hecho a probar que, junto con las condiciones del riesgo tolerado de una condena errónea, justifican una condena. Sólo enunciando claramente *este objetivo* se garantiza una correcta traslación del *programa de Derecho material* al proceso penal, se evitan fricciones y despropósitos y se dirige la vista hacia aquello en torno a lo cual realmente gira la cuestión: la *responsabilidad* del acusado *por* un *hecho en realidad* (en sentido aristotélico) *sólo posiblemente cometido*, a la *"culpabilidad"* que de esta manera se determina en el acusado» (cursiva en el original).

[825] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 45. En la doctrina española ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pp. 15-16, configura en términos de probabilidad la base de la convicción judicial, añadiendo que dicha probabilidad «ha de ser medida en términos de verosimilitud».

[826] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 50. En *ibidem*, p. 135, este autor afirma que «ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza inopugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. *No existen, en rigor, pruebas suficientes*» (cursiva en el original).

[827] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 51 ss. Sobre la verdad procesal como límite garantista, *ibidem*, p. 541 ss, esp. p. 546.

[828] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 63 y 143 ss. En *ibidem*, p. 604, este autor vincula su modelo de *verdad* a la versión acusatoria del proceso penal, que «concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario». Este modelo se contrapone a la búsqueda de la verdad *única* que, según este autor, preside el proceso inquisitivo. Sobre la mayor posibilidad de control de este modelo de conocimiento procesal, cfr. *ibidem*, p. 623.

A muchos de los planteamientos expuestos subyace una visión interaccionista del ideal de justicia, basada en el argumento de la verdad consensual[829]. Como indica *Díez Ripollés*, a estas perspectivas «les es común la idea de que la constatación de los elementos del delito en el proceso, y con mayor razón aún si se trata de elementos subjetivos, implica fenómenos de atribución o de imputación con frecuencia estrechamente condicionados por el contexto procesal en que se desenvuelven y en los que la idea de consenso entre partícipes desempeña casi siempre un papel mayor o menor»[830]. Al mismo tiempo, planteamientos de este tipo sitúan el objetivo del proceso a un nivel más asequible que el de la verdad material, de tal modo que ya en el plano teórico se atiende a la necesidad de que la aplicación de la sanción penal y los efectos que ésta comporta puedan realizarse de forma efectiva.

Puntos de vista como los anteriores tienen lógicamente sus repercusiones cuando se trata de acometer el estudio de los criterios que deben posibilitar la determinación procesal del dolo. Como se analiza en el siguiente subapartado, los autores que abandonan la idea de que tal determinación dependa de la averiguación de un dato de naturaleza psíquica, tratan de aportar nuevas pautas para establecer en qué casos alguien ha actuado dolosamente.

B.2. Concepciones normativas sobre la «determinación del dolo»

a) Panorámica doctrinal

Un primer desarrollo normativo mínimamente completo de la determinación procesal del dolo puede encontrarse en el pensamiento de *Hans Kelsen*, quien ya a principios de este siglo estableció que «la determina-

[829] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 193, haciendo expresivas ideas de *Habermas*. Cfr. también *ibidem*, p. 196, donde se caracterizan las concepciones interaccionistas con la idea de que «no podemos partir de un concepto de "realidad" independiente del término "expresión verdadera" con el que lo expresamos». Una perspectiva global de los planteamientos interaccionistas en relación con los elementos subjetivos del delito, en *ibidem*, pp. 192-235. Interesante también en este ámbito SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, p. 25 ss. Para una perspectiva global de las posturas interaccionistas resulta especialmente interesante la exposición de ALEXY, *Teoría de la argumentación*, pp. 110 ss y 156 ss, acerca de los planteamientos de autores como *Habermas* o *Perelman*. Una defensa del consenso como objetivo del proceso en GRASNICK, «Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozeß», en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 55 ss.

[830] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 192. Sobre las influencias interaccionistas en las perspectivas normativas, *ibidem*, p. 276 ss. Un claro ejemplo de estos planteamientos en KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 313, quien afirma que el objetivo del proceso penal es «una representación de la verdad común a todos los que en él participan».

ción de los procesos psíquicos no es misión de la Ciencia del Derecho, ni tampoco le resulta posible a ésta»[831]. Las enormes dudas de este autor sobre la capacidad de la psicología para reconstruir fidedignamente los procesos psíquicos humanos, le llevaron afirmar abiertamente que

> cuando en el tipo de injusto parecen incorporarse requisitos como «voluntad», «intención» u otros fenómenos psíquicos, éstos deben simplemente interpretarse como factores externos que resulten recognoscibles de forma objetiva al juez y que admitan como posible la hipótesis de los fenómenos psíquicos en cuestión. Lo que el juez debe determinar en ciertos casos no es la verdadera voluntad o la verdadera intención que pertenecen al tipo de injusto —que en absoluto puede constatar—, sino que lo que debe determinar son circunstancias externas con base en las cuales el juez presume de forma jurídica determinados fenómenos psíquicos[832].

Desarrollos teóricos similares a los de *Kelsen* no se encuentran hasta tiempos mucho más recientes en trabajos de autores como *Krauß, Schild* o *Hruschka*, quienes abordan el estudio de la determinación procesal del dolo desde una perspectiva abiertamente normativa. Así, el primero de ellos, *Detlef Krauß,* lleva hasta sus últimas consecuencias lo sostenido en su momento por *Bockelmann,* y no sólo defiende que «la dogmática reduce la problemática psicológica del dolo y tipifica este concepto en la superficie de las categorías socialmente comprensibles del conocer y el querer», sino también, que «el problema de delimitación de dolo e imprudencia *es* un problema de valoración *social* de un determinado hecho psicológico expresado *objetivamente* en una acción»[833]. Según este autor, en una teoría de la culpabilidad retributiva (la que desde su punto de vista rige en los actuales sistemas penales) «no sirve como pauta el modelo *de* hombre (empíricamente verificable), sino el modelo de hombre prescrito en los juicios de valor de la comunidad»[834]. Las teorías retributivas se basan en una visión del individuo como persona social, como miembro de la comunidad y, en tal medida, sólo visiones preventivo-especiales requerirían de la plena investigación de la personalidad del sujeto[835]. Todo parece indicar, pues, que son las finalidades de la pena las que establecen con qué modelo de verdad debe trabajarse en el ámbito

[831] KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 156.

[832] KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 157. Las dudas de este autor sobre la capacidad de la psicología en *ibidem*, pp. 156-157.

[833] KRAUß, *Bruns-FS*, pp. 26-27. Este autor repite con insistencia la idea de que al Derecho penal —especialmente en el ámbito del proceso— sólo le interesa una reconstrucción esquemática del hecho que permita solucionar una situación conflictiva y no un análisis profundo de todos los elementos que en él concurren, como podría ser el objetivo de ciencias como la criminología; cfr. también EL MISMO, «Kriminologie und Strafrecht», en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, p. 255 y 257-258.

[834] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 23 (cursiva en el original).

[835] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 25.

del proceso y, en este sentido, la finalidad que auténticamente rige en la actualidad no requiere que la realidad psíquica del acusado se indague hasta el último detalle[836].

Según *Krauß*, cuando desde el Derecho penal se analiza el tipo subjetivo de un hecho perturbador, se juzga al sujeto de acuerdo con el patrón de lo que se considera un «hombre normal», planteándose la pregunta de qué habría conocido éste en la misma situación y circunstancias objetivas que el autor concreto. En tal sentido la real subjetividad del individuo no interesa, es decir, no importa si éste *realmente* conoció, sino si desde un punto de vista valorativo dicho conocimiento se habría dado en una persona normal[837]. Si la respuesta es afirmativa basta con ello para entender que existe un hecho objetiva y subjetivamente perturbador que se hace merecedor de la pena de los delitos dolosos. A grandes rasgos, pues, las ideas de este autor pueden resumirse con la frase de que al Derecho penal le basta con valorar un hecho como socialmente doloso para imponer la pena del dolo[838].

Según *Wolfgang Schild*, la definición tradicional de dolo como «conocer y querer» se ha ido desvirtuando de tal modo con el transcurrir de

[836] Afirma KRAUß, *Schaffstein-FS*, pp. 417-418, que «el hecho, como fundamento de la sentencia, ya desde un principio no se toma en consideración como un acontecimiento personal y social en toda su complejidad, sino que, por contra, la dogmática del Derecho material y la regulación del proceso se dedican deliberada y conscientemente a la "reducción de la complejidad"», una expresión tomada de *Luhmann*, de acuerdo con la cual la función de la dogmática es «la disminución "sistemática" de problemas». Según *Krauß*, el Derecho penal siempre se ve obligado a actuar en poco tiempo, pero suministrando a la vez puntos de orientación a los ciudadanos. Dichos puntos de orientación no se basan en la compleja y variada realidad, sino en la uniformidad de modelos ideales de acontecimientos sociales. «La justificación dogmática para este "déficit de realidad", la proporcionan las cláusulas generales de la igualdad en el Estado de Derecho y la calculabilidad *(Berechenbarkeit)*».

[837] Según KRAUß, *Bruns-FS*, p. 22, en un concepto de injusto que siga el modelo del finalismo se tiene que producir una objetivación del dolo, pues «su contenido viene establecido por las categorías valorativas de la observación social (...) el dolo se define, por así decirlo, hacia atrás: el suceso externo de una perturbación social marca su contenido, busca su correspondencia en el cuadro de representación del autor y pregunta si la dirección de la acción con el resultado de una perturbación social es el resultado de un proceso voluntario. La pregunta dirigida al contenido de la acción "¿lo hizo con voluntad?" propone justo lo contrario a un esclarecimiento psicológico de la estructura de la motivación, pues sólo exige como respuesta la explicación sobre si el autor (en sentido social) ha actuado de modo voluntario o lo ha hecho por descuido».

[838] KRAUß, *Schaffstein-FS*, pp. 418-419: «el hecho no se investiga sólo en sus condiciones y conexiones científicas comprensibles socialmente, sino en sus repercusiones entendidas como una perturbación experimentable por la generalidad del orden social». No parece alejado de estas últimas ideas SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 15, cuando sostiene que «la afirmación de que una acción ha sido dolosa significa, ante todo, que se interpreta como dolosa la orientación de la acción de un individuo». Por contra, se muestra crítico ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 53, quien acusa a *Krauß* de «hacer de la necesidad virtud», al defender que a la dogmática le importa bien poco la realidad psicológica.

los años, que ya difícilmente puede seguir afirmándose que dichos datos se buscan como realidades psíquicas en la cabeza del sujeto, sino que han devenido un constructo normativo que se decide «en la cabeza de los juristas»[839]. Según este autor, la posibilidad de mantenimiento de la fórmula clásica pasa por abandonar la idea de que con ella se debe «encontrar» o «deducir indirectamente» un determinado dato psíquico; en realidad, de lo que se trata es de trabajar las diversas formas y estrategias de atribución de responsabilidad[840]. Sin embargo, *Schild* no aporta criterios concretos para determinar la concurrencia de dolo más allá de la exigencia de que en el acusado se constate «un determinado conocimiento de las circunstancias del suceso, un cierto pronóstico sobre el propio poder de actuación, una determinada decisión de actuación, una identificación específica con lo que va a suceder (aunque el autor haya deseado, anhelado o rezado para conseguir otro resultado), esto es, un "conocimiento" práctico que devenga "voluntad"»[841].

Mucho más explícito resulta, desde luego, el punto de vista de *Joachim Hruschka*, uno de los autores que acoge de modo más entusiasta la idea de que, cuando se afirma por parte de los tribunales que un determinado hecho se ha cometido dolosamente, no se constata realidad psíquica alguna[842]. La vía que sigue este autor para llegar a tal conclusión pasa por analizar en detalle la verdadera naturaleza de la prueba de indicios, para así demostrar cómo el planteamiento psicológico no rige en la práctica. *Hruschka* plantea el siguiente ejemplo:

> el acusado, vendedor en una tienda de armas, adulto, sin ningún problema psíquico y con una agudeza visual normal (no corto de vista), fue observado por testigos dignos de crédito sosteniendo una escopeta de caza en dirección a la posterior víctima. Ésta se encontraba dentro del campo de visión del acusado, sin que objeto alguno obstaculizara su capacidad visual. Dicho acusado cargó el fusil y accionó el gatillo, saliendo una bala que alcanzó a la víctima en el corazón, muriendo ésta en el acto. En el proceso el acusado se niega a declarar (...) su defensa alega que actuó sin dolo porque *no sabía* que con la bala fuera a matar o lesionar a alguien[843].

[839] SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 132-133. Según este autor el proceso de desnaturalización de la definición del dolo es atribuible a construcciones doctrinales como la valoración paralela en la esfera del profano o la co-consciencia, en la vertiente cognitiva, y las diversas teorías del dolo eventual, en el aspecto volitivo.

[840] SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 135-136. Tales ideas ya se expresan en EL MISMO, *AK-StGB*, previo al § 13, n.º marg. 168, donde se afirma que la voluntad en sentido jurídico-penal no es un hecho psíquico, sino «un concepto de reflexión relativo a la responsabilidad».

[841] SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, p. 136.

[842] El trabajo donde este autor desarrolla de forma más detallada su punto de vista es HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 191 ss. En España CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 510, muestra un especial interés por este trabajo, cuya argumentación califica de «persuasiva».

Para rechazar la pretensión de la defensa y condenar por homicidio, entiende *Hruschka* que, a falta de ulteriores pruebas, cualquier tribunal argumentaría de la siguiente manera:

> un adulto centroeuropeo normal sabe por regla general, y más aun si despacha en una tienda de armas, qué es una escopeta, cómo debe manejarse y cómo disparar a un blanco. Sabe, igualmente, que un disparo contra otra persona es peligroso para ésta y, según en qué circunstancias, incluso peligroso para su vida. Por todo ello debe concluirse que el acusado, que cumple todos y cada uno de estos requisitos, fue consciente de la peligrosidad de su comportamiento para la vida de la víctima.

Es evidente que en estos casos el hecho puramente interno «conocimiento» se deduce por completo de circunstancias externas[844]. *Hruschka* considera que los antiguos argumentos *ex re* han desaparecido formalmente del actual lenguaje jurídico, pero siguen siendo utilizados por los tribunales y por todas las personas en la vida cotidiana:

> cuando alguien palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo (...) cuando alguien lanza flechas en dirección a un diana y siempre acierta en el punto central, deducimos que está apuntando y que tiene, por tanto, la intención de enviar la flecha al centro de la diana. Estos ejemplos podrán parecer extravagantes a muchos lectores (...) pero no sucede nada distinto cuando en un caso deducimos a partir de elementos "externos" que el acusado fue consciente de su hecho y de sus circunstancias relevantes y que, por tanto, actuó dolosamente[845].

Según este autor, «aunque las confesiones o las circunstancias "externas" sean o puedan ser (meros) indicios para afirmar el dolo, ninguno de estos indicios es un indicio *bastante* para dicha afirmación, por lo que se plantea entonces la pregunta sobre en qué medida un cúmulo de indicios insuficientes puede aportar la "prueba" del dolo», pues «los simples indicios siguen siendo simples indicios, por mucho que se acumulen»[846]. Desde su perspectiva, debe reflexionarse sobre la idea de que «no "existen" hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que "existen" hechos "externos". "Existen" en tan escasa medida como "existe" la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aun más sencillo si pensamos en que ningún científico natural, *en tanto que tal*, daría con estas co-

[843] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194 (cursiva en el original).

[844] Cfr. HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194.

[845] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 197.

[846] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 200 (cursiva en el original).

sas»[847]. Concluye *Hruschka* afirmando que, «como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que *se imputa*. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*»[848].

b) Posturas normativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la inmensa mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español no se aprecia una especial preocupación por los problemas teóricos que plantea la determinación procesal del dolo. En este ámbito, como ya se ha apuntado, la jurisprudencia suele partir de que el conocimiento en que se asienta la imputación dolosa es un dato psíquico oculto en la conciencia del sujeto, aunque ello no impide que éste pueda ser deducido o inferido a través de la prueba de indicios. Por regla general, el Tribunal Supremo no suele dar una gran importancia al margen de error que se asume en toda reconstrucción de hechos psíquicos a través de indicios objetivos y, en cualquier caso, considera que el criterio decisivo es la convicción del juez mientras ésta no resulte arbitraria[849].

[847] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 200-201 (cursiva en el original) donde se añade la idea de que «en la terminología del *Wittgenstein* tardío: libertad, acciones, responsabilidad, culpabilidad y dolo no aparecen en el *sprachspiel* del científico natural y, por tanto, no los podemos tratar como hechos y tranquilizarnos pensando que son hechos especiales o hechos internos». GRASNICK, *Über Schuld, passim*, emplea argumentos similares en el ámbito de la culpabilidad. Muy interesantes también las consideraciones de KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 5 ss. Crítico con *Hruschka*, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 274 (nota 37), quien afirma que «las dificultades de la prueba procesal no pueden confundirse con la no existencia de la realidad misma».

[848] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 201 (cursiva en el original). Añade este autor que «los defensores del *dolus ex re* lo habían visto y sólo resulta errónea su interpretación del *dolus ex re* como una conclusión sobre la prueba de hechos "internos" a partir de hechos "externos"». De acuerdo con estas ideas, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 237-238 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 72: «dado el carácter subjetivo del elemento conocimiento y dada la imposibilidad de constatación empírica, éste deberá ser imputado al sujeto en base a los datos externos o indicadores que sí se prestan a este tipo de constatación». En idéntico sentido, *ibidem*, p. 54: «los elementos que conforman el dolo no pueden ser investigados y probados, sino sólo imputados». En línea similar, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 1, afirma que los enunciados acerca del dolo de otra persona no deben ser observados como juicios teóricos sobre cómo es una realidad presente o pasada, sino como juicios prácticos que indican cómo debe ser interpretada la conducta de nuestros semejantes. JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 139 (nota 18), critica a *Hruschka* que «esta adscripción se produce como consecuencia de "circunstancias externas", "de hechos objetivamente constatados" y de ahí que presente una vinculación naturalística». VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 617 (nota 33), afirma que la idea de *Hruschka* de la imputación del dolo sólo es «la verdad a medias». Cfr., asimismo, MYLONOPOULOS, *ZStW*, 99 (1987), pp. 687-688.

[849] Un ejemplo especialmente ilustrativo de estas ideas en la STS de 21 de febrero de 1994 (A 1551, ponente Soto Nieto), en la que se afirma que determinados datos objetivos

Por estos motivos, tiene un notable interés la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1987, en la que este Tribunal reconoce que, en la indagación de un hipotético *animus necandi*, «no es posible utilizar un método "ad intra" tratando de penetrar e interiorizar en el intelecto del agente», sino que debe emplearse «un método "ad extra", acudiendo y atendiendo a los actos exteriorizativos de esa incógnita intención que tengan naturaleza objetiva y que permitan, dentro de la fiabilidad del criterio humano, con la menor posibilidad de errar, llegar a la conclusión de si, el sujeto activo, en la ocasión de autos, actuó guiado por un *animus necandi*»[850]. En una línea similar, en su sentencia de 21 de febrero de 1987 el citado Tribunal habla explícitamente de «imputación» del *animus necandi*, de la imposibilidad de contar con un «conocimiento empírico directo» de los propósitos de un sujeto y del recurso a los indicios objetivos y a las «reglas del sano criterio» como «una deducción razonablemente firme no equiparable, sin embargo, a la absoluta certeza»[851].

La dinámica general de la jurisprudencia encuentra probablemente su más notable excepción en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989[852]. Dentro de la fundamentación jurídica de esta resolución se afirma que «el *desideratum* del principio de culpabilidad básico en materia de Derecho Penal sería el poder determinar el individual estado de consciencia o intencional de la persona a quien se impute un delito», pero «ello es imposible en el actual momento histórico y grado de desarrollo de las ciencias del conocimiento». A juicio del Tribunal, «razones de seguridad jurídica colectiva, en tanto en cuanto el adelanto de la ciencia no permita un mayor conocimiento de lo que pasa en la mente de una persona», hacen necesario acudir a otros criterios, «aun a sabiendas de lo erróneo y, en consecuencia arbitrario, que en ocasiones puedan resultar los juicios de valor que se formulen». En este sentido, la única manera de «inferir tales elementos anímicos es atender a los datos objetivos sensorialmente perceptibles», acudiendo «a consagradas fórmulas generales de mensuración, como son las acuñadas en los conceptos más o menos tópicos como son v.g. "la diligencia de un buen padre de familia", la conducta que seguiría "el hombre medio" etc.», o juzgando «la conducta del inculpado por lo que en análoga situación conocería cualquier persona normal».

son «estimables referencias capaces de reconducirnos al estado anímico del sujeto, permitiendo pasar de la apreciación del haz de datos objetivos y externos, desentrañando su verdadera y oculta significación, al conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad alumbradora e impulsora de sus actos».

[850] A 5550, ponente Vivas Marzal.

[851] A 1276, ponente Jiménez Villarejo.

[852] A 6243, ponente García Miguel. La defensa de un condenado por rufianismo recurrió en casación alegando que su representado había incurrido en un error de prohibición.

En el texto de esta resolución se plasman ideas ya puestas en evidencia por algunos de los autores mencionados en el subapartado anterior. Ante todo, tiene un especial interés la idea de que determinadas necesidades colectivas obligan a acudir a criterios de determinación de los elementos subjetivos que incorporan un cierto margen de error con respecto a la que fuera realidad psíquica del sujeto activo[853]. Este modo de ver las cosas, como se mostrará seguidamente, no está exento de puntos críticos. Sin embargo, debe reconocerse que, en cualquier caso, en esta sentencia se consigue describir con una elogiable honestidad científica la disyuntiva en que se encuentra todo aplicador jurídico en el momento de constatar la efectiva concurrencia de determinados elementos de naturaleza subjetiva.

IX.4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS

En toda propuesta teórica basada en ideas como las expuestas en los subapartados anteriores es posible encontrar dos puntos especialmente problemáticos: el primero de ellos afecta a la legitimidad de tales ideas; el segundo a sus condiciones concretas de aplicabilidad. Los *problemas de legitimidad* que plantean las concepciones normativas de la «determinación del dolo» son evidentes. Aunque probablemente los autores que las defienden estén describiendo de forma correcta cómo se realiza la determinación de los *hechos subjetivos* en la actual práctica del proceso penal, éste no es un argumento por sí solo convincente para afirmar, desde un plano teórico, que deba ser también éste el modelo ideal de funcionamiento. Defender que los objetivos del proceso no sólo *son*, sino que también *deben ser*, la «verdad social» o la «verdad construida», plantea el problema de que se admiten por principio posibles divergencias entre dichas «verdades» y la realidad efectivamente acaecida. Ello implica que en toda condena se asume conscientemente un riesgo de error y, por tanto, de instrumentalización del condenado, una afirmación inquietante sobre cuya legitimidad se plantean serias dudas.

El segundo problema surge a raíz de algunas afirmaciones de *Krauß, Schild* o *Hruschka* y no viene dado tanto por lo que puede considerarse un desarrollo teórico erróneo, como por un *desarrollo teórico incompleto*. En efecto, para que un planteamiento normativo resulte aceptable, no basta con afirmar que el dolo no se determina acreditando un dato psíquico, sino que se imputa: además debe explicitarse con base en

[853] Unas ideas que, en cierto modo, se expresan también en argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias. Cfr., al respecto, *infra* nota 861.

qué criterios debe llevarse a cabo dicha imputación y por qué deben utilizarse éstos y no otros. Estas ideas pueden hacerse extensivas a los argumentos empleados en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989 citada en el subapartado anterior. También en referencia a esta concreta resolución lo que debe analizarse es si las valoraciones de datos objetivos en que se asienta la «determinación del dolo» deben implicar siempre un cierto grado de arbitrariedad, como sostiene el propio Tribunal.

Al análisis de estos dos tipos de problemas —relativos a la legitimidad y a la aplicabilidad de las concepciones normativas— se dedican los siguientes apartados, en los que deberá prestarse una especial atención a algunas de las propuestas teóricas defendidas para su superación.

A) Problemas de legitimidad

A.1. Planteamiento

Así como nadie parece atreverse a discutir la plena legitimidad teórica de los planteamientos psicológicos sobre la «determinación del dolo», sino sólo su aplicabilidad, a quienes pretenden apartarse de éstos se le achaca, como crítica fundamental, déficits de legitimidad en su postura[854]. *Muñoz Conde*, por ejemplo, afirma que «cualquier tipo de valoración (sea puramente normativa o producto de planteamientos psicológico-colectivos o interaccionistas) tiene que partir de la realidad psíquica a que se refieren los elementos subjetivos», porque ésta es la única manera de «evitar aberraciones»[855]. El hecho de que las perspectivas normativas renuncien a la subjetividad del autor penal y empleen criterios de corte objetivo, como el sentido social de la conducta realizada, también es una fuente de críticas. Así, afirma *Ecker* que «toda objetivación significa un acercamiento al Derecho penal del resultado y hace presagiar un conflicto con el principio de culpabilidad»[856].

En esta misma línea, las críticas no sólo pueden dirigirse a la objetivación de los criterios de atribución del dolo, sino también contra el modelo ideal de sujeto con el que, en palabras de *Krauß,* trabajan las

[854] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 300, entiende que, además, el punto de vista normativo «carece de una fuente metodológica única ajena a la propia reflexión dogmática jurídico-penal a la que reconducirse».

[855] MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13. Añade el primer autor (*ibidem*) que «cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica». Otros argumentos en defensa de la idea de que sólo los planteamientos psicológicos cuentan con una plena legitimidad en *supra* VII.2.

[856] ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 92.

instancias aplicadoras del Derecho penal[857]. Así, por ejemplo, *Reinhart Lempp* entiende que dichas instancias operan con un modelo de sujeto «mentalmente sano», que en todo momento conserva el «dominio sobre sus determinaciones», un modelo que, sin embargo, raras veces concurre en la práctica. Yendo incluso más allá, según este autor la alternativa entre individuo «psíquicamente sano y, por tanto, en condiciones de cumplir las exigencias normativas de capacidad de comprensión y control, o psíquicamente enfermo y, en consecuencia, con nula o escasa capacidad de comprender y controlarse, resulta *simplemente irreal*»[858]. También esta visión simplificada del hombre es una manifestación más del objetivismo de las visiones normativas: éstas no se basan en un modelo individualizado de persona a la que vayan a tomarse en cuenta todas las peculiaridades psicológicas, sino en un patrón objetivo basado en la figura del *hombre racional medio*, cuya concurrencia se presume en todos aquellos sujetos capaces de culpabilidad[859].

Evidentemente, cualquier objetivación implica un cierto alejamiento de la auténtica realidad subjetiva del acusado que, a su vez, incorpora un lógico margen de error entre los resultados del juicio objetivo de atribución y la auténtica realidad psíquica del individuo. La principal base para legitimar tal margen de error a la que suelen acudir los planteamientos normativistas es la necesidad de que el Derecho penal no deje de producir determinados efectos: puesto que la realidad efectivamente acaecida no puede conocerse o, por lo menos, en su conocimiento nunca se desvanecen todas las dudas, nunca podría llegarse a una condena, aunque sólo fuera por la vigencia del *in dubio pro reo*. Ello llevaría, como afirma *Freund,* «a convertir el Derecho penal en un instrumento inefectivo para el control social»[860]. La consecuencia que de aquí se extrae es evidente: si quiere atribuirse al Derecho penal algún tipo de posibilidad de intervenir efectivamente en la sociedad, no sólo debe renunciarse a la búsqueda de la «realidad psicológica», sino que debe aceptarse que, en el ámbito del proceso, y por lo que respecta a los elementos subjetivos, basta con determinar «algo distinto» a ciertos fenómenos psíquicos pretéritos acontecidos en el fuero interno del acusado.

[857] Sobre el planteamiento de *Krauß*, cfr. *supra* IX.3.B.2.a.

[858] LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 198 (cursiva en el original).

[859] Cfr., en este sentido, las críticas que se formulan a este modelo ideal desde el punto de vista de las ciencias empíricas en PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 35 ss. Véase igualmente SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, pp. 216-217, donde se defiende la idea de que en los interrogatorios a los acusados de homicidio se parte también de un modelo de sujeto racional que no necesariamente se corresponde con la realidad del acusado en el momento de comisión de los hechos.

[860] FREUND, *Normative Probleme*, p. 6. Algo ya advertido por LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, p. 145: una aplicación estricta de la prueba de los *facta interna* no permite ir mas allá, en la inmensa mayoría de los casos, de la apreciación de un delito imprudente.

Una vía para dotar de legitimidad a la perspectiva normativa puede pasar, como ya se ha apuntado, por la idea de que, si no se renuncia a la realidad psicológica como objetivo del proceso, el Derecho penal devendría inefectivo y los perjuicios que se derivarían de tal inefectividad para el conjunto de la sociedad serían globalmente superiores a los que pueden causarse imputando dolo a algunos sujetos que, tal vez, no hayan contado de un modo efectivo con los conocimientos requeridos por semejante título de imputación[861]. Este argumento de defensa social, sin embargo, no consigue eliminar el riesgo de que en determinados casos concretos la instrumentalización persista: los beneficios sociales que (pretendidamente) reporta la imposición de la pena son satisfechos (y a qué precio) sólo por unos pocos sujetos, cuya designación obedece a criterios que se antojan, si no necesariamente arbitrarios, sí inadecuados desde el punto de vista del respeto a la dignidad del individuo. La crítica de la instrumentalización permanece como un escollo especialmente problemático para las perspectivas normativas. En palabras de *Sessar*, un Derecho penal que delinea los conceptos en que se asienta el dolo prescindiendo de una base psicológica, crea únicamente «instrumentos de retribución por el hecho cometido», de dudosa legitimidad y validez en sistemas que se declaran respetuosos con la dignidad de la persona[862].

En el ámbito del dolo, a todas estas críticas subyace un temor: renunciar a la real subjetividad del autor como punto de referencia para la constatación del conocimiento entraña el peligro de que, en un número mayor o menor de supuestos, pueda llegar a afirmarse que un sujeto conoció (o quiso) algo que *realmente* no conoció (ni quiso). La idea es expresada con especial plasticidad por *Freund*:

> dado que las normas sancionadoras sólo prevén la pena para el caso en que realmente se hayan dado sus requisitos fácticos, cualquier renuncia al ideal de la reconstrucción absolutamente segura de la verdad material acarrea desde un principio un determinado *riesgo de juicio erróneo*. Esta resignación consciente a la condena de inocentes requiere, por encima de todo, *legitimación*[863].

[861] Conviene volver a citar los argumentos sostenidos en la STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre): «la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social».

[862] SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, p. 216.

[863] FREUND, *Normative Probleme*, p. 1 (cursiva en el original). Cfr., igualmente, *ibidem*, p. 58.

Añade este autor que «el problema del riesgo de juicio erróneo tiene una especial entidad en la comprobación de hechos psíquicos ajenos. En este ámbito, como en ningún otro de los referentes a la "averiguación de los hechos", la renuncia a la comprobación de la verdad material es especialmente palpable, así como el riesgo de un juicio erróneo»[864]. Sin embargo, no debe perderse de vista que el riesgo de error es algo común a toda la actividad judicial en el momento de fijación de los hechos probados[865].

La idea del «riesgo de juicio erróneo» expresada por *Freund* resulta muy ilustrativa y permite centrar claramente dónde radican los problemas de legitimidad de las concepciones normativas del proceso en general y, en particular, de la determinación procesal del dolo. Este mismo autor, y otros como *Andreas Hoyer* o *Ulrich Stein*, han intentado en los últimos tiempos aportar argumentos que permitan legitimar la aceptación consciente de dicho riesgo por parte de los aplicadores del Derecho. La característica común a todos estos autores es que en sus trabajos desaparece el temor a llamar a las cosas por su nombre y a admitir sin tapujos que a la eficacia del Derecho penal le es inherente un cierto margen de error. Aceptar en el plano teórico lo que en realidad no es otra cosa que, simplificando, *el riesgo de condena de posibles inocentes*, parece mucho menos atractivo que hablar de «verdad material» o de «realidad psicológica». Sin embargo, resulta mucho más ajustado a las limitadas capacidades de conocimiento de los intervinientes en el proceso, a la praxis cotidiana y, por tanto, al *auténtico* Derecho penal.

[864] FREUND, *Normative Probleme*, p. 3. Cfr. la afirmación de que en toda práctica de la prueba existe una «fuente adicional de errores» en KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 3-4. La idea de la existencia de un riesgo de error también es compartida por WALTER, *KrimJ*, 1981, p. 210, quien entiende que no puede eliminarse el problema que supone el hecho de que la determinación de fenómenos psíquicos (en concreto, los motivos) se lleva a cabo mediante una reconstrucción *a posteriori* que no tiene por qué corresponderse con los hechos psíquicos que realmente se han dado.

[865] Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios*, p. 710, ningún tipo de prueba asegura un resultado exacto, «estando ínsita la posibilidad de error a todo juicio humano». La idea de que el riesgo de error es más elevado en la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito responde sólo a una intuición, pues el cálculo de márgenes concretos de error requeriría cotejar los resultados obtenidos con la realidad efectivamente acaecida, una tarea que no se tiene por posible. Sobre el margen de error de la actividad probatoria en general, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43: «certeza en materia criminal no es más que la probabilidad, puesto que siempre queda un margen de error». MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 59, admite que dicho margen, como en todas las actividades humanas, tampoco puede eliminarse en la acción de la justicia.

A.2. Intentos de superación

a) El planteamiento de Georg Freund

Georg Freund es, hasta el día de hoy, el autor que de un modo más exhaustivo ha abordado la problemática de la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito, tratando de aportar una propuesta teórica completa y convincente para su resolución[866]. Según este autor, en prácticamente toda determinación procesal de los hechos psíquicos en que se basa el dolo existe un riesgo de error, de tal modo que una aplicación estricta del principio *in dubio pro reo* debería llevar a absolver siempre y en todo caso y, en tal medida, el Derecho penal devendría un instrumento totalmente inefectivo para el control social[867]. Desde su perspectiva, el que pueda considerarse legítimo dictar condenas por delito doloso depende de que se cumplan dos condiciones básicas: en primer lugar, que se trate de reducir hasta donde sea posible las eventuales divergencias entre los hechos que se dan por probados y los hechos efectivamente acaecidos. En segundo lugar, que se consiga legitimar normativamente la posibilidad de condenar pese al inevitable riesgo de error que, en cualquier caso, siempre va a permanecer[868].

Según *Freund*, dentro de las reglas de experiencia que se utilizan en el ámbito de la prueba indiciaria cabe distinguir, por un lado, los enunciados que declaran *segura* la existencia de una realidad a partir de la prueba de determinados indicios y, por otro, aquellas reglas que establecen que, dados ciertos indicios, la existencia de un hecho sólo se considera *probable*[869]. El principal problema de estas últimas reglas —que son

[866] FREUND, *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 233 (nota 2), considera injusta la escasa atención que hasta el momento presente ha merecido, incluso en Alemania, el trabajo de su colega *Freund*.

[867] FREUND, *Normative Probleme*, p. 6. Igualmente parecen dirigirse en tal sentido las consideraciones de KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 149 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 268: «la clase de problema con que se encuentra la praxis jurídico-penal se hace evidente cuando se advierte que la psique ajena no resulta accesible a la experiencia inmediata. Por este motivo, el cumplimiento literal de dos principios pertenecientes a nuestra justicia penal —el principio material de culpabilidad y el principio procesal "in dubio pro reo"— comporta el riesgo de convertir el Derecho penal en un instrumento ineficaz para el control social, a no ser que se quiera transformar el principio de culpabilidad en algo meramente abstracto».

[868] FREUND, *Normative Probleme*, p. 58, habla explícitamente de la necesidad de legitimar «un riesgo consciente (permitido) de condena de inocentes».

[869] Trasladado al ámbito del dolo, estos últimos son los enunciados en que se afirma que *por regla general*, dado el hecho A el sujeto conoce B; cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 17 y *supra* VII.3.C.2. Como afirma FREUND, *ibidem*, pp. 18-19, cuando el juez trabaja de modo sucesivo con reglas de las que sólo se desprende probabilidad, lo único que hace es ir acumulando probabilidades. Un problema añadido es que para la gran mayoría de reglas de experiencia no existe una cuota de exacta probabilidad, sino que lo

mayoría en la práctica— radica en que no permiten alcanzar aquel grado de certeza sobre la existencia de un determinado hecho que en principio exige toda condena: con su empleo no se descarta la posibilidad de que el caso concreto que se está enjuiciando sea uno los supuestos que cae dentro de lo considerado improbable[870]. De todos modos, si se profundiza un poco más en la naturaleza de estas últimas reglas, se advierte que el hecho de que no conduzcan a resultados seguros se debe, sencillamente, a que su vigencia general está sujeta a posibles excepciones.

Evidentemente no es posible poner por escrito todas las excepciones que puede tener una regla de experiencia en abstracto, pero *Freund* considera que ello sí es factible en referencia a un caso concreto. En este sentido, la tarea que compete al juez es formular posibles alternativas a determinadas hipótesis de probabilidad y verificar si, analizadas dichas alternativas en el caso concreto, la hipótesis se mantiene o se refuta: el método a seguir consiste, según *Freund,* en la *exclusión de alternativas*[871]. Para que ello sea posible, debe llevarse a la prueba de indicios todas las circunstancias objetivas que puedan ser relevantes para excluir una determinada hipótesis de probabilidad, tanto las referidas a la situación fáctica, como a la personalidad del acusado[872].

La aplicación del método de eliminación de alternativas puede llevar a diversos resultados[873]. Básicamente puede distinguirse entre aquellos casos en que consigue descartarse todas las excepciones posibles a la regla y aquellos otros en que, o bien siguen siendo imaginables explicaciones alternativas, o el sentido de los resultados a los que se llega no resulta inequívoco. En la primera situación —*a priori* óptima— permanecen, no obstante, dos interrogantes[874]: la duda filosófica (aquélla según la cual estrictamente no es posible conocer nada) y la posibilidad de que en el futuro se descarte lo que hoy se consideran conocimientos seguros[875]. En los supuestos en que ni siquiera haya conseguido eliminarse todas las explicaciones posibles, la permanencia de dudas es, desde luego, todavía más evidente, y éstas van más allá de las dos citadas.

Freund entiende que la posibilidad de condenar pese a la existencia de un riesgo de error sólo puede aceptarse si existen reglas que obliguen al juez a no dar relevancia a determinadas dudas. Deben existir, por tanto, unas *normas de decisión* que excluyan ciertas dudas del ámbito de vigencia del *in dubio pro reo*[876]. El autor analiza las características que, desde un punto de vista normativo, deben reunir tales normas y llega a la conclusión de que éstas deben cumplir, básicamente, dos requisitos: en primer lugar, el riesgo de error que se asuma no puede acarrear el peligro de que la imposición de la pena genere efectos negativos desde un prisma especial o general-preventivo[877]; en segundo lugar, debe poder hacerse responsable de tal riesgo al mismo acusado, pues sólo en este caso no se le estará tratando como un simple objeto del proceso, sino como un sujeto que debe ser tomado en serio[878].

único que puede afirmarse es que existen posibles excepciones a la regla, sin que tampoco sea posible cuantificar su número.

[870] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 20-21.

[871] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 22-23. La eliminación de alternativas consiste, expresado con otras palabras, en plantearse las posibles excepciones a una regla y, seguidamente, comprobar en el caso concreto si concurren los presupuestos fácticos en que se basan tales excepciones. Se muestra de acuerdo con la idea de que para la constatación del tipo subjetivo debe recurrirse a la eliminación de alternativas, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 560. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos,* p. 324, entiende que el método por el que aboga *Freund*, «presenta la ventaja de resultar coherente con la tendencia jurídico-penal a hacer aproximaciones por vía negativa, esto es, por vía excluyente, a la realidad, cuando se aprecian dificultades para acceder a ella». En la doctrina española MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, pp. 250-251, parece postular un método parecido al propuesto por *Freund.*

[872] FREUND, *Normative Probleme*, p. 41; no obstante, afirma este autor que ello no parece posible en aquellos procesos en que, por motivos de tiempo o costes, no sea posible una reconstrucción exhaustiva de la base objetiva. Dicha imposibilidad también necesita de legitimación normativa. *Freund* (*ibidem*, pp. 42-43) tampoco pasa por alto que no todo método es legítimo para obtener tales circunstancias objetivas y que legalmente existen una serie de prohibiciones sobre la práctica y la valoración de determinadas pruebas, lo que supone un segundo momento de quiebra respecto a la exigencia de que se averigüe la verdad material.

[873] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 44-46.

[874] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 56-57. Más adelante (*ibidem*, p. 58), este autor reconoce que la situación óptima «en el ámbito del tipo subjetivo normalmente no se satisface». Ideas de este tipo ya pueden encontrarse en la jurisprudencia del *Reichsgericht*; cfr. al respecto A. SCHMIDT, *Grundsätze*, pp. 79-80.

[875] Acerca de los interrogantes citados *supra* resultan especialmente interesantes las consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 27-28: «no se puede descartar que en esa representación acerca de cómo *es* la realidad se interfiera un juicio (normativo) acerca de cómo dicha realidad *debería ser*», atribuible a que el acceso del hombre a dicha realidad «nunca es objetivo, sino subjetivo y parcial». MITTERMAIER, *Tratado*, p. 77, sostiene que «un amigo severo de la verdad deberá reconocer que la certeza, con la que debe forzosamente contentarse, no se exime del vicio de la humana imperfección, y que siempre puede ser suponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero. Siempre, en fin, la imaginación fecunda del escéptico, lanzándose en lo posible, inventará cien motivos de duda». F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 28, afirma que «querer lograr la absoluta exclusión de la duda, es algo que se prohíbe a sí mismo toda persona que haya seguido la historia del saber humano». Respecto a la posibilidad de futuros cambios en el conocimiento, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 86: «lo que falsamente aparece como increíble ante la ignorancia de una generación, puede presentarse exactamente como creíble a los conocimientos de la generación posterior».

[876] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 59-61. La idea se repite en el comentario de este autor a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156), en *StV*, 1991, p. 25, donde se afirma que «pese a la existencia de dudas perfectamente determinadas, existen normas jurídicas que deciden sobre si deben darse o no por constatados determinados hechos».

[877] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 64-66.

[878] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 69-70. Entiende este autor (*ibidem*, pp. 65-67), que una condena pese al riesgo de error sólo es legitimable si la concreta atribución

En relación con el primer requisito, afirma *Freund* que las condenas pese a la permanencia de la duda filosófica no atentan contra la idoneidad o la necesidad de la pena para el mantenimiento del orden social y que, al contrario, una renuncia general a condenar que se basara en la duda filosófica llevaría a un deterioro de las condiciones de la vida en común: el Estado debería abandonar su función de protección, lo que no sólo afectaría a la colectividad, sino también al concreto individuo condenado bajo duda. Además, la duda filosófica es inmanente al principio de culpabilidad y no por ello la Constitución deja de formularlo. En definitiva, el Derecho debe renunciar a tomar en consideración esta duda si no quiere abandonar su condición de Derecho, por lo que *Freund* entiende que existe una norma de decisión que obliga al juez a condenar pese a ella[879]. Los mismos argumentos sirven para aceptar que se condene pese a los interrogantes que plantea la duda sobre si futuros desarrollos científicos van a invalidar conocimientos que hoy en día se tienen por seguros[880]. Sin embargo, con estas afirmaciones sólo se legitiman las condenas en que haya conseguido descartarse todas las posibles excepciones a la regla de experiencia empleada en la prueba de indicios.

Respecto a los casos en que permanezcan dudas pese a haberse intentado descartar todas las explicaciones posibles y, además, la incertidumbre sobrepase la mera duda filosófica o la relativa a futuros desarrollos científicos, *Freund* entiende que el riesgo de error sólo es legitimable si, de algún modo, éste puede ser imputado al acusado. Esto sucederá en aquellos supuestos en que a éste le haya sido exigible y posible aportar al proceso circunstancias que pudieran beneficiarle y no lo haya hecho[881]. El autor lo explica con un ejemplo: se juzga a alguien por haber marchado de una gasolinera-autoservicio sin haber pasado antes por caja (hechos probados indiscutidos). Una de las explicaciones que permitiría excluir el dolo sería aquélla según la cual el acusado simplemente olvidó que tenía que pagar. Entiende *Freund*, que si el sujeto no invoca tal olvido, el tribunal puede condenar con razón, pero no puede hacerlo si, por ejemplo, el acusado orienta la estrategia de su defensa con base en la alegación de haber olvidado pasar por caja y el juez no cuenta con ulterior material indiciario[882].

de responsabilidad al sujeto resulta adecuada y necesaria para contribuir al mantenimiento y desarrollo de las condiciones elementales del individuo en sociedad. Este argumento supone la traslación al proceso penal de determinadas ideas asociadas al principio de culpabilidad; cfr. *ibidem*, pp. 68-69.

[879] Sobre la legitimación de las condenas pese a la duda filosófica, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 71-75. A idénticas conclusiones, aunque con una fundamentación mucho más precaria, llega GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n.º marg. 8.

[880] En este sentido, FREUND, *Normative Probleme*, pp. 75-77.

[881] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 89.

[882] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 93.

La clave, por tanto, radica en la afirmación de que «un condena no es nunca legitimable si el acusado ha aportado una explicación alternativa suficientemente sólida de su conducta (que lleva a su inocencia) en contra de la afirmación de la existencia del tipo subjetivo y tal explicación no puede ser desenmascarada como mentira de acuerdo con los conocimientos empíricamente asegurados»[883]. Desde el punto de vista cuantitativo, esta perspectiva garantiza que sólo vayan a darse grandes divergencias entre realidad y condena en casos excepcionales: aquellos supuestos en los que el acusado no está interesado en su absolución. Desde el punto de vista cualitativo, no se plantearán en estos casos problemas especial-preventivos (el acusado no se ha opuesto a su sanción) ni general-preventivos (un castigo bajo tales condiciones no se percibe como injusto) y la condena podrá reputarse apropiada y necesaria para la protección de bienes jurídicos[884].

Freund concluye su trabajo reconociendo que, incluso cuando el juez siga el método propuesto, los resultados obtenidos no dejarán de ser una mera ficción: en todos los casos seguirán subsistiendo dudas sobre la coincidencia de dichos resultados y la realidad psicológica[885]. Sin embargo, que la determinación de los hechos no sea más que una ficción no tiene que suponer un descrédito para el método propuesto, sino al contrario, pues lo que se consigue con él es desenmascarar la existencia de dicha ficción y las necesidades de legitimarla normativamente.

El trabajo de *Freund* consigue salvar dos de las cuestiones más problemáticas de casi todos los planteamientos normativos, pues no sólo aporta criterios para una determinación de los elementos subjetivos más allá de la clásica (e irrealizable) remisión a la realidad psicológica, sino que trata de superar los problemas de legitimación que plantea tal proceder. Sin embargo, en su perspectiva pueden detectarse algunos aspectos bastante cuestionables. Así, como el mismo autor reconoce, en la práctica son escasos los supuestos en los que es posible aplicar una regla de experiencia que tenga una validez no sujeta a excepciones, con lo cual, predominan los casos en que, a través de la exclusión de alternativas, se llega a un resultado que plantea dudas que van más allá de la mera duda filosófica o de la relativa a futuros desarrollos científicos. Sentado esto, tal vez el punto más oscuro dentro de los planteamientos de *Freund* radica en que, según su teoría, se haga depender de la actitud procesal del

[883] FREUND, *StV*, 1991, p. 25; prosigue el autor afirmando que «de lo contrario nos resignaríamos a que se condenara a un verdadero inocente sin que éste hubiera contado con la posibilidad exigible de evitación de tal condena, que resultaría injusta desde el punto de vista material, constituyendo una infracción flagrante del principio de culpabilidad».

[884] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 88.

[885] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 151.

acusado la legitimación de una condena pese al inevitable riesgo de error[886].

Las cuestionables consecuencias de esta perspectiva se evidencian cuando se advierte que ésta lleva a la absolución, por imposibilidad de legitimar el riesgo de error inherente a la condena, en todos aquellos casos en que no existe una regla de experiencia que se juzgue capaz de aportar conocimientos seguros (lo que sucederá la inmensa mayoría de las ocasiones) y en que no se pueda hacer responsable al acusado de la falta de posibles puntos de apoyo para su absolución. Si se cae en la cuenta de que en la práctica los acusados casi siempre alegan, de forma más o menos verosímil, la concurrencia de circunstancias que les exoneran, la postura de *Freund* lleva a la absolución en la gran mayoría de supuestos, pues una condena sólo resulta posible en aquellos pocos supuestos en que el riesgo de error se tiene por irrelevante (errores debidos a la duda filosófica y a la posibilidad de que en el futuro conocimientos que hoy se dan por seguros queden desvirtuados) y en el caso de aquellos errores de los que se pueda hacer responsable al sujeto por su escasa predisposición a contribuir en la averiguación de *su* realidad psíquica[887]. Esta solución reduce a la mínima expresión el número de supuestos en que puede dictarse legítimamente una condena, por lo que no es tan evidente que una aplicación de esta teoría llevada hasta sus últimas consecuencias no acabe repercutiendo en la efectividad del Derecho penal como mecanismo eficaz para el control social.

Un problema adicional que se plantea a la teoría de *Freund* viene dado por la determinación de cuándo le es posible o exigible a un acusado aportar al proceso material fáctico que le exonere. Si es el juez quien tiene que acreditar esta circunstancia, *Freund* parece pasar por alto que a éste le será tan difícil (por no decir imposible) saber si al acusado le ha sido posible o exigible aportar datos en su favor, como probar su conocimiento mismo, pues las estrategias de defensa no suelen hacerse explí-

[886] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 375 (nota 200), califica de «muy dudoso» que sea «incumbencia del autor, dentro del marco de lo exigible, aportar una conformación subjetiva que lo exonere de sospecha o al menos indicios de ésta». DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 324-325, critica a *Freund* que su teoría «tiene el serio inconveniente de que en último término hace depender la condena, por lo que concierne a los elementos subjetivos, de si el procesado quiere colaborar, aunque sea desde una perspectiva exculpatoria, en la tarea procesal de averiguar la realidad psíquica», añadiendo que surge «la impresión de que se están violando principios garantistas procesales fundamentales al pedir al procesado más de lo que está obligado a realizar».

[887] Lo difícil que es sostener en la práctica los criterios de legitimación de *Freund* se constata cuando en la resolución de supuestos concretos este autor da por buenas todas aquellas alegaciones del acusado que, desde el punto de vista de los conocimientos considerados seguros, no pueden valorarse como una mentira. Ello lleva a absolver en casos en que la veracidad de tales alegaciones resulta muy dudosa, pero no se considera imposible; cfr. FREUND, *StV*, 1991, p. 25.

citas ante el órgano judicial[888]. Ello hace presagiar que, en realidad, los casos se acaben resolviendo en función de la actitud que el juez crea ver en el acusado. Por expresarlo con la terminología del propio *Freund*, también ante la cuestión de si al acusado le es exigible o posible aportar circunstancias en su descargo permanecen en todo caso dudas que, igualmente, están necesitadas de legitimación si éstas no deben impedir ciertas condenas.

Puede apreciarse una cierta influencia de las ideas de *Freund* en el planteamiento de *Díez Ripollés*, quien, pese a adherirse explícitamente a perspectivas psicológico-individuales, considera que «los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica» aunque «se utilice un procedimiento estrictamente científico»[889]. Dada tal inaccesibilidad, este autor propone diferenciar dos fases en el proceso de averiguación de tales elementos: un primer nivel en el que debería recurrirse a un procedimiento experimental sólo a efectos de aportar datos o indicios objetivos y, después, una segunda fase en la que debería «salvarse la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y tal procedimiento experimental, a través de una legitimación normativa», mostrándose a tal efecto una cierta predisposición a acoger el método de exclusión de alternativas defendido por *Freund,* aunque rechazando la idea de legitimar a través de la actitud del acusado el posible grado de error que existe en toda condena judicial[890]. En cualquier caso, no parecen aportarse criterios concluyentes que permitan legitimar las posibles divergencias entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos[891].

b) Otros planteamientos

En dos trabajos bastante recientes, *Andreas Hoyer* y *Ulrich Stein* abordan el análisis del mismo problema que *Freund*: las condiciones en que resulta legitimable el riesgo de error en la determinación de hechos

[888] Cfr., en este sentido, las críticas formuladas por STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 248-249.

[889] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 323.

[890] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 323-324. Hay que tener en cuenta que este autor no sólo atribuye la característica de «procedimiento experimental» a las ciencias empíricas, sino también a las reglas de experiencia, «que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va».

[891] El propio autor (DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 325) afirma no ver clara la solución más adecuada para legitimar normativamente el salto que va de los indicios objetivos a la convicción judicial y afirma que la solución debe venir dada «por una teoría de la argumentación jurídica que, en este ámbito, marque con precisión las fases lógicas que, más allá del análisis empírico de la realidad, deben superarse para alcanzar la convicción».

probados que precede a toda condena penal. Los dos primeros autores comparten algunas ideas de este último: en primer lugar, que la plena averiguación de la realidad efectivamente acaecida nunca puede alcanzarse; en segundo lugar, que si se hace depender de tal averiguación la posibilidad de condenar, el Derecho penal deviene inefectivo y, finalmente, que el recurso a la mera convicción judicial resulta una solución simplemente arbitraria[892]. Sin embargo, en el desarrollo de sus planteamientos, tanto *Hoyer* como *Stein,* se apartan de las ideas defendidas por *Georg Freund.*

Andreas Hoyer advierte que la presente problemática surge de una colisión de intereses: por una parte, todos los ciudadanos tienen un evidente interés en que el Derecho penal les proteja, pero, a la vez, estos mismos ciudadanos albergan la pretensión de no ser nunca condenados sin haber realizado de forma efectiva un comportamiento delictivo[893]. Según *Hoyer*, los anteriores intereses pueden reconducirse a un doble *status* general que todo individuo tiene frente al Estado: un *status negativo* —la pretensión de que sus derechos básicos no sean vulnerados por las intervenciones estatales— y un *status positivo* —la pretensión de que el Estado le asista en el reconocimiento y protección de sus derechos—[894]. La protección estatal de ambos *status* no se presenta en un plano de igualdad, sino que generalmente se admite que la protección del *status negativo* tiene un carácter más esencial que la del *positivo*[895].

Hoyer entiende que la anterior distinción resulta perfectamente trasladable al ámbito del Derecho penal material. Por un lado, cuando el Estado castiga comisiones delictivas está protegiendo a potenciales víctimas en su *status negativo*; por otro, cuando se castigan omisiones, se refuerza

[892] Además de estos dos autores, existen otros planteamientos que recurren a baremos objetivos para determinar en qué casos el juez debe convencerse de la existencia de un hecho. El denominador común a todos ellos es entender que para la convicción basta con que se juzgue como más o menos probable dicha existencia. Un interesante resumen de estas perspectivas en A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 107 ss. Sin embargo, a diferencia de *Hoyer, Stein* o *Freund*, todos estos autores no profundizan en los problemas de legitimidad que plantea dictar una condena basada en hechos sólo probables.

[893] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 537-538. En un mismo sentido afirma MAIER, *DP*, 1978, p. 306, que «la tensión entre el interés estatal por la persecución penal y el interés individual por la seguridad y dignidad rige, como es sabido, todas las soluciones normativas del Derecho procesal penal».

[894] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 540-541. La enunciación de ambos *status* proviene de JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905 (2.ª reimp. Darmstadt, 1963), p. 87 ss, quien caracteriza el *status negativo* como el «*status libertatis*» y el *positivo* como el «*status civitatis*». El segundo sirve al individuo para que le sea reconocido el primero.

[895] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 540. Esta idea se hace expresiva, en referencia al Derecho penal, en la famosa frase de *Federico II* en su *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (citado por HOYER, *ibidem*, p. 539): «il vaudrait mieux pardonner à vingt coupables que de sacrifier un innocent».

a los potenciales beneficiarios de la acción omitida en su *status positivo*. También en las valoraciones inherentes al Derecho penal se da mayor importancia al *status negativo*, pues las omisiones sólo se castigan con la misma pena que las comisiones cuando concurre el requisito adicional de la posición de garante; de lo contrario, siempre tienen asignada una pena inferior[896]. *Hoyer* compara las penas máximas que el Código Penal alemán asigna a una comisión y a una omisión propia y por esta vía deduce que el Estado valora como 22,5 veces más grave una agresión al *status negativo* de un ciudadano que a su *status positivo*[897].

Mediante complejos cálculos, *Hoyer* traslada la anterior cifra a las injerencias en el *status negativo* de los sujetos que pueden derivarse del ejercicio del poder punitivo del Estado y, en este sentido, llega a la conclusión de que sólo es legítimo condenar a un sospechoso cuando exista una probabilidad no inferior al 96% de que éste haya realizado un comportamiento delictivo[898]. Plasmados estos argumentos en las reglas de experiencia, según *Hoyer,* el juez no puede dar un hecho por probado cuando trabaje con enunciados que aporten una probabilidad inferior al 96% sobre la efectiva existencia del hecho en cuestión, lo que, expresado con otras palabras, significa que nunca es legítimo condenar con un margen de error igual o superior al 5%[899]. La convicción judicial no desempeña papel alguno en la condena.

De la argumentación de *Hoyer* merece la pena destacar una idea clave: *la pretensión de los ciudadanos de ser protegidos por el Estado*

[896] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 540.

[897] Los cálculos que emplea HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 540-541, para llegar a tal conclusión son los siguientes: la pena máxima para delitos comisivos es la cadena perpetua (asesinato o genocidio, §§ 211, 220a StGB), mientras que la pena máxima para los delitos de omisión (propia) es un año de privación de libertad (omisión del deber de socorro, § 323c StGB). Si se calculan las reducciones de pena correspondientes (§§ 57.1 y 57a.1 StGB), la cadena perpetua se reduce a quince años y el año de prisión a ocho meses. La proporción entre ambas penas es de 22,5 a 1, lo que significa que una agresión al *status negativo* de una persona se considera 22,5 veces más grave que un agresión que afecte a su *status positivo.*

[898] Los cálculos empleados por HOYER, *ZStW*, 105 (1996), p. 541, para obtener tal cifra son los siguientes: el *status negativo* se ve atacado cuando se condena a inocentes; el *positivo* cuando los culpables no son condenados. El *interés* por la *libertad* de los potenciales autores (IL) tiene un valor 22,5 veces superior al *interés* de las *potenciales víctimas* (IP) en ser protegidas. «Para que resulte legítimo condenar a un sospechoso pese al valor superior de su interés por la libertad, el grado de sospecha (p) tiene ser tan elevado que compense el valor superior que el interés por la libertad tiene en abstracto»: IL · (1-p) = IP · p; 22,5 · (1-p) = 1 · p; p = 0,9574, aprox. 0,96.

[899] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 542 ss. El riesgo de error puede provenir de dos factores distintos: por un lado, de que la validez de una regla sólo sea probable; por otro lado, de que la aplicación de una regla cierta no lleve a resultados seguros, sino sólo probables. Cuando en un único supuesto se presente una regla que acumule las dos modalidades de riesgo de error, ésta sólo deberá aplicarse si la suma de las dos probabilidades no resulta inferior al 96%; cfr. *ibidem,* pp. 547-548.

es irrealizable sin una cierta renuncia por su parte a la pretensión correlativa de no ser nunca condenados sin haber cometido efectivamente un delito. Sin embargo, la solución final propuesta por este autor se antoja ciertamente insostenible[900]. En este sentido, basta con trasladar dicha solución al ámbito de la determinación procesal del dolo: ¿existen acaso reglas científicas que indiquen que, dados determinados indicios, concurre una probabilidad del 96%, 97% ó 98% de que alguien conozca algo? Como afirma *Stein*, «¿cómo debe establecer el juez que la probabilidad de que alguien sea culpable es de un 96% o sólo de un 95% cuando solamente de forma muy esporádica cuenta con reglas de experiencia que lleven a resultados tan precisos desde un punto de vista numérico?»[901].

Este último autor, *Ulrich Stein*, parte en su argumentación de una idea ya planteada por *Freund*: en la determinación procesal de los hechos, la cuestión clave radica en establecer una frontera entre los riesgos tolerados y los no tolerados de una condena errónea[902]. *Stein* considera que a este ámbito son perfectamente trasladables algunos de los argumentos que emplea la teoría de la imputación objetiva, en especial la idea relativa a los riesgos permitidos que generan determinadas conductas. Como cualquier ciudadano ante cualquier conducta peligrosa, también en el proceso rigen reglas para el juez que le indican cuándo debe condenar pese a existir un cierto riesgo de error (realización del comportamiento «condenar») y cuándo concurre un riesgo tal que procede la absolución del acusado (omisión del comportamiento «condenar»)[903].

Stein se plantea, en primer lugar, si puede considerarse legítimo dictar una condena aunque exista un riesgo de divergencia entre los hechos que se consideran probados y los efectivamente acaecidos[904]. Desde su punto de vista, llevar hasta sus últimas consecuencias la exigencia constitucional de respeto a la dignidad humana haría del todo imposible cualquier condena penal, pues los riesgos de error pueden reducirse, pero nunca eliminarse[905]. Así, considera este autor que la exigencia de respeto hacia la dignidad humana no puede llevarse hasta el extremo de que paralice la aplicación del Derecho penal: en la medida en que la Constitución regula la jurisdicción criminal y le atribuye ciertos cometidos, tiene que buscarse una interpretación de la citada exigencia de respeto a la dignidad que no convierta en inefectiva la tarea de dicha jurisdicción[906]. Para un adecuado equilibrio entre ambas previsiones constitucionales, conviene cumplir dos exigencias: en primer lugar, debe intentarse reducir al máximo, dentro de lo razonable, los riesgos de error y, en segundo lugar, los riesgos que se admitan tienen que contribuir a la eficacia de las finalidades atribuidas a la jurisdicción penal[907].

Esta última idea permite considerar irrelevantes los riesgos de error atribuibles a las dudas generales sobre la capacidad del conocimiento humano, como la duda filosófica o la relativa a futuros desarrollos de la ciencia[908]. Respecto al resto de dudas, *Stein* no aporta criterios más concretos, y se conforma con exigir al juez que en el momento de condenar sólo acepte mayores o menores riesgos de error en función de cómo amenazaría su aceptación generalizada a la efectividad de la jurisdicción criminal[909]. En última instancia, este autor expresa la necesidad de que doctrina y jurisprudencia vayan elaborando un sistema de normas de decisión atendiendo a diversas configuraciones de casos y a los ámbitos más problemáticos[910]. Desde su punto de vista, tampoco resta espacio alguno para soluciones meramente subjetivas como la certeza personal del juez[911].

B) Los criterios de atribución

Como es evidente, la renuncia a la averiguación de los hechos psíquicos realmente acaecidos como presupuesto de toda condena por delito doloso implica que la atribución del dolo al sujeto deba llevarse a cabo a través de unos mecanismos distintos a la plena constatación de dichos hechos. En la búsqueda de posibles criterios de atribución, una primer opción pasa, como parece admitir la ley, por considerar suficiente la mera convicción judicial, aunque ésta se asiente sobre la más pura intuición o la simple sospecha del juez. En un Capítulo anterior se ha puesto

[900] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 254-255, dirige diversas críticas a *Hoyer*, cuestionando especialmente el método empleado para calcular la mayor gravedad de las injerencias en el *status negativo*, que considera «esquemático».

[901] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 255. También A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 248, rechaza por problemas prácticos los conceptos numéricos de probabilidad.

[902] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 233, en referencia a FREUND, *Normative Probleme*, p. 64 ss.

[903] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 234.

[904] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 246 ss.

[905] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. Este autor (*ibidem*, p. 261) considera que, a fin de cuentas, toda pena es una «pena por sospecha», aunque el grado de sospecha que es posible aceptar resulte graduable.

[906] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 249, haciendo referencia a los arts. 1, 74.1, 103. 2 y 3 y 104.3 de la Ley Fundamental alemana.

[907] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 250-251.

[908] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 251, coincidiendo plenamente en este punto con FREUND, *Normative Probleme*, p. 71 ss y 120 ss.

[909] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 252-253, considera que, de acuerdo con sus ideas, al juez le es posible aceptar, por ejemplo, un mayor grado de error en la determinación de los elementos subjetivos del delito que en la de los objetivos, pues éstos pueden ser probados sin necesidad de acudir a largas cadenas de silogismos indiciarios.

[910] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 253.

[911] Las críticas a este concepto en STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 256 ss.

ya en evidencia que tal solución no puede ser considerada satisfactoria por muy diversos motivos[912].

Cuando *Hruschka* afirma que en la práctica el dolo es algo que se imputa al sujeto, acierta plenamente en una idea que también se defiende en este trabajo: la prueba de indicios no sirve para reconstruir de un modo totalmente fidedigno los hechos psíquicos existentes *en la cabeza del acusado* en el momento en que éste llevó a cabo el hecho objetivamente típico[913]. Sin embargo, la afirmación de que el dolo se imputa no aporta por sí sola gran cosa, pues con ella no se concreta en qué tiene que basarse tal imputación. En este sentido, y como ya se ha afirmado, también el recurso a la convicción judicial resulta una forma de imputación y, sin embargo, parece tan cuestionable como la irrealizable exigencia de una plena averiguación de la realidad efectivamente acaecida.

La referencia a la convicción judicial permite poner de manifiesto que el recurso a la idea de imputación, dejando aparte sus problemas de legitimidad, requiere ulteriores concreciones, pues son imaginables multitud de mecanismos de atribución normativa —basta con pensar en el *versari in re illicita* o en las presunciones de dolo— cuyo empleo puede llevar a consecuencias inaceptables. A diferencia de la realidad efectivamente acaecida, que siempre es única (aunque inescrutable en el proceso), los criterios de imputación pueden revestir muy diversas formas y por ello es necesario explicitar qué concreto criterio de entre todos los imaginables conviene acoger para garantizar una solución coherente y racional de los supuestos que puedan presentarse al aplicador jurídico[914]. No basta, en este sentido, con afirmar simplemente que el dolo debe determinarse mediante un juicio de imputación si debe ser cierto, como sostiene *Hruschka*, que «la afirmación de que un hecho es doloso sea un juicio de imputación no quiere decir que se trate de un juicio arbitrario»[915].

De que consiga evitarse esta arbitrariedad depende también la validez de un argumento habitualmente esgrimido desde perspectivas normativas: la afirmación de que ellas están en condiciones de garantizar igualdad de trato para todos los sujetos[916]. Sin embargo, tal igualdad no es algo que se consiga en mayor medida a través de una perspectiva en especial, sino sólo juzgando siempre todos los supuestos de acuerdo con un idéntico rasero: esta exigencia es respetada, en el plano teórico, tanto por las concepciones psicológicas, cuando afirman que el parámetro a seguir es la real subjetividad del acusado, como por las perspectivas normativas, cuando entienden que lo que debe emplearse son criterios objetivos, siempre que éstos sean aplicados con uniformidad a todos los casos. Cuestión distinta es si, en el momento en que tales perspectivas teóricas se trasladan a un plano práctico, se es capaz de aplicar con coherencia los criterios teóricos previamente enunciados. En este sentido, la concepción psicológica se encuentra con un grave problema: su baremo —la realidad psíquica— no puede determinarse y, en tal medida, la única igualdad de trato que puede garantizar es la absolución de todos los acusados. Como ello no parece posible en la actual sociedad, pues las necesidades de condena permanecen, en la práctica se suele producir una quiebra entre los postulados teóricos de la perspectiva psicológica y los criterios empleados para su aplicación práctica que, efectivamente, puede dar lugar a desigualdades[917]. De acuerdo con esta idea, puede ser cierto que las perspectivas normativas garanticen una mayor igualdad, pero sólo si éstas explicitan, en primer lugar, los parámetros que proponen para afrontar la resolución de los casos y, en segunda instancia, si dichos parámetros se aplican siempre de manera uniforme a todos los supuestos.

La vía de imputación que se seleccione debe satisfacer un ulterior requisito, cuyo cumplimiento se tiene por ineludible: *debe ser un criterio aplicable*. Basta en este punto con pensar en el mecanismo de imputación propuesto por *Hoyer* —uso de reglas de experiencia que aporten una probabilidad no inferior al 96%— para encontrar un criterio perfectamente concretado en el plano teórico, pero de imposible traslación al proceso[918]. Muy poco se consigue avanzar rechazando la exigencia de averiguación de fenómenos psíquicos, pero sustituyéndola por un mecanismo de imputación de imposible utilización práctica.

Tal vez en la propuesta de *Stein* pueda apreciarse la aportación de un criterio aplicable. Sin embargo, la idea de que debe darse por probado el conocimiento de un sujeto cuando el juez entienda que, de negar dicho conocimiento, se estaría poniendo en tela de juicio la efectividad de la jurisdicción penal tampoco puede considerarse demasiado concreta

[912] Cfr. *supra* VIII.3.

[913] Sobre el planteamiento de *Hruschka*, cfr. *supra* IX.3.B.2.a.

[914] Cfr. PETERS, «"Übergänge" im Strafprozeß», p. 383, quien afirma que la realidad «sólo es *una*, sólo puede ser descubierta o errada. No existe una realidad relativa» (cursiva en el original).

[915] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 201. Añade este autor que «la afirmación de que un hecho es doloso es tan poco arbitraria como lo es la afirmación de que una persona a quien le enrojece la cara de cólera está furioso, o que el cartero que introduce unas cartas en un buzón sabe lo que está haciendo». Sin embargo, PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 497, entiende que con los planteamiento de *Hruschka* en realidad nada cambia, pues con ellos sólo se expresa que la imputación se asienta en la prueba de indicios y la convicción judicial.

[916] Recoge dichas argumentaciones, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 109. Cfr., también, KRAUß, *Schaffstein-FS*, p. 418.

[917] Sobre esta cuestión, cfr. *supra* VI.2.

[918] El planteamiento de este autor *supra* IX.4.A.2.b.

y, en este sentido, basta con remitir a las afirmaciones del propio *Stein* exhortando a jurisprudencia y doctrina a que lleven a cabo una concreción de tal idea. Todo parece indicar que en este ámbito la ausencia de propuestas teóricas satisfactorias resulta especialmente preocupante, pues, como atinadamente afirma *Ferrajoli*, «la falta de criterios objetivos seguros para afirmar que una tesis judicial es verdadera convierte en inservible, o incluso en desorientador, el propio concepto de verdad procesal» [919].

IX.5. BALANCE

El presente Capítulo debe haber servido para mostrar dos evidentes problemas en las concepciones normativas sobre la determinación procesal del dolo: los relativos a su legitimidad y los que se derivan de la ausencia de concretos criterios de atribución normativa. Respecto al primer problema, los argumentos empleados por *Hoyer* y *Stein* presentan una notable solidez, aunque siguen planteando ciertas dudas con respecto a la posibilidad de legitimar una condena errónea frente al concreto individuo sancionado y a la afectación que tal imposición implica para sus derechos más elementales. Por contra, el argumento de *Freund*, tratando de legitimar la condena en función de la actitud procesal del acusado, no puede considerarse aceptable.

Más difícil parece aun la solución al segundo punto problemático, es decir, la relativa a qué concretos criterios debe utilizar el juez para poder dar por probado un determinado hecho cumpliendo con las condiciones exigidas para que sea legítimo un posible riesgo de error. En este sentido, la propuesta numérica de *Hoyer* resulta inaplicable, mientras que las opciones defendidas por *Stein* y *Hruschka* adolecen de un considerable grado de vaguedad. Sólo *Krauß* parece aportar un argumento un poco más concreto cuando afirma, sin entrar en demasiados detalles, que la cuestión del dolo «sólo exige como respuesta la explicación sobre si el autor (*en sentido social*) ha actuado de modo voluntario o lo ha hecho por descuido» [920].

La propuesta de reconstruir la subjetividad de un hecho a partir del sentido social que de él se desprende parece especialmente atractiva y, por ello, tratará de desarrollarse en el Capítulo siguiente, adaptándola al concepto de dolo defendido en este trabajo. En tal desarrollo se de-

[919] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 47.

[920] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 22 (cursiva añadida). Todo indica que esta idea también es compartida por *Hruschka*, en la medida en que este autor (cfr. *supra* IX.3.B.2.a) intenta demostrar con diversos ejemplos que el juez en el proceso determina los «hechos internos» como lo hacen todas las demás personas en el ámbito de la comunicación social.

berá atender, básicamente, a las dudas que plantea la legitimidad de una condena basada en el sentido social como criterio de determinación procesal del dolo y a la posibilidad de que semejante criterio pueda concretarse en posteriores subcriterios que faciliten al juez una resolución coherente de los supuestos con que pueda encontrarse en la práctica.

X. UNA NUEVA PERSPECTIVA: el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo

X.1. PLANTEAMIENTO

El principal atractivo del *sentido social* como criterio para determinar si ha concurrido en un sujeto el grado de conocimiento que exige el dolo surge de la idoneidad que el empleo de este criterio parece presentar en relación con una cuestión concreta y esencial: *el contenido comunicativo del Derecho penal*[921]. En un anterior apartado de este trabajo se ha defendido la idea de que la pena de los delitos dolosos tiene la finalidad de replicar a aquellos hechos que, desde una perspectiva social, transmiten a la colectividad un mensaje de negación de una norma penal[922]. El efecto a conseguir con dicha réplica es hacer expresivo a la ciudadanía que la norma cuestionada sigue vigente y que quien la ha incumplido también se ve abocado al fracaso. Desde un punto de vista como éste, que se recurra al sentido social como criterio para determinar cuándo una conducta ha sido realizada de modo consciente (doloso) resulta especialmente sugerente: *con su empleo los aplicadores jurídicos*

---

[921] JAKOBS, *Derecho penal*, p. IX, afirma que «la misión de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización de la norma». Cfr., igualmente, LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», trad. J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, ADPCP, 1995, p. 924: «pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta». El «injusto jurídico-penal, cuyo concepto hasta ahora había sido confundido con la culpabilidad, es explicado, según su contenido, no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho (...) esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de estos *para la vigencia de la norma*» (*ibidem*, p. 926, cursiva en el original).

[922] Cfr. *supra* I.2 y, en general, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 12 ss.

valoran como consciente aquel hecho que también lo es desde la óptica de los destinatarios del mensaje que incorpora la sanción penal[923].

La anterior afirmación puede reconducirse a una idea que *Maiwald* hace extensiva a la globalidad del proceso penal: «una sentencia sólo se percibe como "justa" cuando su contenido es susceptible de ser transmitido intersubjetivamente o, dicho de forma más sencilla, de ser comprendido por la colectividad»[924]. De este modo se consigue una plena adecuación entre el lenguaje del que se sirve el Derecho para emitir sus mensajes y el que la colectividad, como destinataria de éstos, es capaz de comprender[925]. El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal[926].

[923] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 260-261, afirma que «la comunidad no sólo es, de forma mediata, la autora de la condena, sino al mismo tiempo su destinataria: de este modo se debe reforzar la vigencia del sistema de normas de conducta y asegurar su obediencia en el futuro». Pese a que se muestra crítico con esta perspectiva, SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 133-134, la define magistralmente: «debe concurrir un delito doloso cuando, en el supuesto dado, la población racional aceptaría la pena del dolo (y, por ello, se vería confirmada en su confianza en el Derecho, con lo cual el sistema social podría mantenerse, desde el punto de vista de la eficiencia funcional, con renovadas fuerzas). Como no se puede realizar una encuesta empírica a esta población racional, en realidad se toma como base la representación que el jurista racional tiene sobre ella». Las críticas de SCHILD a estas ideas en *ibidem*, pp. 134-135.

[924] MAIWALD, «Prova e giudizio: la normativa in materia de Codice Tipo per l'America Latina. Una prospettiva tedesca», en MASSA/SCHIPANI (ed.), *Un «Codice tipo» di Procedura Penale per l'America Latina*, Padua, 1994, p. 94. Añade este autor que «un presupuesto para que se dé tal comprensión es que el citado contenido surja del mismo universo conceptual que determina la concepción de una sociedad concreta y, por tanto, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las reglas de la experiencia cotidiana de los individuos». De acuerdo con una idea de racionalidad basada en lo subjetivamente compartible, DE LUCA, *RIDPP*, 1992, pp. 1258-1259. Cfr., igualmente, ALEXY, *Teoría de la argumentación*, p. 31: «al decisor no le deben ser indiferentes las convicciones de aquellos en cuyo nombre habla, ya que, si decide como juez, su decisión es pronunciada "en nombre del pueblo"».

[925] Cfr. HASSEMER, *Einführung*, p. 92: «es obvio que la praxis de la creación legislativa y de la jurisprudencia deben procurar ser comprensibles y que se las comprenda, pues de lo contrario no pueden desempeñar su tarea de tratar o solucionar problemas sociales y personales». En *ibidem*, p. 926, se añade que «el proceso penal no puede desviarse del modelo cultural de la sociedad en la que rige». MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 152, afirma que «hay que tener en cuenta que cuando el juez valora la prueba practicada actúa como órgano de la jurisdicción, y no debe prescindir de la conciencia social de la comunidad en cuyo seno trata de impartir justicia». También son interesantes en este ámbito las observaciones de SESSAR, *StV*, 1988, p. 95.

[926] Como afirma KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 318 (nota 40), «para que el Derecho penal tenga sentido y la pena cumpla su fin hace falta que los fundamentos de la condena sean, en su sentido más amplio, *inteligibles* y *aceptables*» (cursiva en el original). Cfr., igualmente, PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16: «la situación psicológica del autor no es el punto de contacto adecuado para que su conducta sea interpretada como la transgresión de una norma». En el ámbito de la causalidad afirma PAREDES CASTAÑÓN, en *El caso de la colza*, p. 66, que «con independencia de las posiciones filosóficas y epistemológicas que puedan sostenerse, parece que los conceptos de dicha índole a utilizar en el proceso de aplicación del Derecho —y más aún del Derecho Penal— han de ser aquellos coincidentes con la concepción socialmente imperante, puesto que solamente ello puede satisfacer las expectativas sociales de justicia».

Una vez más resultan especialmente ilustrativas unas afirmaciones sostenidas a principios de siglo por *Framarino dei Malatesta*:

> el convencimiento no debe estar fundado en apreciaciones subjetivas del juez, sino que debe ser tal, que si los hechos y prueba sometidos a su conocimiento se propusiesen al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano racional, deberían producir, también en éste, la misma convicción que produjeron en el juez. Este requisito, que yo creo muy importante, es lo que llamo *carácter social* del convencimiento.

Prosigue este autor:

> es menester no olvidar que la justicia penal se ejerce en nombre de la conciencia social y que en esta conciencia reposa la legitimidad del derecho de castigar, pues se castiga para eliminar la perturbación social que produce el delito. Por todo esto se comprende que la certeza moral del juez, la certeza acerca de la culpabilidad, para que sea fundamento legítimo de condena, debe tener respaldo en la conciencia social[927].

En realidad, la vigencia del sentido social trasciende al estricto ámbito de comunicación entre instancias de aplicación del Derecho y ciudadanos. La simple pertenencia a la sociedad comporta la renuncia por parte de cualquier persona a ciertos niveles de individualidad pues, como miembro de tal sociedad, ya no van a interpretarse sus conductas recurriendo a criterios individuales, sino siempre de acuerdo con el sentido social que de ellas se desprenda[928]. Esta renuncia puede parecer un gravamen si sólo se atiende a aquellas situaciones en que las conductas del sujeto son sometidas a valoración; sin embargo, no puede perderse de vista que, a su vez, todo sujeto, en tanto que miembro de la colectividad, también valora las conductas de los demás en atención al sentido

[927] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 56 (cursiva en el original). Este autor, sin embargo, no lleva su planteamiento hasta las últimas consecuencias y admite que debe absolverse en aquellos casos en que el juez no está convencido personalmente de la culpabilidad del acusado, pese a que de acuerdo con la conciencia social parezca procedente una condena.

[928] FREUND, *Normative Probleme*, p. 30: «una persona sin preexperiencias típico-sociales sería incapaz de existir en nuestra sociedad sin chocar permanentemente». Por ello afirma este autor que «en el Derecho penal no se trata de la "realidad libre de sentido de las ciencias naturales", sino de la "realidad cargada de sentido, llena de significado de la vida social"».

social que de ellas se desprende. La renuncia a la individualidad y la adopción de dicho sentido como criterio de valoración de la realidad resulta imprescindible para desarrollar la convivencia social, pues constituye el lenguaje compartido que hace posible la vida en común y los beneficios que ésta comporta[929]. Si todos los sujetos pretendieran y consiguieran que sus conductas fueran valoradas según sus criterios individuales, la vida en sociedad sería imposible, pues no existirían mecanismos que hicieran factible una comunicación fluida entre quienes la componen. Resulta indiscutible, por tanto, que *la convivencia supone una renuncia a la individualidad.* La cuestión que deberá en todo caso determinarse ahora es si tal renuncia puede ser admitida por el Estado cuando éste recurre a su acción punitiva.

La valoración de las conductas de acuerdo con su sentido social tiene evidentes repercusiones en no pocos ámbitos de la teoría del delito. Se acude a ella, por ejemplo, en la imputación objetiva, para la que rigen criterios comunes sobre lo que es previsible y lo que no. En este terreno no se admite que un sujeto se exonere apelando a su individualidad, como sería el caso en que alguien afirmase, por ejemplo, que no le pueden ser atribuidas como su obra las lesiones causadas a otro, porque, según su criterio individual, no resulta previsible que se causen daños como consecuencia de conductas como la llevada a cabo[930]. En sentido inverso, el hecho de que en este ámbito el sentido social prevalezca a la individualidad aporta al sujeto la ventaja de que, cuando sea él el lesionado, quien le haya causado el daño tampoco podrá exonerarse apelando a lo que individualmente consideraba previsible. Un segundo ámbito en que la idea de sentido social se plasma con especial vigor es el de la tentativa: en la figura de la tentativa irreal, especialmente, se observa el desinterés de la sociedad por el sentido individual que un sujeto haya querido imprimir a su hecho, cuando tal sentido se sustraiga al marco de

[929] LESCH, *ADPCP*, 1995, p. 917: «la Sociedad es un sistema social, que se conforma a través de los contactos sociales entre los sujetos que actúan, y que se compone, por ello, de conexiones de acciones con sentido. La situación en la que se actúa no es pues solamente una situación individual, sino siempre una social. Junto al actuante también se presentan en ella otros individuos que son igualmente actuantes en un sistema social, y que de igual forma se orientan como tales según las acciones de otros sujetos». JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», trad. M. Cancio Meliá, *PJ*, 47 (1997), p. 145 ss, afirma que «ciertamente, la conducta personal es también una conducta física, pero no se agota en lo externo, sino que además tiene un significado, que consiste en la comunicación acerca de normas».

[930] Afirmaciones en el sentido de que en el ámbito de la imputación objetiva rige un esquema de interpretación cuya configuración «deriva de la constitución de la sociedad, y no de una comprensión exclusivamente individual», pueden encontrarse en JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 113.

lo que socialmente se interpreta como negación de la vigencia de una determinada norma penal[931].

A diferencia de los anteriores ejemplos, mayoritariamente se entiende que en lo que respecta al dolo la ley impide acudir a meras valoraciones y, por contra, exige la constatación efectiva de determinados hechos de naturaleza psíquica. En este sentido, se suele considerar que tal exigencia, plasmada en el principio de imputación subjetiva, es la garantía última de que cualquier sujeto pueda evitar (individualmente) la imposición de la pena y de que, por tanto, con su castigo no se le degrade a la mera categoría de instrumento del que se sirve el Estado para generar ciertos efectos en la sociedad[932]. Sin embargo, el principio de imputación subjetiva es un criterio incompleto mientras no se explicite qué es el dolo y cómo puede determinarse. En este sentido, los problemas prácticos que plantea la interpretación aportada por la concepción psicológica han sido repetidamente puestos de manifiesto y por este motivo se ha aconsejado su abandono[933]. No obstante, cuando se propone que en el ámbito de la «determinación del dolo» rija un criterio valorativo como el sentido social, ya no parece que pueda seguir afirmándose categóricamente que con dicha propuesta se impide toda instrumentalización, pues no es posible garantizar que los criterios que la sociedad emplea para decidir cuándo un hecho ha sido realizado conscientemente vayan siempre a coincidir con los que hayan sido auténticos conocimientos del sujeto, ni, por tanto, que éste siempre haya podido evitar, desde un punto de vista individual, ser condenado como autor doloso.

[931] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del *iter criminis*», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 128: «*es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad*» (cursiva en el original). Cfr., igualmente, JAKOBS, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, pp. 553-555: «nadie deja al criterio del autor qué debe entenderse por causalidad, resultado o dolo, sino que estos conceptos se desarrollan de forma comunicativa». Interesantes también los argumentos acerca de la tentativa de GRACIA MARTÍN, «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España» (2.ª parte), *AP*, (1) 1994, p. 350 ss. Finalmente, ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63, quien afirma, para defender la necesidad de considerar irrelevantes las confianzas irracionales del autor en la no producción del resultado, que «de forma paralela a lo que ocurre con la voluntariedad en el desistimiento o en la distinción entre tentativa imposible o inidónea y tentativa irreal, lo relevante aquí no es sólo la actitud psicológica del sujeto, puesto que el Derecho no puede dejar a puros procesos psíquicos, a la "mente del autor", ciertas decisiones que requieren una valoración normativa».

[932] Cfr. PAEFFGEN, *AK-StGB*, previo al § 18, n.º marg. 1-7. La exigencia de conocimiento y voluntad efectivos ha sido vista a lo largo de la historia como un gran avance frente a la responsabilidad por el resultado que se daba en el *versari in re illicita* o el *dolus indirectus*.

[933] Cfr. *supra* VIII.4.

De acuerdo con las anteriores ideas, *una condena por delito doloso basada en el sentido social del hecho implica siempre un cierto margen de error, que se traduce en el riesgo de que con la sanción penal se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado.* Al ser posible que éste no haya contado con los conocimientos que se le imputan, es también posible que no haya podido evitar la imposición de la sanción penal, con lo que se le puede estar utilizando para generar determinados efectos en la sociedad sin que haya contado con la oportunidad de impedir tal utilización. La problemática es evidente: mientras la concepción psicológica resulta inaplicable, *la solución normativa basada en el sentido social plantea déficits de legitimidad que deben ser salvados si se quiere seguir manteniendo.*

En segundo lugar, la simple idea del sentido social resulta por sí sola demasiado vaga para que facilite a los aplicadores jurídicos criterios seguros que permitan una solución uniforme de los diversos supuestos que puedan plantearse. En este sentido, si no se consiguen mayores concreciones, este criterio queda expuesto al peligro de un empleo no menos arbitrario que, por ejemplo, el que concurre en el ya criticado recurso a la convicción judicial. *La posibilidad de concretar el criterio del sentido social en reglas más específicas que permitan afirmar con seguridad ante un determinado supuesto si éste se considera realizado de modo consciente es, por tanto, la segunda prueba que debe superar dicho criterio para poder ser plenamente acogido.*

X.2. ASUNCIÓN DE RIESGOS MEDIANTE EL RECURSO AL SENTIDO SOCIAL

Como se ha dicho, cuando se pretende recurrir en el ámbito de la «determinación del dolo» a un criterio distinto a la (irrealizable) averiguación de datos psicológicos, es evidente que se asume un riesgo de divergencia entre los resultados a los que lleva tal criterio y la que ha sido auténtica subjetividad del autor. El intento de aportar un punto de vista que permita legitimar una condena pese a tal riesgo requiere, en primer lugar, que se determine del modo más preciso posible la entidad del riesgo que se está asumiendo. Como es evidente, resulta imposible calibrar dicha entidad empleando parámetros numéricos. Para que ello fuera posible debería poder compararse los resultados obtenidos mediante el empleo del sentido social como criterio para determinar el dolo y los conseguidos mediante la averiguación de los hechos psíquicos realmente acaecidos. Huelga decir que la constatación de este último dato resulta imposible, motivo por el cual también lo es la comparación citada y, por consiguiente, debe descartarse una cuantificación numérica del riesgo de

error respecto a la realidad psicológica que se asume empleando el criterio del sentido social.

Sin embargo, la imposible aplicación del anterior método de ponderación de riesgos no debe impedir que se acuda a otros criterios, aunque éstos puedan resultar desde luego más imprecisos. Antes de recurrir a ellos conviene no obstante definir con precisión qué estructura debe darse en un hipotético supuesto de hecho para que pueda hablarse de instrumentalización. Aislados los supuestos en que ésta concurre, debe intentarse seguidamente configurar el criterio de imputación escogido (sentido social) de un modo tal que se consiga la máxima reducción posible, dentro de lo que dicho criterio permita, del riesgo de instrumentalizar, analizando a la vez otras formas de reducción de riesgos. Finalmente, procede valorar las posibilidades de legitimar una condena con la que se asume el grado de riesgo que, pese a todos los intentos de reducción, siempre acabará permaneciendo.

A) Hechos probados no coincidentes con la realidad e instrumentalización

Cuando autores como *Stein* o *Hoyer* se refieren al riesgo de error que se asume en toda condena judicial, configuran este riesgo de tal manera que parece que toda divergencia entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos tenga que implicar *per se* una instrumentalización del individuo a quien se condena bajo tales circunstancias[934]. Sin embargo, esta idea debe ser matizada: no toda condena basada en unos hechos probados que no coincidan con los fenómenos psicológicos efectivamente acaecidos constituye una instrumentalización del sujeto. Al contrario, ésta se da, única y exclusivamente, en aquellos casos en que tal divergencia no haya sido prevista por el sujeto a quien se condena. *En los casos en que el reo haya contado con la posibilidad de ser condenado (erróneamente) por delito doloso a causa del sentido social de su conducta y, pese a ello, la haya llevado a cabo, no puede afirmarse que, si finalmente es castigado, se le esté instrumentalizando.*

Este punto de vista tiene un fundamento evidente: en la medida en que todo sujeto es miembro de la sociedad, por regla general conoce los criterios con que socialmente se valoran las conductas de las personas y, por tanto, a menudo está en condiciones de evitar que sus propias conductas se interpreten de una manera tal que interpretación y realidad no coincidan. Esta idea, un tanto compleja, puede exponerse de un modo más sencillo recurriendo a un par de ejemplos:

[934] HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 538, afirma que «toda pena de sospecha ante inocentes representa siempre una agresión a la libertad de acción de éstos». Cfr., igualmente, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

a) Un sujeto lleva cierto tiempo amenazando de muerte a un político con la única intención (psicológica) de gastarle una (pesada) broma. Un día decide continuar con la broma y dispara contra dicho político de tal manera que las balas pasen a una distancia lo bastante próxima como para asustarle, pero sin originar un riesgo de muerte. El tribunal interpreta, a la luz de la trayectoria del acusado, que los hechos constituyen una tentativa de homicidio. El acusado era (psicológicamente) consciente de que, en el caso de ser descubierto, su conducta iba a entenderse como constitutiva de un intento de homicidio, pese a lo cual no la omitió.

b) Un empleado de la limpieza de unos laboratorios farmacéuticos decide llevarse a su casa un valioso microscopio con la intención (psicológica) de utilizarlo unos días y devolverlo después. Él es plenamente consciente de que, si es descubierto, la interpretación que va a darse a su conducta será la de un apoderamiento con ánimo de lucro, pese a lo cual no desiste de su propósito. Al cabo de una semana es descubierto y condenado posteriormente como autor de un delito de hurto.

Las respectivas condenas que ponen punto y final a los ejemplos expuestos se basan en la determinación de unos hechos que no concuerdan con la realidad psicológica de los protagonistas. En el primer caso se atribuye al sujeto una consciencia de la concreta aptitud lesiva de su conducta que (psicológicamente) éste nunca tuvo. En el segundo ejemplo se aprecia un error estructuralmente idéntico, pues en él se imputa al protagonista un ánimo de lucro que tampoco ha concurrido desde una perspectiva psicológica. Sin embargo, los dos supuestos son muestra evidente de que no toda determinación divergente de hechos probados implica *per se* una instrumentalización del individuo: los protagonistas de ambos ejemplos fueron perfectamente conscientes del sentido social que *a posteriori* iba a darse a su conducta y, pese a ello, la llevaron a cabo. Por este motivo debe afirmarse que ambos estuvieron en perfectas condiciones de evitar una posible sanción y, sin embargo, no lo hicieron. Los hechos probados en que se basan ambas condenas no coinciden desde luego con la realidad psicológica, pero no es posible en modo alguno hablar de instrumentalización.

Un segundo grupo de casos en que tampoco es posible hablar de instrumentalización alguna, pese a la divergencia entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos, concurre en aquellas situaciones en que, en el ámbito del proceso, al sujeto le es posible evitar su condena y, sin embargo, prefiere esta última a la absolución por considerarla más ajustada a sus intereses personales[935]. La idea se expresa, igualmente, recurriendo a dos ejemplos:

[935] En este ámbito pueden aportarse algunos de los argumentos de FREUND, *Normative Probleme*, p. 127 ss (cfr. *supra* IX.4.A.2.a). Sin embargo, sus ideas no constituyen, desde la perspectiva que aquí se defiende, el fundamento clave para legitimar condenas con riesgo de error, sino una muestra más de que, en determinados casos, pueden no coincidir hechos probados con hechos efectivamente acaecidos sin que por ello concurra una instrumentalización del individuo condenado.

a) Se acusa de receptación (art. 298 CP) a un marchante y crítico de arte por haber adquirido a un precio ridículo tres cuadros de un pintor muy famoso que habían sido sustraídos días antes de una pinacoteca. El Tribunal que le juzga entiende que concurre dolo pues, dada la profesión del acusado, éste necesariamente supo que el precio de los cuadros era irrisorio, por lo que igualmente se representó (aunque fuera eventualmente) que podían haber sido robados. El acusado, que psicológicamente ni siquiera se planteó tal posibilidad, prefiere asumir la condena antes que declarar su ignorancia, por miedo a arruinar su prestigio profesional.

b) Se acusa a un motorista de lesiones dolosas por haber arrollado a un peatón con su motocicleta. El juez afirma el dolo al considerar que, dado el lugar en que se encontraba la víctima, el acusado necesariamente advirtió su presencia y, por tanto, el peligro que implicaba su comportamiento. Pese a que, a causa de una miopía extrema, el acusado no contó de forma efectiva (desde un punto de vista psicológico) con tales conocimientos, prefiere no alegar tal circunstancia para evitar que se le retire de forma definitiva el permiso de conducción[936].

También en estos dos supuestos concurre una divergencia evidente entre hechos efectivamente acaecidos y hechos probados que, sin embargo, no permite afirmar que se esté instrumentalizando al condenado. Distintos serían, evidentemente, los supuestos en que el acusado alegase su ignorancia o su miopía y el Tribunal no diera crédito a tales alegaciones, condenando igualmente por delito doloso. En este último supuesto concurriría una instrumentalización, aunque ésta no pudiera ser constatada en concreto, por la imposibilidad de reconstruir el estado real de la psique del autor en el momento en que éste llevó a cabo la conducta objetiva del tipo de receptación o de lesiones.

En cualquier caso, lo que pretende mostrarse con los anteriores ejemplos es que no a toda condena que se base en hechos probados no efectivamente acaecidos le es implícita una instrumentalización del individuo. Evidentemente es imposible saber cuándo concurre uno de estos supuestos, pues su detección requeriría reconstruir determinadas realidades psicológicas y, en consecuencia, es también imposible determinar en qué tanto por ciento de supuestos se dan situaciones como las anteriores. Sin embargo, poniéndose de manifiesto la posibilidad de estas estructuras se advierte una primera reducción de la entidad del riesgo de instrumentalización que se asume en toda condena por delito doloso.

[936] Ejemplo desarrollado a partir de FREUND, *Normative Probleme*, p. 129. Este autor distingue entre supuestos en que el sujeto no quiere evitar la condena por intereses afectivos y el que lo hace por intereses materiales, aunque propone para ambos casos un idéntico tratamiento.

B) Sentido social y reducción de riesgos

Aislados los supuestos en que, desde un punto de vista teórico, el recurso al criterio del sentido social conduce a que con la condena por delito doloso se instrumentalice a un sujeto, procede ahora plantearse la posibilidad de configurar de tal modo dicho criterio que se consiga reducir, tanto como su naturaleza lo permita, las posibilidades de producción de tales instrumentalizaciones. Una vez más, es evidente que tampoco en este ámbito va a poder cuantificarse numéricamente las repercusiones de tal reducción, pero ello no impide afirmar que, en términos globales, conseguir una reducción es algo factible. Ello se debe a que el criterio del sentido social puede configurarse de una forma más o menos restrictiva y, en consecuencia, puede asumirse con su empleo un mayor o menor nivel de riesgo de error.

La valoración social sobre la consciencia con que una persona ha llevado a cabo un determinado comportamiento puede revestir diversas formas. Existen supuestos en que, desde un punto de vista social, se considera sólo como *posible* o incluso *improbable* que alguien haya llevado a cabo una conducta con el conocimiento de las circunstancias que configuran el tipo penal. En otros casos, a partir de una valoración de los hechos objetivos se entiende como *bastante probable* una determinada consciencia, mientras que respecto a un último grupo de supuestos se valora como *inequívoco*, desde una perspectiva social, que un sujeto ha realizado su conducta con el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo. Es evidente que, si para la imputación de tal consciencia, se considera suficiente con que se juzgue simplemente como posible su concurrencia desde una óptica social, se acabará determinando una realización dolosa en un número de supuestos globalmente más elevado que si tal determinación se restringe a los casos en que, desde una perspectiva social, parece inequívoco que un hecho ha sido llevado a cabo de forma consciente.

Toda valoración social sobre el conocimiento ajeno puede gozar de un grado de aceptación más o menos amplio. Así, mientras en algunos casos pocos intérpretes de una conducta objetivamente típica y de las circunstancias que la acompañan se atreverían a afirmar la concurrencia de una realización consciente, en otros resulta indiscutible que tal valoración gozaría de un grado generalizado de consenso. También en este punto resulta evidente que, exigiendo que las valoraciones empleadas para imputar conocimientos cuenten con una aceptación generalizada, se restringe el número de casos en que es posible imputar a alguien los conocimientos requeridos por el dolo y, de forma simultánea, se reduce globalmente el riesgo de instrumentalización que se asume con tales condenas.

La voluntad ya expresada de intentar reducir al máximo el riesgo de instrumentalización que se asume en toda imputación de conocimientos basada en el sentido social como criterio de «determinación del dolo», exige que se acoja la acepción más restringida posible de este criterio. Ello implica que *sólo se deban atribuir determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo con el sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos.*

Esta solución presenta una segunda ventaja que se une a la reducción del riesgo de instrumentalización: su empleo no interfiere en la eficacia del Derecho penal. En efecto, cuando se opta por no atribuir a un sujeto la consciencia requerida por el dolo en los casos en que, desde una óptica social, quedan espacios para la duda, en modo alguno se transmite a la sociedad un mensaje que a ésta le resulte imposible comprender. Éste es, asimismo, el terreno en que debe desplegar sus efectos el principio *in dubio pro reo*. Si se abandona un criterio de imputación meramente subjetivo como la convicción judicial, dicho principio no puede seguir vinculándose a la duda personal del juez, sino que debe recurrirse a él para negar el dolo en los casos en que no existe un sentido social claro sobre si una conducta ha sido realizada conscientemente. Cuando a partir de las características externas de un comportamiento y de las circunstancias que lo acompañan no sea posible valorar inequívocamente que éste ha sido realizado de forma consciente, deberá optarse por no imputar el conocimiento.

Es evidente que las valoraciones sociales sobre el conocimiento ajeno, incluso cuando su vigencia sea indiscutible, incorporan siempre un margen de error con respecto a la realidad psicológica y, por tanto, un riesgo de que se instrumentalice a quien se condena por aquello que, desde el punto de vista de la sociedad, se considera realización dolosa de un tipo penal. Por este motivo se hace necesario valorar la conveniencia de recurrir a otros criterios que permitan ulteriores reducciones del nivel de riesgo subsistente.

C) Ciencias empíricas y sentido social

A una perspectiva como la expuesta en los apartados anteriores se le puede plantear la cuestión acerca de qué papel deben desempeñar las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación procesal del dolo. En primer lugar, es conveniente dejar sentada la idea de que, si se buscan métodos uniformes para la resolución de los casos, éstos no pueden ser resueltos acudiendo en unas ocasiones a un criterio de determinación

y en otros a otro distinto[937]. En consecuencia, la elección del sentido social como criterio propuesto para la «determinación del dolo» implica que el papel que deben desempeñar las ciencias empíricas en este ámbito debe estar siempre condicionado por el punto de vista que la sociedad sostenga sobre la capacidad de ciertas disciplinas científicas para averiguar correctamente el conocimiento ajeno y pretérito.

En un apartado anterior de este trabajo se ha puesto en evidencia cómo en la actualidad no puede afirmarse que socialmente se confíe en que ciencias empíricas como la psicología o la psiquiatría puedan aportar soluciones ciertas sobre aquello de lo que fue consciente una persona en un momento pretérito[938]. Vinculando esta idea al criterio del sentido social, debe afirmarse consecuentemente que las ciencias empíricas no deben desempeñar papel alguno en el ámbito de la determinación procesal del conocimiento, al menos mientras no cambien las valoraciones de la sociedad respecto a las capacidades de tales ciencias. La razón de ser de esta última afirmación puede confirmarse atendiendo a las finalidades del Derecho penal: el recurso a las ciencias empíricas en ámbitos en los que la sociedad no ha asumido que éstas sean capaces de aportar soluciones concluyentes conlleva el evidente riesgo de que la aplicación del Derecho penal cause un efecto de desorientación en la colectividad. La evidente tendencia de determinados planteamientos de la psicología a negar la concurrencia del sustrato fáctico requerido por el dolo llevaría a absolver, o sólo a castigar como imprudentes, supuestos que, desde el punto de vista de la sociedad, tienen un claro significado de haber sido realizados de modo conscientes por su autor[939].

Sin embargo, y a diferencia de lo afirmado para la determinación del tipo subjetivo, hoy en día sí se admite de forma generalizada que ciencias como la psicología o la psiquiatría pueden aportar orientaciones decisivas sobre la imputabilidad del acusado. Por este motivo no sólo resulta recomendable, sino necesario, que se acuda a ellas para dilucidar las posibles dudas sobre dicha imputabilidad. Admitiendo que tales ciencias desempeñan un papel importante en este último punto, es posible poner a la vez de manifiesto que éstas ejercen de modo efectivo, aunque sólo indirecto, *una tarea de reducción del riesgo de instrumentalización que se asume en una «determinación del dolo» llevada a cabo a partir del sentido social de un hecho*. Esta idea debe ser desarrollada a continuación.

[937] Cfr., al respecto, BRESSER, *Lange-FS*, pp. 666-667.

[938] Cfr. *supra* VII.3.A.3 y VIII.4.

[939] Esta problemática se analiza de forma detallada *infra* X.2.C.2, donde se expone el tratamiento que procede dispensar a los delitos cometidos en situaciones pasionales.

C.1. Ciencias empíricas y reducción de riesgos

Como se ha afirmado repetidamente, el riesgo de instrumentalizar a un individuo que se asume en toda condena se realiza de modo efectivo, por lo que respecta al dolo, en aquellos casos en que se imputa a un sujeto unos conocimientos con los que éste (psicológicamente hablando) no ha contado, sin que, a la vez, dicho sujeto haya previsto la posibilidad de tal condena. Algunos de los supuestos en que es imaginable tal divergencia son todos aquéllos en que, a causa de determinadas deficiencias de tipo orgánico, un sujeto no ha contado (psicológicamente) con el conocimiento que se le imputa. Esta idea puede exponerse tomando como punto de partida el siguiente ejemplo:

> *Después de haber ingerido una gran cantidad de drogas alucinógenas, el acusado creyó oír voces del más allá que le alentaban a lanzar a su hijo de corta edad por la ventana del apartamento en el que se encontraba, asegurándole que unos ángeles tomarían en sus manos al pequeño e impedirían que sufriera daño alguno. En el momento en que el acusado obedeció a tales voces y lanzó a su hijo desde el séptimo piso no fue (psicológicamente) consciente de que creaba un elevadísimo riesgo para la vida de éste.*

La «determinación del dolo» del sujeto a partir del criterio del sentido social del comportamiento realizado y de las circunstancias que lo acompañan lleva a un resultado indiscutible: cualquier persona que lanza a un niño de tan corta edad desde semejante altura es consciente de que está efectuando una conducta apta para causar su muerte[940]. Esta conclusión implica una divergencia entre los auténticos hechos psíquicos (el sujeto no se representó tal riesgo) y el resultado de la imputación, aunque —por motivos ya expuestos— tal divergencia no puede llegar a ser determinada en la práctica. Es en este punto donde las ciencias empíricas desempeñan su papel restrictivo de riesgos de instrumentalización: si al analizarse la capacidad de culpabilidad se consigue poner en evidencia a través de la prueba pericial que el acusado tenía completamente alteradas sus capacidades intelectivas y volitivas, éste podría ser declarado inimputable y, por tanto, no condenado. Con la evitación de la condena se consigue que el riesgo de error asumido en el ámbito de la «determinación del dolo» no llegue a materializarse: la absolución final evita que se acabe instrumentalizando al acusado.

El juicio en virtud del sentido social no siempre se lleva hasta su último extremo: en determinados casos se acepta una apelación a la individualidad del sujeto para eximir a éste de las consecuencias que deberían derivarse de su conducta en el supuesto de que ésta fuera valorada

[940] Un desarrollo de los fundamentos de afirmaciones como ésta *infra* XII.2.

de acuerdo con parámetros sociales. Éste es el caso de los inimputables, a quienes se exonera del sentido social creado con su actuación a causa de determinadas peculiaridades de su individualidad. La contrapartida a tal exoneración, sin embargo, es que en adelante no se les va a tener más en cuenta como interlocutores aptos para la comunicación social[941]. La pérdida de tal aptitud comporta ventajas, como la no imposición de la sanción penal, pero a la vez inconvenientes, como, por ejemplo, que deje de considerarse al sujeto como capacitado para determinados actos de naturaleza negocial o para ejercer ciertos cargos públicos, aparte de los casos en que, además, se le juzgue peligroso y se le imponga una medida de seguridad.

La importancia del papel de las ciencias empíricas en este ámbito es puesta expresivamente de manifiesto por *Wolfgang Köberer*, cuando este autor afirma que, en el empleo de teorías basadas en la experiencia cotidiana para determinar los elementos subjetivos del delito,

> no concurre el peligro de errar por completo sobre el aspecto psicológico del autor, pues los presupuestos aplicativos para la atribución del dolo se comprueban por separado en la *culpabilidad*, donde ya no queda margen para «psicologías esotéricas», pues la determinación de la culpabilidad es una cuestión empírica a pesar de todas las discusiones normativas sobre sus límites[942].

En la medida en que en el ámbito de la «determinación del dolo» se trabaja con un modelo ideal de sujeto («*cualquier persona* que lanza a un niño de tan corta edad es consciente de que está llevando a cabo una conducta apta para causar la muerte de éste»), se incorpora en toda condena un riesgo de error atribuible a la posibilidad de que el sujeto concreto a quien se juzga no reúna las características de dicho modelo. El recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad permite evitar la realización efectiva de dicho riesgo, en la medida en que con tal recurso pueden ponerse de manifiesto los casos en que el grado de divergencia entre el modelo ideal y el concreto sujeto activo es especialmente evidente.

Pese a las anteriores afirmaciones debe dejarse claro que, aunque el recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad tenga un efecto reductor de los riesgos de condena errónea, ello no implica que los hechos en cuestión dejen de ser considerados dolosos[943]. Esta afirmación tiene una especial importancia en los supuestos de realización de conductas objetivamente típicas en que el sujeto se encuentra inmerso en un estado pasional *(«Affekt»)* especialmente intenso.

[941] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 15.

[942] KÖBERER, *KrimJ*, 1983, p. 190 (cursiva en el original).

[943] Ello sin perjuicio de lo que se afirmará *infra* XII.5.

C.2. Atribución del dolo y estados pasionales

Desde ciertos ámbitos de la doctrina penal se viene insistiendo con alguna frecuencia en las últimas décadas en el hecho de que los avances de las ciencias empíricas permiten aseverar que, cuando un sujeto actúa inmerso en determinados estados pasionales, no puede entenderse que en su actuación concurra el conocimiento (y, eventualmente, la voluntad) exigidos por el dolo[944]. Estas ideas pueden resumirse en la afirmación de que estados pasionales y dolo son incompatibles, y todo indica que la vía adecuada para trasladar estas ideas al proceso pasa por recurrir a la prueba pericial. Según algunos autores, acreditada fehacientemente por los peritos una situación pasional, la única opción del juez es negar el dolo.

Sin embargo, cuando se afirma que el dolo es algo que se determina en función del sentido social de un hecho, también éste es el criterio que deberá emplearse para resolver los supuestos en que concurre un estado pasional. Así, por ejemplo, en el discutido supuesto en que el acusado, experto karateka, perdió los nervios a causa del persistente llanto de un bebé y le propinó un golpe en la nuca con el canto de la mano que le causó la muerte, el sentido social evidente del hecho no puede ser otro que afirmar el dolo homicida del acusado pues, desde un punto de vista social, resulta inadmisible afirmar que alguien que conoce perfectamente la fuerza de sus golpes y la vulnerabilidad de la víctima haya dejado de representarse estar creando un riesgo para la vida de ésta cuando realizaba semejante conducta[945]. Afirmar ante casos como éste que sólo concurre un homicidio imprudente, es decir, que la muerte se ha producido por un descuido, es algo que desde el prisma social no resulta comprensible[946].

De la anterior afirmación no debe deducirse que convenga dejar totalmente fuera de consideración el hecho de que el acusado haya actuado

[944] Cfr. los trabajos de PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 454 ss; KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 15 ss, así como la obra en que en buena medida se basan ambos autores: LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 20. Cfr., igualmente, SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, esp., pp. 104-105 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 100. Sobre la discusión histórica acerca de la cuestión, cfr. PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 12 ss y 22 ss, e, igualmente, SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 107 ss. Para las diversas definiciones de estado pasional *(«Affekt»)*, cfr. ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 17 ss. Referencias jurisprudenciales en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 117 (nota 230).

[945] También CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal*, p. 508, resuelve este supuesto de hecho en un sentido idéntico. La descripción del caso, cuya sentencia puede encontrarse en *NStZ*, 1988, p. 175 ss, en PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 460. Cfr. *supra* II.3 ulteriores referencias bibliográficas sobre este supuesto. Pueden encontrase casos similares en SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 113 ss.

[946] Interesante al respecto, ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 117, quien afirma que una conducta realizada en un estado pasional «no presenta parecido alguno con la acción imprudente, entendida ésta como desacierto descuidado, sino que se dirige a un objetivo».

obcecado por un estado pasional provocado por la conjunción del molesto llanto del niño y de su carácter irritable. Sin embargo, la sede adecuada para llevar a cabo tal toma en consideración no es el dolo, donde se opera con sentido social y, por tanto, con un modelo ideal de persona[947]. El ámbito donde debe tratarse la posible concurrencia de un estado pasional y los efectos que de ella deben derivarse es la culpabilidad, esto es, el elemento del delito en el que se analiza si realmente puede entenderse que en el supuesto de hecho ha concurrido un sujeto «normal»[948]. Si del análisis de culpabilidad se concluye que en el momento de los hechos el sujeto se hallaba dominado por impulsos tan poderosos que ya no actuaba en una situación de normalidad, el aplicador jurídico encuentra en el texto de la ley suficientes recursos para dejar de atribuir a dicho sujeto el sentido social creado con su hecho, o para atribuírselo sólo parcialmente[949]. Sin embargo, el que por cuestiones relativas a la culpabilidad el sentido social no se atribuya a quien lo ha creado no quiere decir que tal sentido haya dejado de emitirse.

La solución que en cualquier caso no parece adecuada es la que afirma que en estos supuestos debe apreciarse un homicidio imprudente (el estado pasional elimina el conocimiento necesario para el dolo) pero sin que el sujeto deje de ser culpable. Esta solución encierra un enorme contrasentido, pues viene a decir que en el supuesto de hecho concurre

[947] El Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz) que «en principio puede decirse que la disminución de la capacidad intelectiva, o la disminución de la culpabilidad no afecta al dolo». Sin embargo, no está demasiado claro si esta afirmación se sostiene en la sentencia como una regla con validez general, o si con ella sólo se hace referencia a la problemática del caso concreto que se resuelve. Cfr., asimismo, la STS de 13 de noviembre de 1991 (A 8299, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se afirma que «la capacidad de culpabilidad no influye sobre el conocimiento de los elementos del tipo ni sobre la voluntad de realizar la acción ejecutada».

[948] Cfr., en este punto, las consideraciones de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 131 ss, quien pone en duda que la discusión sobre los límites del dolo y la imprudencia sea el lugar adecuado para tratar las aminoraciones de pena que la inmensa mayoría de la doctrina considera necesarias para el caso en que el autor actúe inmerso en un estado pasional (*ibidem*, n.º marg. 134). En la doctrina española SILVA SÁNCHEZ, «Sobre los "movimientos reflejos", "actos en cortocircuito" y "reacciones automatizadas"», en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 38, entiende que el ámbito en que conviene tratar el problema de los estados pasionales es el del transtorno mental transitorio. Otro punto de vista en FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 420, quien en el concreto caso de la prueba del ánimo de matar en el delito de homicidio entiende que el papel fundamental lo desempeña una investigación psico-física de la personalidad del acusado, teniendo especial importancia «sus antecedentes, su comportamiento anterior y posterior al delito, las peculiaridades emotivas de su sique, lo mismo que su estado mental».

[949] Lo que, sin entrar en análisis concretos, parece perfectamente posible acudiendo a las diversas causas de inimputabilidad contenidas en el Código, con sus correspondientes eximentes incompletas e, incluso, la atenuante analógica.

un sujeto que era «normal» en el momento de llevar a cabo su comportamiento y, sin embargo, que éste no se representó lo que una persona normal no podía haberse dejado de representar[950]. El sentido desorientador de resoluciones como ésta parece estar fuera de toda duda[951].

Wolfgang Schild se ha ocupado en tiempos recientes de esta problemática, defendiendo para su resolución un punto de vista original que no parece pasar por vincular las posibles soluciones a la averiguación de datos psicológicos[952]. Sin embargo, desde su punto de vista tampoco una solución como la que aquí se defiende (que «renuncia por completo a cualquier certeza psicológica —aunque provenga de la Psicología de la *Gestalt*— y desarrolla un concepto de dolo puramente normativo, despsicologizado») parece acertada, pues este autor entiende que con ella no se deja de pensar en un sentido psicológico: se parte de que conocer y querer son objeto de la psicología y, sólo cuando el recurso a esta ciencia no proporciona resultados satisfactorios, se propone una construcción normativa[953]. El punto de vista defendido por *Schild* se expone a partir del siguiente caso, comentado por el propio autor:

> *El acusado Anton causó la muerte de su prometida Gerda golpeando repetidamente la cabeza de ésta con una plancha, después de que ella hubiera anunciado su intención de poner fin a la relación sentimental que les unía. Desde el punto de vista psicológico se plantean dudas sobre si el autor podía ser verdaderamente consciente de estar causando la muerte de su pareja cuando lo que él precisamente quería es que ella continuara a su lado*[954].

[950] PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16, constata que un punto de vista como éste lleva a una doble valoración de los estados emocionales como factores que exoneran al autor penal y que el lugar más idóneo para llevar a cabo tal valoración es la culpabilidad.

[951] Una convincente crítica a la jurisprudencia del BGH, muy reacia a admitir dolo homicida en caso de estados pasionales, en PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 133.

[952] En SCHILD, «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 48 ss, se analiza la problemática del tipo subjetivo en los casos de homicidio del compañero sentimental, unos supuestos en que, si bien no se presentan los rasgos característicos de los estados pasionales, sí se plantean dudas sobre la integridad psíquica del sujeto en el momento de llevar a cabo el comportamiento homicida. Sobre la separación entre el concepto jurídico de dolo y el punto de vista de las ciencias empíricas, cfr. *ibidem*, p. 51.

[953] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 51.

[954] SCHILD, *JA*, 1991, p. 51, muestra a qué resultados llevarían algunas propuestas normativas con las que él está en desacuerdo: «en un caso como el del homicidio de Gerda a manos de Anton debe afirmarse por fuerza dolo pues, en caso contrario, la función preventivo-general del sistema penal no se realizaría por completo o podría incluso frustrarse. Si el destinatario del sistema jurídico-penal (ley, juicio y ejecución penal) es la comunidad que confía en el Derecho, ésta debe ser confirmada en su modo de ver las cosas (lo correcto es confiar en la vigencia de la norma) y debe verse reforzada en su confianza en el Derecho. Afirmar que, en casos como el de Anton, no concurre un delito doloso es algo que, como ya se ha afirmado, incomoda y frustra la expectativa normativa de quie-

Schild entiende que, desde un principio, ni la voluntad ni el conocimiento en Derecho penal son objeto de la psicología, sino que éstos deben identificarse en la reflexión ético-práctica del sujeto ante situaciones en que se le exige una responsabilidad. El factor clave desde su punto de vista radica en si el sujeto identifica el comportamiento típico como su propio pasado y en si puede reconocer en él la realización de su voluntad. Según los planteamientos de este autor, el dolo debe afirmarse cuando de acuerdo con criterios de validez y aceptación general (que también deben regir para el acusado) el sujeto activo tiene que responder por el hecho como realización de su voluntad[955]. Aplicando este punto de vista al anterior supuesto, *Schild* afirma la concurrencia de dolo en el protagonista del ejemplo[956]. Desde su perspectiva tal solución se explica porque, en los días anteriores al homicidio, el acusado había ido dando forma a la idea de que no era posible que su amada viviera sin él a su lado. Ello permite, de acuerdo con una reflexión ético-práctica sobre la responsabilidad jurídica, atribuir la posterior muerte a la voluntad del sujeto: habiendo albergado tales pensamientos, el acusado no puede dejar de ver reflejada en el hecho su voluntad de que la víctima muriese[957]. Sin embargo, *Schild* entiende que las circunstancias del sujeto permiten considerar que sólo concurre una modalidad menos grave de homicidio[958].

Dejando a un lado el discutible concepto de dolo en que se basa, la propuesta de *Schild* plantea numerosos motivos para la duda. En primer lugar, la oscuridad de los argumentos esgrimidos por este autor para la afirmación del dolo hacen francamente difícil aventurar qué solución corresponde a cada caso y a partir de qué criterios debe obtenerse ésta. En este sentido, resulta imposible imaginar cómo tales planteamientos pueden desglosarse en reglas intermedias, claras y racionales que permitan desterrar la impresión de que para cada supuesto se manejan criterios *ad hoc* y, por tanto, de que concurre una cierta arbitrariedad. En segundo lugar, y pese a su crítica a planteamientos como el aquí defendido, su propuesta no deja de acudir a otros criterios de imputación, sin que se consiga demostrar que éstos resultan más idóneos para que el Derecho penal despliegue de forma adecuada sus efectos, ni tampoco se legitima

nes confían en el Derecho. ¡Un Derecho penal como éste sería disfuncional! Por ello es necesario construir precisamente el dolo de Anton a partir de fundamentos preventivos».

[955] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 52.

[956] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 54 ss.

[957] SCHILD, *JA*, 1991, p. 56, considera que, para atribuir responsabilidad, el juez tiene que atender también a los antecedentes del autor y a sus relaciones con la víctima, no en el sentido de la culpabilidad por la forma de vida, sino para conseguir una correcta comprensión del hecho.

[958] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 56. El autor basa esta solución en la posibilidad de atenuación de pena prevista en el § 213 StGB.

el posible riesgo de instrumentalización que lleva implícito su empleo. Sólo estos motivos permiten ya afirmar que la solución que aquí se defiende parece en muchos aspectos más adecuada que la propuesta por este autor.

De acuerdo con lo expuesto, la solución al problema del dolo en casos de situaciones pasionales tiene también que obtenerse a partir del sentido social de la conducta y de las circunstancias que la acompañan. Esta solución no sólo debe hacer posible otorgar a los casos un tratamiento uniforme, sino que, además, está en sintonía con las capacidades que hoy en día se atribuyen socialmente a las ciencias empíricas: pese a que se entiende que dichas ciencias no pueden decir exactamente qué es lo que se ha representado un sujeto en el pasado, sí se les reconoce la capacidad de determinar ante cada caso si concurre un sujeto «normal» a quien sea posible atribuir por completo el sentido social creado con su conducta[959]. La contribución de las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad permite reducir los riesgos que se derivan del empleo del sentido social como criterio de «determinación del dolo», sin interferir por ello en el contenido de los mensajes que el Derecho penal dirige a la colectividad.

X.3. LEGITIMACIÓN DEL SENTIDO SOCIAL COMO CRITERIO DE «DETERMINACIÓN DEL DOLO»

En los anteriores apartados han sido aislados conceptualmente, en primer lugar, los casos en que concurre una instrumentalización cuando se recurre al sentido social como criterio para determinar en qué supuestos un hecho ha sido realizado dolosamente. Seguidamente, se ha aportado una caracterización de este criterio que supone una reducción global de riesgos que debe verse completada con el recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad. Pese todo lo anterior, es evidente que el recurso al sentido social sigue sin poder garantizar que sus resultados vayan a coincidir, plenamente y en todos los casos, con la realidad psicológica del sujeto, o que, en los supuestos en que no se dé tal coincidencia, ésta no suponga una instrumentalización. En proporciones más

[959] PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16: «esta vigencia práctica de la conducta, interpretada desde un punto de vista racional como un juicio de deber-ser que contradice directamente la integridad de los intereses ajenos jurídicamente protegidos, debe ser imputada al autor como su injusto personal, siempre que éste sea considerado como un *partner* competente en el proceso de comunicación social. Es una cuestión de culpabilidad si el autor ha realizado este juicio, desde un punto de vista psíquico, con claridad de discernimiento». En sentido contrario la STS (Sala 5.ª) de 15 de marzo de 1997 (A 2505, ponente Aparicio Gallego), en la que el «transtorno grave de la personalidad» padecido por el acusado se emplea como indicio, entre otros, para negar el dolo.

o menos restringidas es evidente que un cierto grado de riesgo siempre subsiste. La pregunta clave que debe ahora responderse es si cabe considerar legítima una condena pese a su permanencia.

En el Capítulo precedente han sido analizados diversos criterios aportados por la doctrina para legitimar la posibilidad de dictar una condena pese al inevitable riesgo de error entre hechos probados y realidad acaecida. Rechazado el criterio propuesto por *Georg Freund*, por hacer depender éste dicha legitimidad en la mayoría de supuestos de la actitud procesal del acusado, dos argumentos parecen mostrar un especial vigor: los defendidos por *Andreas Hoyer* y *Ulrich Stein*. El primero de estos autores defiende la idea de que *en todo ciudadano concurre una doble pretensión*: por un lado, la de nunca ser condenado como culpable de un delito sin haber cumplido de modo efectivo con los requisitos que la ley exige para declarar tal culpabilidad; por otro lado, la de que el Estado proteja sus bienes más fundamentales frente a agresiones de terceros, plasmándose dicha protección, entre otros ámbitos, en la acción del Derecho penal[960]. Como pone en evidencia *Hoyer,* ambas pretensiones no pueden mantenerse a la vez en sus términos más absolutos: al ser imposible una reconstrucción totalmente fidedigna de los hechos efectivamente acaecidos, en toda condena se asume el riesgo de estar castigando a un inocente, un riesgo que sólo podría excluirse completamente prescindiendo de la acción del Derecho penal. En este último caso, sin embargo, el Estado ya no estaría en condiciones de garantizar la protección de los intereses de los ciudadanos. De ahí que pueda afirmarse que el interés que tienen éstos en que el Estado les proteja sólo puede satisfacerse si están dispuestos a pagar el precio que implica aceptar el riesgo de poder ser condenados alguna vez como culpables de un delito sin haber cumplido de forma efectiva con todas las circunstancias que la ley exige para tal condena. La corrección de esta idea —con independencia de los cuestionables desarrollos que a partir de ella extrae *Hoyer*— apenas parece discutible[961].

Uno de los planteamientos defendidos por *Stein* es paralelo a las anteriores ideas. Mientras se afirma por parte de algunos autores que condenar pese al riesgo de error implica un atentado contra la dignidad de la persona, advierte *Stein* que no por ello la Constitución deja de regular la posibilidad de que el Estado haga uso de la sanción penal y de atribuir determinadas finalidades a este recurso. Ello implica que, si no se quiere afirmar que la Constitución se contradice, debe admitirse que la protección de la dignidad de la persona no puede llevarse hasta el extremo de convertir en inefectivo el Derecho penal. En cierto modo, estos

[960] En general, HOYER, *ZStW,* 105 (1993), p. 539 ss y *supra* IX.4.A.2.b

[961] Sobre la perspectiva defendida por HOYER y los problemas que plantea ésta, cfr. *supra* IX.4.A.2.b.

argumentos pueden entenderse como la aportación de un fundamento jurídico-constitucional a las ideas de *Hoyer*: la Constitución pretende proteger tanto la pretensión de los individuos de no ser víctimas de injerencias en sus derechos fundamentales, como el interés de éstos en que el Estado les asista para la protección de tales derechos.

El sentido social como criterio de atribución del conocimiento ajeno, en los términos en que se ha planteado, debe ser analizado ahora a la luz de criterios de legitimación como los expuestos. Como ya se ha afirmado repetidamente, resulta imposible cuantificar en qué porcentaje de casos se da una situación de divergencia entre conocimientos imputados de acuerdo con el sentido social y conocimiento como realidad psicológica efectivamente acaecida. Sin embargo, todo lleva a pensar que se trata de una cantidad no demasiado elevada. Para comprobar la corrección de semejante punto de vista, basta con preguntarse por el número de veces en que, en la vida cotidiana, otras personas le atribuyen a uno, en virtud de circunstancias externas, el conocimiento de un hecho que en realidad nunca ha tenido. Si por regla general la respuesta es que tal divergencia se da pocas veces, esta escasa frecuencia se reduce más aun si, dado lo gravoso de la sanción penal, se adoptan especiales cautelas en el momento de decidir sobre el contenido subjetivo de los comportamientos ajenos: penalmente no bastan meras suposiciones como pueden darse en la vida cotidiana, sino que el hecho debe tener el *inequívoco* significado de haber sido realizado conscientemente.

Aislado globalmente el grupo de supuestos en que existe el riesgo de una (indetectable) instrumentalización, dicho riesgo debe situarse en una balanza junto a los que se derivarían de suprimir del Derecho penal la previsión de tipos dolosos por considerar que éstos resultan inaplicables[962]. Desde el punto de vista que aquí se sostiene, parece incuestionable que, tanto a corto como a largo plazo, los perjuicios serían superiores de aceptarse el segundo riesgo. En consecuencia, conviene en este punto dar la razón a *Hoyer* y *Stein*: si los individuos aspiran a que el Derecho penal les proteja de algún modo deben asumir el (todo indica que escaso) riesgo de que alguna vez se les pueda condenar por un hecho no efectivamente cometido. Y ello implica que la protección constitucional de la dignidad de la persona no puede interpretarse de tal modo que haga ineficaz la acción del sistema punitivo del Estado, pese a los riesgos que ésta implica.

Desde este punto de vista, no parece descabellado afirmar incluso que en realidad no concurre instrumentalización alguna. La crítica de la instrumentalización sólo atiende al momento posterior a la imposición de

[962] Esto es, un Derecho penal donde la diferencia entre lo doloso y lo imprudente dejara de existir y en el que no tuvieran prácticamente sentido todos aquellos tipos para los que únicamente se prevé la punición en caso de comisión dolosa.

la condena, esto es, a aquel instante en que el sujeto ya ha sido (desde el prisma psicológico) incorrectamente condenado y lamenta tener que pagar a costa de algunos de sus derechos fundamentales determinados beneficios sociales que pretendidamente se generan a través de la pena que se le impone. Sin embargo, las cosas se ven de otra manera si se observan desde una perspectiva anterior a la condena o, mejor aun, al proceso mismo, y si en este momento previo se formula la pregunta de si prefiere correrse el hipotético riesgo de llegar a ser condenado algún día injustamente (desde el punto de vista psicológico) o los perjuicios que se derivarían de una práctica derogación del Derecho penal. En la medida en que todo parece indicar que cualquier individuo racional asumiría el primer riesgo se hace difícil continuar hablando de instrumentalización.

Para que tal riesgo resulte soportable por los ciudadanos, el Estado debe atenerse una serie de condiciones en su recurso a la sanción penal. La condición principal viene dada por la exigencia de que se dé una situación de igualdad entre los posibles destinatarios de los riesgos inherentes a la existencia del Derecho penal. Ello implica, en primer lugar, que no pueda determinarse *a priori* (antes de que se realice cualquier comportamiento) qué concretos individuos van a padecer la existencia de tales riesgos y, en segundo lugar, que los criterios que se utilicen para determinar tal padecimiento garanticen un trato igualitario entre todos los posibles destinatarios[963]. Otra condición básica es explicitada por *Stein*: dada la entidad de la sanción penal sólo parecen asumibles aquellos riesgos que resulten imprescindibles para garantizar la razón de ser del Derecho penal. El inequívoco sentido social como criterio para la atribución

[963] A este ámbito son trasladables algunos de los razonamientos que se emplean para justificar la existencia de determinados riesgos permitidos en el seno de la sociedad. Así, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, Madrid, 1996, p. 118, entiende que, «puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado como *riesgo permitido*» (cursiva en el original). Este autor añade (*ibidem*, p. 122) que «en una sociedad de libertades no puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamientos a expensas de los demás. De aquí se deduce, especialmente, que quienes deben soportar el coste han de tener carácter anónimo en el momento en que la actividad tiene lugar». A las anteriores ideas se añade un ejemplo (*ibidem*): «si *ex ante* se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a ocasionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que *ex ante* las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporte». Argumentos similares parecen poder emplearse con respecto de los riesgos que se derivan de la justicia penal.

del conocimiento en que se fundamenta el dolo cumple con todas estas exigencias: garantiza una igualdad de trato entre los sujetos —a todos se les juzga por el sentido social que se desprenda de sus comportamientos— y, al reducir la atribución del conocimiento a los supuestos en que se juzga inequívoca su concurrencia, el recurso a la pena se circunscribe a aquellos casos en que resulta absolutamente imprescindible replicar al sentido social que el sujeto ha expresado con su conducta.

X.4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO A PARTIR DEL SENTIDO SOCIAL

A diferencia de las presunciones generales de dolo empleadas en otros tiempos, el sistema de atribución del conocimiento que aquí se propugna no prejuzga un hecho antes de entrar en su análisis. Cierto es que cuando este análisis se lleve a cabo deberán aplicarse reglas con carácter presuntivo: cuando se abandona la búsqueda de fenómenos psicológicos y se pasa a juzgar el dolo en función de la significación social del hecho, es evidente que detrás de dicha significación social se ocultan determinadas presunciones asentadas en las valoraciones sociales, de acuerdo con cuyo contenido, cuando un hecho adopta cierta configuración externa, se entiende que su autor lo ha realizado con determinados conocimientos[964]. El contenido presuntivo es inevitable en todo juicio de atribución del conocimiento que no pase por una plena reconstrucción de éste como proceso psíquico efectivamente acaecido[965]. Sin embargo existen dos diferencias ciertamente evidentes: en primer lugar, mientras las tradicionales presunciones de dolo reducían los criterios de atribución a una única regla, el criterio que aquí se propone tiene en cuenta la riqueza y variedad de los comportamientos humanos[966]. En segundo lugar, el

[964] KÖHLER, Comentario a la sentencia del BGH de 17 de junio de 1980, en *JZ*, 1981, p. 37, se muestra crítico con el fenómeno que él denomina «objetivación del dolo», que se da en aquellas situaciones en que se trabaja con reglas concretas para la «prueba del dolo». Entiende este autor que, en estos supuestos, los casos se acaban subsumiendo en las reglas de prueba y no en el concepto de dolo. Sin embargo, como es habitual en la doctrina, tampoco este autor aporta criterios más adecuados para acreditar el dolo prescindiendo de las reglas de prueba y de la objetivación.

[965] Las antiguas presunciones de dolo y la imputación de dolo, como aquí se ha expuesto (cfr. *supra* IX.2), comparten, ciertamente, un común denominador: el dolo no se determina a partir de la reconstrucción de ciertos datos psicológicos, sino que se atribuye normativamente al sujeto. Cfr., al respecto, PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 417 (y nota 12). Entiende este autor (*ibidem*, p. 417, nota 13), que la presunción se distingue del indicio porque respecto a la presunción «no se exige ninguna prueba específica para ser mantenida».

[966] Sirvan en este ámbito los criterios aportados por HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 197 ss, para distinguir entre presunciones de dolo y *dolus ex re* (cfr. *supra* IX.3.B.2.a).

recurso al sentido social no supone, a diferencia de las presunciones, que toda la carga de la prueba del tipo subjetivo se desplace a la persona del acusado, sino una valoración global del hecho a partir de datos objetivos previamente probados, una valoración que, en determinados casos, puede beneficiar al acusado en cuestión[967].

El recurso al sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo no sólo resulta adecuado desde el punto de vista de un efectivo y mesurado empleo del Derecho penal. Además, lleva a resultados mucho más convincentes desde la perspectiva de la seguridad jurídica pues, como tratará de mostrarse en este apartado, permite dotar a los supuestos de hecho de soluciones uniformes y previsibles[968]. Como se ha puesto anteriormente de manifiesto, las valoraciones sociales trascienden a la persona del juez, algo que no puede afirmarse de la íntima convicción. Ello debe permitir que cualquier intérprete pueda analizar tales valoraciones y determinar *a priori* cuál debe ser la solución correcta de cualquier supuesto de hecho[969]. Como afirma *Stein*, «la determinación de los hechos por parte del juez en el juicio oral también es una conducta que está necesitada de reglas: el ordenamiento jurídico tiene que avanzar al juez reglas vinculantes que le indiquen bajo qué presupuestos debe considerarse como "probada" una determinada circunstancia fáctica»[970]. Atendiendo a las valoraciones sociales se hace posible anticipar estas reglas.

[967] Cierta doctrina insiste en que no deben confundirse las presunciones de dolo con la «simplificación probatoria justificada» que implica el empleo de reglas de experiencia en el ámbito de la prueba de indicios; cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 147. Desde luego debe admitirse que el segundo método resulta menos rígido que las presunciones de dolo en el sentido en que éstas han sido definidas y empleadas históricamente y permite, por tanto, prestar una mayor atención a las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, es evidente que los dos métodos tienen una naturaleza presuntiva, pues ninguno de ellos está en condiciones de acreditar de un modo incontrovertido cuál fue el contenido de la conciencia del sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho objetivamente típico.

[968] Se trata de conseguir, como sugiere FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 565, «una práctica de la prueba que sea racional y comprensible intersubjetivamente».

[969] Aunque la doctrina procesal ha introducido criterios *objetivizantes* en la formación de la convicción judicial, con los que debe evitarse resoluciones irracionales o arbitrarias, se sigue admitiendo —aunque sea implícitamente— que dentro de lo racional o lo no arbitrario pueden darse soluciones distintas para supuestos idénticos y que la última palabra la tiene la convicción judicial. Cfr., por ejemplo, las afirmaciones de MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, pp. 152-154, quien, pese a afirmar que «la libertad en la apreciación de las pruebas no significa ausencia de reglas a las que el juzgador debe recurrir» añade, sin embargo, que no «se exige que ese resultado [al que llega el juez al valorar la prueba] deba ser considerado forzoso o absolutamente necesario por otro juez que juzgue la causa con posterioridad». Estos puntos de vista —notablemente extendidos— admiten en el plano teórico que dos supuestos idénticos puedan tener otras tantas soluciones distintas pero correctas, en función de la personalidad de quien lo enjuicie.

[970] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 234. Entiende este autor (*ibidem*, p. 244) que, del mismo modo que existen normas que indican a los ciudadanos lo que deben hacer antes de actuar en situaciones de riesgo, tales normas pueden hacerse perfectamente extensivas a la labor del juez en el juicio oral. Sobre el interés de que se desarrollen criterios para el tratamiento procesal de los elementos del delito, cfr. KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312.

Con el recurso al sentido social también se consigue que, a largo plazo, los criterios de «determinación del dolo» vayan adaptándose a la evolución de la sociedad, garantizándose de este modo una aplicación efectiva del instrumento penal. El Derecho penal no es algo que se encuentre fuera de la sociedad, sino un producto de ésta creado para atender a determinadas necesidades de los ciudadanos que la integran. Es, en ese sentido, el producto imperfecto de una sociedad imperfecta y las finalidades a las que debe servir no pueden desligarse de las necesidades de la sociedad a la que sirve. De la misma manera, el Derecho penal no puede desligarse de los contenidos comunicativos de la sociedad en la que rige, si no quiere pasar a ser visto como un instrumento inútil o un antipático mecanismo de represión innecesaria. Hacia dónde conviene que evolucione el Derecho penal es algo que, sin duda, deberá venir trazado por la evolución de la sociedad misma, pues lo que no puede pretenderse es que el Derecho penal utilice unos criterios que la sociedad juzga anómalos sin, al mismo tiempo, generar efectos contraproducentes en el seno mismo de dicha sociedad.

A las anteriores afirmaciones se les puede reprochar que tampoco resulta sencillo determinar qué es «lo socialmente indiscutible» o cuándo, desde el punto de vista social, «resulta inequívoco que alguien ha conocido algo»[971]. En este sentido, es posible afirmar que, al ser el juez quien tiene que determinar en la práctica la concurrencia de tales valoraciones, la solución acaba una vez más dependiendo de su convicción. Sin embargo, no puede pasarse por alto que con el criterio del sentido social se consigue un notable avance. Así, si bien es cierto que en última instancia el intérprete del sentido social sigue siendo el juez, la vinculación de éste a dicho sentido le obliga a atender a un criterio de atribución que trasciende a su propio punto de vista y, en tal medida, se hace posible entablar un diálogo racional con él sobre si sus conclusiones acerca de las valoraciones sociales resultan o no acertadas. Este diálogo resulta imposible con el criterio usual de la convicción, pues ésta es *per se* un acto de naturaleza eminentemente subjetiva sobre el que bien poco se puede decir[972]. Por contra, recurriendo a un criterio externo al

[971] Sobre las dificultades que comporta establecer en muchos casos cuáles son las «valoraciones de la colectividad», cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación*, pp. 30-31.

[972] Expone con especial acierto este problema FREUND, *Normative Probleme*, pp. 103-104, en relación con el convencimiento de los jueces sobre la existencia de una determinada verdad material: el principal inconveniente de los planteamientos que pretenden dejar la respuesta en manos únicamente del juez es admitir que la solución del caso acabe dependiendo de cuestiones «sentimentales», lo que hace imposible que pueda darse un tratamiento igualitario a supuestos estructuralmente idénticos.

juez para la «determinación del dolo» surge la posibilidad de discutir el contenido de sus valoraciones, de la misma manera en que se discute y se aportan criterios para decidir sobre la peligrosidad de ciertas conductas en el ámbito de imputación objetiva, o la evitabilidad de un determinado error en la imprudencia o el error de prohibición. A nadie se le ocurre afirmar que no merece la pena aportar criterios acerca de lo que es objetivamente imputable por el hecho de que también en este ámbito la última palabra la acabe teniendo siempre el juez.

Debe admitirse, sin embargo, que la idea del inequívoco sentido social puede resultar por sí sola demasiado vaga y que, por tanto, no está libre de posibles usos arbitrarios. Por este motivo resulta especialmente necesario que la doctrina desarrolle, a partir de tal idea, criterios más concretos para determinar en qué casos, a partir del sentido social de una conducta, puede afirmarse de modo inequívoco que ésta ha sido realizada con el conocimiento requerido por el dolo[973]. En este sentido, la labor a realizar pasa por identificar cuáles son las reglas de atribución de conocimientos aceptadas en el ámbito de la comunicación social y, a partir de esta base inicial, deben formularse criterios concretos de atribución del conocimiento con la pretensión de que éstos gocen de validez para resolver cualquier supuesto imaginable.

De no existir tales reglas todo queda reducido a una mera intuición que, en cuanto que tal, podrá o no gustar, pero que no puede ser juzgada con parámetros de corrección o incorrección. Estas reglas sociales de imputación deben estar necesariamente vinculadas a los tradicionales enunciados de experiencia, pues es a través de ellos cómo en la práctica se consigue dar el salto que va de una mera amalgama de hechos probados (objetivos) a la atribución de una determinada subjetividad al acusado. Sin embargo, para que el contenido de una regla de experiencia pueda considerarse adecuado no basta con que ésta se asiente en creencias individuales del juez que la aplica, sino que su validez debe condicionarse a su adecuación a la valoración social[974]. En este sentido, las reglas de experiencia no son reglas de la experiencia individual del juez, sino reglas

[973] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 262: «en la medida en que se ha formulado la idea jurídica fundamental (...) puede encontrarse una solución para cada caso concreto con las reglas de la metodología jurídica». El mismo autor (*ibidem*, pp. 262-263) afirma que el traslado a la práctica de estas ideas sólo exige un cambio de mentalidad en los aplicadores jurídicos.

[974] Lo que no necesariamente tiene que pasar por dejar la cuestión en manos de la sociología, como parece postular OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 40 ss, por el sencillo motivo de que tampoco esta ciencia parece dar pautas de interpretación sobre los mecanismos que se emplean en la sociedad para establecer si la conducta de otra persona se ha realizado o no de modo consciente. Evocando a *Bockelmann* (cfr. *supra* IX.3.A), la cuestión debe quedar, de momento, en manos de una «sociología esotérica» del Derecho penal, donde esotérico no equivale, por supuesto, a arbitrario o intuitivo.

que rigen en una determinada sociedad: ésta es la única manera de conseguir que la solución del silogismo que se lleva a cabo en la práctica de la prueba de indicios resulte conforme al sentido social y, en tal medida, sea previsible para los ciudadanos[975].

Hasta el momento presente la labor de ir fijando en el plano teórico reglas de experiencia con validez general sólo ha sido llevada a cabo parcialmente por la jurisprudencia en el ámbito de la prueba de indicios. Sin embargo, en la misma jurisprudencia y en la mayor parte de la doctrina suele tener un cierto arraigo la idea de que no es ésta una cuestión para la que puedan aportarse criterios definitivos y que, a fin de cuentas, la vigencia de una regla y su validez rigen únicamente para un caso concreto[976]. Esta forma de ver las cosas no sólo resulta muy discutible, sino que posiblemente sea la responsable de que actualmente la determinación procesal del dolo sea un ámbito huérfano de un bagaje teórico mínimamente consistente.

La doctrina ha expresado desde siempre cierta impotencia a la hora de acometer el estudio de aquello que vendría a denominarse, de acuerdo con una terminología convencional, las reglas de experiencia que se utilizan en la prueba de indicios[977]. Así, afirma por ejemplo *Freund* que resulta imposible una reconstrucción completa de los enunciados de experiencia sobre hechos psíquicos ajenos, pues «nadie puede conocer todas las reglas de la experiencia de la vida que rigen en este ámbito y no existe, evidentemente, ninguna codificación. Además su cantidad podría ser tan elevada que un completo registro en un trabajo toparía con enormes dificultades»[978]. Ciertamente resulta imposible aportar un listado de todos aquellos mecanismos a través de los cuales se imputa socialmente

[975] La vinculación al sentido social debe extenderse igualmente al Tribunal del Jurado pues, como sostiene ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*, p. 38, «nada obsta para que el Jurado pueda apreciar las pruebas que se le sometan de acuerdo con las reglas de la razón, la sana crítica, el criterio humano, etc., ya que, en definitiva, dichas reglas no precisan de ningún conocimiento específico, sino que forman parte de la propia condición de persona (...) debe superarse la vieja creencia de que los Jurados llegan a su decisión por medio de la "inspiración", de la simple "creencia" y considerar que la aplicación de los correctivos hoy en día establecidos a la apreciación en conciencia son de absoluta aplicación a los Jueces legos».

[976] PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 428, afirma que no existe una «determinación general de las condiciones en las que existe dolo, ya que estas condiciones se infieren del caso concreto y ello permite al tribunal afirmar o negar que esas condiciones sean las propias del concepto de dolo que sostenga».

[977] Una afirmación que, por otra parte, ya es posible encontrar en autores mucho más antiguos; cfr. al respecto KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 130-131.

[978] FREUND, *Normative Probleme*, p. 27. Cfr. también VEST, *Vorsatznachweis*, p. 7 ss, esp. p. 10: «la capacidad probatoria de un indicio no puede regularse de un modo abstracto ya que depende siempre de las concretas circunstancias del caso concreto».

a otra persona un concreto grado de conocimiento[979]. Pero tampoco nadie se plantea, por ejemplo, aportar en el ámbito de la imputación objetiva una lista de todos aquellos resultados que se consideran objetivamente previsibles a partir de todas las conductas humanas imaginables, o de todos aquellos comportamientos que merecen la consideración de adecuados socialmente. Y, sin embargo, tal impedimento no ha sido obstáculo para el desarrollo de una serie de criterios intermedios que permiten dotar a la solución de los casos de una mayor uniformidad y, en tal medida, aportar un mayor grado de seguridad jurídica. En el ámbito de la «determinación del dolo» nadie parece haberse planteado seriamente entrar en semejante nivel de análisis: tal posibilidad simplemente se rechaza afirmando que es irrealizable la tarea de codificar todas y cada una de las reglas. De este modo, la constatación del dolo se convierte en un problema del caso concreto, lo que no habla precisamente a favor de la seguridad jurídica ni de la racionalidad en la aplicación del Derecho[980].

La existencia de este desierto doctrinal resulta más sorprendente aun si se tiene en cuenta que en lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad sí existe una cierta uniformidad en los criterios que se emplean para decidir en qué situaciones debe atribuirse a un sujeto determinados conocimientos[981]. Aunque también en este ámbito quede un largo trecho por recorrer, por lo menos se aprecia una voluntad de entrar a discutir a un nivel intermedio que, por contra, no se constata en lo referente al dolo. Sin embargo, si tanto en el caso del dolo como en el del conocimiento de la antijuricidad, el resultado del juicio que lleva a cabo el aplicador jurídico es el mismo (consistente en ambos casos en afirmar que, dadas determinadas circunstancias objetivas, un sujeto ha conocido

[979] Ya F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 18, puso de relieve que la tarea de enumerar (aunque sólo fuera para un ámbito concreto) todas las máximas de experiencia que rigen en la vida es irrealizable.

[980] No se encuentra una explicación plausible sobre por qué gran parte de la doctrina admite la normativización en elementos del delito como la voluntariedad del desistimiento o la culpabilidad, entre otros y, en cambio, el dolo sigue confinado al mundo de lo psicológico. Sobre la polémica acerca de este fenómeno de «normativización parcial», cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 41-42.

[981] PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, pp. 428-429, pone de manifiesto cómo, en lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad, existen reglas consolidadas que pueden ser aplicables a todos los casos en que se dé una coincidencia de presupuestos objetivos: en este ámbito «pueden construirse premisas mayores de eficacia general, en las que pueda afirmarse o negarse directamente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la ilicitud». Un interesante resumen de los criterios empleados al respecto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, p. 224 ss. Pone en evidencia este autor (*ibidem*, p. 224) cómo «el TS ha ido desarrollando una serie de máximas de experiencia que casi han acabado por fundirse con los criterios dogmáticos materiales que delimitan el objeto de la prueba, el conocimiento de la antijuricidad».

o desconocido algo) no se ven los motivos por los que sí es posible aportar criterios uniformes para el segundo de estos ámbitos y no para el primero. Cuestión distinta es que, a causa de la clase de conocimientos que interesa en el error de prohibición (la vigencia de ciertas normas jurídicas), resulte más sencillo aislar determinadas reglas. Pero que en la cuestión del dolo pueda existir una mayor dificultad para expresar ciertos criterios no debe llevar a considerar innecesario o incluso imposible aportar reglas que permitan una sistematización teórica de este ámbito.

En segundo lugar, si se parte de que, dado un caso concreto, es posible entrar a juzgar la validez de las máximas de experiencia que para su resolución se utilizan, es decir, si se admite que no todo queda en manos de la intuición del juez, por fuerza deben existir unos parámetros externos al caso que suministren criterios de validez para juzgar la corrección de tales máximas[982]. Y, desde luego, la explicitación de tales parámetros necesariamente tiene que contribuir a que sea posible la progresiva consolidación de máximas de experiencia, lo que en buena lógica aportará mayor seguridad jurídica, pues será posible dispensar a los casos un tratamiento cada vez más uniforme[983]. De lo contrario, todo queda reducido a la aplicación de ocultos mecanismos de imputación que, refugiados en ese ámbito de lo discrecional que es la valoración de la prueba, se amparan en la mera pantalla teórico-formal del descubrimiento de la verdad. De este modo, y en contra de las intenciones de quienes la defienden, la idea de verdad material como objetivo de la prueba, acaba por convertirse en la coartada teórica del puro decisionismo[984].

En la Tercera Parte de este trabajo serán desarrollados una serie de criterios que, a partir de la idea del sentido social, deben servir para operar en el ámbito de la «determinación del dolo». Antes, sin embargo,

[982] OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 27, entiende que las reglas de experiencia judiciales «son *empíricas*, porque pueden ser verdaderas o falsas».

[983] Puede apreciarse de forma implícita esta reivindicación en los planteamientos de GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, art. 138, n.º marg. 57, cuando —haciendo referencia a los criterios empleados por el Tribunal Supremo para acreditar el dolo homicida— lamenta que «dicha praxis no ha[ya] creado ninguna doctrina sobre el proceso intelectual de inferencia, pues exactamente los mismos hechos y situaciones objetivos que sirven en unos casos para inferir el dolo de matar en otros sirven para negarlo».

[984] Especialmente interesante al respecto una idea aportada por KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 315: para el acusado no resulta en absoluto tranquilizadora la afirmación de que sólo se le va imputar aquello que sea verdad cuando se sabe que tal verdad es inescrutable y que, por tanto, los criterios de decisión van a permanecer ocultos. En este sentido cfr. el trabajo de HILLENKAMP, *Wassermann-FS, passim*, donde se muestra con ejemplos especialmente ilustrativos la debilidad de los planteamientos teóricos de las ciencias jurídicas (y de la ley misma) para frenar determinadas necesidades de pena. Si lo que se quiere es evitar abusos, lo más prudente es tratar de introducir ciertas restricciones dentro de lo posible, antes que formular exigencias irrealizables.

conviene resumir brevemente las conclusiones a las que se ha ido llegando en el curso del presente Capítulo y de los que le preceden.

X.5. CONCLUSIONES

1.ª. Una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consiga averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso. Dicha aplicación sólo permite castigar las realizaciones imprudentes en aquellos casos en que esté prevista su punibilidad, pues no es posible garantizar que los resultados que puedan obtenerse recurriendo a las ciencias empíricas, la confesión del acusado o la prueba de indicios vayan a coincidir, siempre y en todo caso, con la que fue realidad psíquica del sujeto activo.

2.ª. Tampoco la interpretación que habitualmente se aporta del texto de la ley puede considerarse satisfactoria. La afirmación de que la determinación procesal del dolo depende de la convicción del juez establece como criterio decisivo para tal determinación un factor subjetivo o irracional, con cuyo empleo es posible, incluso en el plano teórico, que un mismo caso pueda tener dos o más soluciones correctas en función de quien lo enjuicie. Además, esta solución incorpora un evidente riesgo de divergencia entre hechos probados y realidad efectivamente acaecida y, por tanto, de instrumentalización del sujeto y de ataque a la dignidad de éste como persona. Los criterios objetivizantes que suelen exigir jurisprudencia y doctrina (ausencia de dudas concretas, plausibilidad, no arbitrariedad, etc.) no eliminan el carácter decisivo de la convicción.

3.ª. La solución que opta por hacer depender la determinación del conocimiento requerido por el dolo del *significado social* de una conducta y de las circunstancias que acompañan a ésta, presenta notables ventajas:

a) Resulta especialmente idónea desde el punto de vista de los efectos que deben conseguirse con la sanción penal. Recurriendo al criterio del «inequívoco sentido social» se restringe el empleo de dicha sanción a los supuestos en que ésta resulta verdaderamente imprescindible.

b) Puede ser legitimada de acuerdo con la idea de que todo sujeto que pretende ser protegido por el Derecho penal está dispuesto a asumir el (escaso) riesgo de ser alguna vez condenado como autor de un delito doloso sin haber contado (desde un punto de vista psicológico) con los conocimientos requeridos por el dolo. La cobertura constitucional para este argumento puede deducirse de la previsión, en el texto de la norma fundamental, tanto del derecho a la dignidad de la persona (art. 15 CE),

como del Derecho penal como forma de protección de los intereses fundamentales de los individuos (arts. 25 y 117 ss CE).

c) Con ella se hace posible una construcción teórica de criterios para decidir en qué sentido deben resolverse los supuestos de hecho que puedan presentarse. Esta posibilidad debe permitir a medio plazo obtener soluciones uniformes para supuestos de hecho estructuralmente idénticos y, a mucho más largo plazo, resulta adaptable a las cambiantes convicciones de la sociedad.

d) Tiene perfecto apoyo legal aun acogiendo la idea de la convicción judicial como finalidad de la actividad probatoria. La diferencia con las concepciones tradicionales radica, sin embargo, en que con el criterio del sentido social ya no toda convicción es válida, sino únicamente aquélla que capta de modo adecuado el significado del hecho. En palabras de *Framarino:* «en esta condición social, que es una especie de objetivación de la certeza, radica la mejor determinación del convencimiento judicial, determinación que le impide a éste convertirse, de modo más o menos hipócrita, en arbitrariedad del juez» [985].

De acuerdo con estas conclusiones, y con las de la Primera Parte de este trabajo, procede afirmar que:

Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.

[985] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 57. Cfr., igualmente, IGARTUA SALAVERRIA, *Libre valoración de la prueba*, pp. 154-155.

TERCERA PARTE

SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO

XI. INTRODUCCIÓN

XI.1. PLANTEAMIENTO

En la Segunda Parte de este trabajo se ha llegado a la conclusión de que la determinación del conocimiento que requiere toda condena por delito doloso se lleva a cabo en el proceso a través de juicios en los que el juez o tribunal *atribuye* o *imputa* dicho conocimiento a un acusado. De acuerdo con esta idea, y en contra de lo que suele afirmarse, en el ámbito de la «determinación del dolo» no se trata de llevar a cabo una averiguación empírica de ciertos fenómenos psíquicos. Como ya se ha dicho, estos fenómenos se hallan ocultos «en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano» y no existen actualmente métodos científicos o de otra índole que permitan su plena constatación[986].

En páginas anteriores se ha concluido también que la forma más adecuada para juzgar la procedencia de los citados juicios de atribución viene dada necesariamente por la coincidencia de éstos con los criterios sociales de imputación de conocimientos. Sólo cuando se dé tal coincidencia podrá garantizarse que el hecho haya constituido la realización consciente de un comportamiento que contradice una norma penal ante la colectividad y, sólo en tal caso, podrá conseguirse que la pena asignada al delito doloso, como réplica a éste, despliegue adecuadamente sus efectos en el seno de la sociedad[987].

---

[986] El fragmento citado proviene de la STS de 31 de marzo de 1981 (A 1250, ponente Vivas Marzal). Sobre la falta de criterios científicamente asegurados en este ámbito, cfr. *supra* VII.3.A.5.

[987] De acuerdo con KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus "voll-juristischer" Sicht», *JA*, 1986, p. 312, la plausibilidad de las conclusiones relativas al dolo obtenidas a través de la prueba de indicios debe medirse con base en criterios objetivos, lo que permite su control. A la idea de esta autora puede añadirse que el parámetro adecuado para medir tal plausibilidad no puede ser otro que la coincidencia con la valoración social de que, inequívocamente, un hecho ha sido realizado de forma consciente. Este punto de vista puede vincularse a su afirmación (*ibidem*, p. 313) de que el objetivo del juicio oral es «una representación de la verdad común a todos los que en él participan».

Las personas, en tanto que miembros de una misma sociedad en constante proceso de comunicación, comparten una serie de valoraciones de acuerdo con las cuales entienden que, dadas determinadas realidades objetivas, otro sujeto cuenta de forma inequívoca con ciertos conocimientos[988]. Estas valoraciones, concretadas en reglas de atribución, deben ser también el criterio a utilizar en el proceso por el juez para resolver la cuestión relativa a la determinación de los conocimientos en que se basa una condena por delito doloso. Sólo de este modo es posible garantizar que los resultados de la reconstrucción judicial de los hechos (subjetivos) vayan a coincidir con las valoraciones de la sociedad[989].

En el curso de los siguientes Capítulos se hará referencia a tales comprensiones sociales con la expresión *reglas sociales de imputación o atribución de conocimientos*. Por motivos ya expuestos, la correspondencia con estas reglas es el único criterio válido y eficaz para juzgar la corrección de una determinado juicio de atribución de conocimientos o, siguiendo la terminología tradicional, de las *reglas de experiencia* sobre el conocimiento ajeno[990]. Por contra, el empleo de criterios que no gocen de una plena vigencia social puede conducir a unas conclusiones finales que no se correspondan con el punto de vista compartido por los miembros de la sociedad, no pudiendo en tal caso descartarse que la imposición de una pena como réplica al hecho realizado —o la no imposición— pueda tener un carácter socialmente perturbador, lo que lleva además a cuestionar que en tales casos pueda considerarse legítima la asunción del riesgo de error implícito a toda condena judicial[991].

[988] Al respecto resultan especialmente ilustrativas las consideraciones de HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 201. Ver igualmente JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 51-52, quien afirma que «la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes».

[989] Cfr., en este punto, la exposición de SCHILD, «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 51 ss. Respecto a las críticas que este autor dirige al planteamiento que aquí se defiende, cfr. *supra* X.2.C.2.

[990] La corrección de los juicios sobre los conocimientos de otra persona sólo puede afirmarse en aquellos casos en que el contenido de tales juicios coincida con el de las reglas sociales de imputación de conocimientos. Así, cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la prueba del dolo se lleve a cabo utilizando criterios racionales (cfr., entre otras resoluciones, el ATS de 24 de abril de 1996, A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), dicha racionalidad vendrá necesariamente dada, desde el punto de vista que aquí se defiende, por la coincidencia entre el resultado de la valoración judicial y las precomprensiones sociales sobre cuándo un comportamiento ha sido realizado con plena consciencia, y cuándo inconscientemente.

[991] Sobre estas cuestiones, cfr. *supra* X.2 y X.3.

La demostración de que las valoraciones sociales son un criterio manejable para determinar la validez de una regla de imputación de conocimientos puede mostrarse, sin prácticamente dificultades, acudiendo al siguiente ejemplo:

> Imagínese una regla según la cual se sostiene que «todas las personas adultas (en pleno uso de sus facultades mentales y con una socialización normal) saben que disparar a otro en la cabeza con una pistola entraña un riesgo de muerte». Imagínese también la regla opuesta a la anterior, esto es, la que sostiene que «*no* todas las personas adultas (en pleno uso de sus facultades mentales y con una socialización normal) saben que disparar a otro en la cabeza con una pistola entraña un peligro de muerte».

La búsqueda de criterios que permitan considerar correcto uno de los dos anteriores enunciados no pasa en absoluto por el recurso a las ciencias empíricas, pues no parecen existir conocimientos científicos asentados que permitan decidir cuál de ellos resulta acertado[992]. El recurso coherente a tales ciencias debería llevar en todo caso a negar el dolo de la persona que hubiera realizado una conducta como la comprendida en las reglas del ejemplo, pues resulta imposible conseguir certeza empírica sobre cuáles fueron sus auténticos conocimientos y, por tanto, científicamente no puede asegurarse que dicha persona previera realmente los posibles efectos de su conducta. Sin embargo, la cuestión puede solucionarse si se acude a un contexto social, donde es indudable que (hoy en día y en la actual sociedad) se sostiene la corrección de la primera regla y, en consecuencia, la improcedencia de la segunda. De este modo se hace posible resolver (en sentido condenatorio) los supuestos de hecho que puedan presentarse en que alguien haya disparado con una pistola contra la cabeza de otra persona, siempre que, previamente, le haya sido imputado también un conocimiento perfecto de la situación en que actuaba (esto es, la consciencia de que disparaba contra otra persona y no, por ejemplo, contra un maniquí, y, además, el conocimiento de que la pistola estaba cargada).

El que acudiendo a un contexto social sea posible confirmar o rechazar la validez de determinadas afirmaciones sobre el conocimiento ajeno implica que, de algún modo, las reglas de atribución que se consideran correctas no son más que meros desarrollos de las precomprensiones que rigen en una determinada sociedad sobre cuándo una persona conoce o desconoce algo. La existencia de tales precomprensiones es lo que hace posible que, de modo casi instintivo y en supuestos tan sencillos como el anterior, pueda juzgarse la procedencia de determinadas ase-

[992] Sobre las insalvables dificultades con que se encuentran las ciencias empíricas para aportar conclusiones ciertas sobre la realidad del conocimiento ajeno, cfr. *supra* VII.3.A.3.

veraciones sobre el conocimiento ajeno[993]. Si no se parte de dichas precomprensiones no es posible entrar a valorar qué atribuciones de conocimientos resultan atinadas y cuáles no, pues no se cuenta con baremo alguno al que acudir para juzgar tal corrección[994]. Ello no obsta a que en determinados supuestos pueda resultar ciertamente difícil determinar el exacto contenido o vigencia de algunas valoraciones sociales: en estos casos, evidentemente, es donde una elaboración teórica puede permitir centrar los problemas y aportar soluciones[995]. Cuando, pese a todo, permanezcan dudas sobre el criterio de la sociedad acerca de la validez de ciertas atribuciones de conocimientos, éstos no deberán ser imputados al sujeto[996].

En la Tercera y última Parte de este trabajo se abordará el análisis de las reglas sociales de imputación de conocimientos. Evidentemente, no se pretende aquí aportar una relación exhaustiva de todas las reglas de este género que rigen en una determinada sociedad, ante todo porque su elevadísimo número haría imposible la consecución de semejante objetivo[997]. No obstante, lo que sí va a intentarse a continuación es poner de relieve una serie de criterios que permitan identificar y clasificar las diversas clases de reglas, así como juzgar su corrección o incorrección[998]. De lo que se trata, por tanto, es de mostrar cuáles son las pre-

[993] GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 427, afirma que «la mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, están matando intencionadamente a sus víctimas, y que ello es así no tiene vuelta de hoja». Esta rotunda afirmación no parece basarse en lo que puedan sostener sobre estos casos ciertas disciplinas científicas, sino en el sentido social obvio de los comportamientos descritos.

[994] Son especialmente interesantes en este punto las consideraciones de KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 5 ss.

[995] PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS» (2.ª parte), *JA*, 1988, p. 497, critica las opiniones vertidas por HRUSCHKA, en *Kleinknecht-FS* (cfr. *supra* IX.3.B.2.a) afirmando que, en realidad, de éstas no se sigue repercusión práctica alguna. Sin embargo, *Prittwitz* pasa por alto que si el conocimiento en que se basa el dolo deja de ser considerado como un fenómeno psíquico y pasa a entenderse como el resultado de un juicio de imputación, como defiende *Hruschka*, se hace posible plantear y discutir reglas para determinar en qué casos concurre tal conocimiento y en qué casos no, siendo ésta la gran aportación de los planteamientos de este último autor a la práctica.

[996] Cfr. *supra* X.3.

[997] Sobre tales dificultades, PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 497 y, en general, *supra* X.4.

[998] Afirma VOLK, «Dolus ex re», *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 624, que «la praxis trabaja con reglas que concretan el dolo para determinados grupos de delitos y que lo hacen aplicable para casos típicos, con reglas que versan sobre su prueba y que al mismo tiempo encubren decisiones político-criminales sobre el merecimiento de pena». De acuerdo con esta idea, y como reclama KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 321, «las valoraciones de las que se ha valido la práctica penal durante tanto tiempo deben sacarse a la luz y someterse a debate».

comprensiones sociales básicas que permiten juzgar como correcta o incorrecta una afirmación sobre el conocimiento ajeno y, en consecuencia, se enunciarán criterios que permitan decidir si la concreta «regla de experiencia» con la que pretende resolverse un supuesto de hecho coincide o no con las valoraciones sociales sobre cuándo de un comportamiento se desprende inequívocamente el sentido de que ha sido llevado a cabo con aquellos conocimientos que son necesarios para afirmar su realización dolosa[999].

En las páginas que siguen se propone un desarrollo teórico para un ámbito de la praxis penal que hasta ahora se encuentra prácticamente huérfano de toda atención doctrinal[1000]. Efectivamente, como ya se ha puesto en evidencia en otro apartado de este trabajo, hasta el día de hoy la dogmática jurídico-penal prácticamente no ha proporcionado criterios (o al menos no lo ha hecho de forma sistemática) que permitan decidir sobre el grado de conocimiento que hay que atribuir a los diversos intervinientes en un concreto supuesto de hecho[1001]: la cuestión simplemente se ha abandonado, por regla general, al ámbito de la valoración de la prueba y, en última instancia, a la íntima convicción del juez[1002]. Por contra, en los apartados siguientes se intentará aportar criterios que, en principio, deben permitir decidir «hasta el final» cualquier supuesto de hecho imaginable y ello desde el convencimiento profundo de que en el ámbito de las afirmaciones judiciales sobre el conocimiento ajeno también existen convicciones correctas e incorrectas, lo que debe ser más evidente aun cuando se ha abandonado un impracticable psicologicismo y se vinculan las posibles soluciones al terreno de la valoración social de los comportamientos ajenos[1003].

[999] Afirma HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten» (2.ª parte), *JZ*, 1988, p. 640, que «los jueces penales tienen que conformarse a menudo con indicios para la determinación de los hechos», pese a que «lo que ellos esperan de la dogmática, y con razón, es otra cosa: *criterios* que *decidan* sin "peros" y que digan claramente qué es lo que *no* interesa» (cursiva en el original). Entiende este autor que la renuncia a proporcionar criterios y el dejarlo todo en una cuestión de indicios supone «la renuncia a la teoría y la entrega del caso concreto al criterio y al sentimiento de justicia del juez».

[1000] La inexistencia de una auténtica discusión doctrinal sobre en qué concretos casos debe afirmarse la concurrencia de los presupuestos aplicativos del dolo era ya constatada a principios de siglo por HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 78, quien aporta referencias de las contadas excepciones.

[1001] Cfr. *supra* VI.3.

[1002] Los problemas que plantea esta solución han sido expuestos *supra* VIII.3.

[1003] BACIGALUPO ZAPATER, «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Madrid, 1994, p. 165, afirma que «inclusive la determinación de los hechos en un sistema de apreciación de la prueba en conciencia (p. ej. art. 741 LECrim) depende de la aplicación de principios jurídicos vinculantes, pues, de acuerdo con el art. 9.3 CE, "la Constitución garantiza" (...) "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"».

Cuando se afronta una labor como ésta se tiene la sensación de que se está construyendo prácticamente sobre el vacío, dada la inexistencia de tradición doctrinal sobre el análisis de la cuestión. Por este motivo, el principal objetivo de las siguientes páginas no responde tanto a la pretensión de aportar una serie de criterios indiscutibles e irrefutables, como de mostrar, ante todo, que también es éste un ámbito en el que, no sólo es posible y legítimo que la Ciencia penal entre a investigar, sino en el que es conveniente, o incluso urgente, que lo haga. Bastaría pues, con que los criterios que se apuntan en los siguientes Capítulos sirvieran como una primera base para introducir esta materia en el debate doctrinal y para dar pie a que empiecen a ser discutidas cuestiones hasta ahora prácticamente ignoradas. Para demostrar, en definitiva, que también sobre este tema puede aportarse algo más que un «mero amontonamiento de argumentos» pensados *ad hoc* para cada supuesto concreto sobre los que debe decidir un acto meramente subjetivo de convicción personal[1004].

XI.2. REGLAS DE IMPUTACIÓN: ¿CONCEPTO O DETERMINACIÓN PROCESAL DEL DOLO?

A) Criterios generales

Una vez establecida la existencia de unas reglas sociales de imputación del conocimiento y constatada la necesidad de que éstas sean empleadas en el momento de la determinación procesal del dolo, conviene ahora plantearse si tales reglas tienen una mera naturaleza procesal o si, por contra, deberían tomarse ya en cuenta al enunciar el propio concepto de dolo. A favor de esta última idea puede invocarse que, al fin y al cabo, sólo va a poder afirmarse que una acción ha sido realizada dolosamente cuando a su autor le sean atribuibles ciertos conocimientos de acuerdo con las reglas sociales de imputación, por lo que éstas ya podrían ser incluidas en la definición de lo que se entiende por dolo[1005].

[1004] La cita proviene de FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 560.

[1005] Cfr., para esta cuestión, las afirmaciones de VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 617: «puede discutirse si estas nuevas reglas de coordinación [las que vinculan al concepto con la realidad] tienen importancia para el Derecho material y si afectan al concepto de dolo o si sólo se refieren a su prueba». Añade este autor que «la pertenencia de estas reglas al concepto o a la prueba es una controversia en la que no hace falta entrar. En el fondo no cambia nada por la decisión que se adopte al respecto, pues nos encontramos en un ámbito en que las reglas procesales y las jurídico-materiales son intercambiables». Sobre las repercusiones de esta idea en la revisión de las sentencias, *ibidem* (nota 40). Cfr., igualmente, EL MISMO, «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, p. 77 ss, esp. p. 82 ss. BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, p. 379, afirma que «en la medida en que las normas del Derecho penal sólo se realizan a través del proceso penal, la cuestión de si se introduce en su contenido también lo referente a su realización sólo puede ser una cuestión de posibilidad conceptual. En la medida en que un concepto de norma de esta naturaleza no es imposible, poco es lo que se puede decir en su contra a partir de la teoría de las normas».

Sin embargo, en contra de esta última afirmación podría alegarse que, dado que las reglas de imputación se basan en datos que van más allá de las circunstancias que configuran el estricto hecho delictivo (declaraciones posteriores del sujeto activo, por ejemplo), su naturaleza es más propia del Derecho procesal que del Derecho material que, por principio, sólo pretende analizar determinadas características de dicho hecho.

Aportar una solución convincente a este problema requiere dejar sentadas una serie de ideas básicas. En primer lugar, y de acuerdo con los planteamientos defendidos en este trabajo, el dolo es, en su indiscutible núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias[1006]. En segundo lugar, la concurrencia de dicho conocimiento en un caso concreto se determina acudiendo a reglas que permiten establecer cuándo, a partir de un determinado sustrato fáctico, se entiende que un sujeto es conocedor de tales circunstancias[1007]. Estas últimas reglas tienen como presupuesto aplicativo hechos objetivos anteriores, coetáneos y posteriores al momento de realización del comportamiento respecto al cual debe determinarse la realización consciente. De acuerdo con estas ideas, toda afirmación de que una conducta ha sido efectivamente llevada a cabo de forma dolosa requiere de tres presupuestos: que se sepa qué es el dolo, que se sepa cómo determinarlo y que se cuente con una base objetiva que permita afirmar que alguien ha actuado dolosamente.

Ciertamente puede pensarse que, dado el carácter práctico del Derecho penal, los dos primeros momentos podrían agruparse en un solo, de tal modo que todo aquello que no pudiera determinarse procesalmente no merecería siquiera la pena incluirlo en el concepto inicial[1008]. Sin embar-

[1006] Cfr. *supra* V.

[1007] Cfr. *supra* X. Ver también en este punto las consideraciones de BACIGALUPO ZAPATER, en *La sentencia penal*, p. 177: «la determinación de si el autor obró con dolo dependerá de la comprobación de si el autor obró según lo que establezca una definición (dogmáticamente plausible) del dolo; lo complicado será establecer si en el caso concreto el autor obró p. ej. habiendo realmente conocido y querido».

[1008] Así, VOLK, «Kausalität im Strafrecht», *NStZ*, 1996, pp. 105-106, entiende que, aunque es habitual la distinción entre los conceptos y su prueba, esta separación no es evidente ni obligatoria y sólo funciona de forma clara cuando en el primer ámbito sólo se depende del «Derecho» y en el segundo de la «experiencia». Sin embargo la nitidez de la distinción desaparece cuando hacen falta reglas de experiencia en el ámbito de la definición de conceptos y también en el de la prueba, como sucede en relación con la causalidad. En estos casos deja de estar claro dónde acaba el concepto y dónde empieza la prueba. Ideas parecidas pueden encontrarse también en BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osser-*

go, también es perfectamente defendible la idea de que es mejor mantener separados los dos momentos, pues mientras el concepto es algo que se circunscribe al hecho que debe (o no) reputarse antijurídico, en la cuestión de la determinación intervienen datos que van más allá de tal hecho. La validez de los dos puntos de vista debe llevar a reconocer que la única respuesta que puede aportarse en este ámbito es que todo dependerá del modelo de análisis teórico que se proponga el intérprete. La cuestión tal vez parezca menos intrincada si se acude a un ejemplo.

> *Supóngase que se invita a dos personas a formular una definición de la palabra «unicornio». La primera de ellas responde que un unicornio es «un animal de figura de caballo y con un cuerno recto en la mitad de la frente». La segunda afirma que es «un animal fabuloso que fingieron los antiguos poetas, de figura de caballo y con un cuerno recto en la mitad de la frente»* [1009]. *¿Cuál de las dos definiciones es correcta?*

Sin lugar a dudas, las dos lo son. Adoptar una u otra como más adecuada, en función de su menor o mayor precisión, probablemente sólo dependa de los intereses de quien tenga que manejarlas. Si quien se interesa por saber qué es un unicornio es un pintor de escenas mitológicas, éste tendrá ya suficiente con la primera definición; por contra, a un zoólogo que se plantee estudiar los unicornios le resultará mucho más útil la segunda, sobre todo para ahorrarse el vano esfuerzo que supondría una investigación acerca de la existencia sobre la tierra de uno de estos imaginarios animales.

De vuelta al Derecho penal, acoger como correcta la definición de «dolo como conocimiento» o de «dolo como conocimiento determinado a partir del sentido social de un hecho» depende de los intereses de quien vaya a emplearla. A una dogmática jurídico-penal sólo preocupada por establecer en abstracto las características de esa entidad ideal denominada «delito» le basta con la primera; por contra, a una dogmática interesada por analizar todas las condiciones que tienen que darse en la práctica para que se afirme de modo efectivo la comisión de un delito sólo podrá resultarle útil la segunda [1010].

vazioni in tema di oggeto e di accertamento del dolo, Milán, 1960, p. 1, cuando este autor afirma que, sin ser una categoría sustancial, el *dolus in re ipsa* como forma de prueba «también presenta implicaciones sustanciales».

[1009] Definición tomada del *Diccionario de la Lengua española*, Real Academia Española, 21.ª ed., Madrid, 1992.

[1010] Para caracterizar ambos modelos de dogmática puede servir la siguiente distinción: el primer modelo de dogmática haría suya la afirmación de que el presupuesto de la pena es la simple comisión de un delito, mientras que el segundo afirmaría que el presupuesto de la pena es la comisión de un delito que *pueda ser efectivamente acreditada* en el ámbito del proceso.

Acoger una u otra opción tiene sus costes: si se opta por la primera se corre el peligro de que enormes esfuerzos por crear los conceptos teóricos más depurados acaben resultando del todo baldíos cuando éstos traten de ser llevados a la práctica [1011]. Sin embargo, las dificultades no son menores si se acoge la segunda, pues los factores que se toman en cuenta en la práctica para que se acabe reputando delictivo un comportamiento van más allá del análisis ideal de las características de éste. La dogmática basada en esta segunda opción tendría que abandonar el mero análisis de un hecho concreto para centrarse en otras realidades anteriores y posteriores a éste, que ya deberían ser tenidas en cuenta al enunciar sus conceptos. Esta labor, sin ser imposible, implicaría hacer borrón y cuenta nueva con casi todos los puntos de partida de la actual dogmática y supondría una notable pérdida de claridad expositiva.

> En referencia a esta última opción, cuando se hablase, por ejemplo, de los requisitos de la autoría no sería suficiente enunciar en abstracto los elementos conceptuales que componen esta figura, sino que también debería explicitarse la forma en cómo éstos pueden ser determinados procesalmente (confesión, testigos, etc.); y lo mismo sucedería, por ejemplo, al establecer qué debe entenderse por causalidad en Derecho penal: no sólo bastaría con definir qué se considera «relación causal», sino que debería aclararse cuándo y cómo puede ser acreditada una de estas relaciones en el ámbito del proceso.

No se trata aquí de aceptar una de las anteriores opciones y de rechazar la otra pues, con sus problemas específicos, las dos resultan posibles, y la elección depende, como se ha dicho, del modelo de interpretación que libremente decida acoger cada jurista. Sin embargo, desde un punto de vista personal, se entiende que el modelo tradicional (la primera opción) puede seguir siendo válido y, en muchos aspectos, presenta tal sencillez que facilita la explicación y discusión teórica acerca del delito como entidad ideal. De todos modos, esta opción por la primera modalidad de análisis no implica que deban dejarse absolutamente de lado importantes aspectos de la segunda. Esto puede lograrse si en la elaboración abstracta de conceptos se tiene ya en cuenta en qué condiciones tales conceptos van a poder ser aplicados, especialmente en ámbitos de la discusión tan *sensibles* en su aspecto práctico como la causalidad, el tipo

[1011] Conviene en este punto citar de nuevo a FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 552: «de poco sirve todo el trabajo de filigrana en el ámbito de la caracterización jurídico-material del dolo si, en el ámbito procesal, éste carece de una réplica que haga posible el traslado de los discernimientos previos, es decir, si se mantiene en la oscuridad la cuestión sobre (el método para) la determinación de los requisitos exigidos». En este sentido, y como ejemplo paradigmático, cfr. *infra* el Excurso «Imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento».

subjetivo o la imputabilidad[1012]. De este modo debe conseguirse, por un lado, una dogmática mucho más próxima a la praxis y, por otro, un considerable ahorro de esfuerzos vanos, evitándose la construcción de conceptos teóricos inaplicables[1013].

Tener en cuenta las condiciones de aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales supone adentrarse en un nivel analítico cuya asignación al Derecho penal material o al procesal no es clara. Por un lado, la dogmática penal ha dirigido casi en exclusiva sus esfuerzos teóricos a la caracterización del delito entendido éste como una entidad ideal; por su parte, la teoría del proceso apenas se ha preocupado por elaborar un desarrollo sistemático sobre cómo deben trasladarse a la práctica los concretos elementos de la infracción penal previamente definidos. Pese a ello, y como ya se ha dicho, en los siguientes Capítulos se aportarán criterios en relación con la determinación procesal del dolo del sujeto activo, una labor que en gran parte se encuentra todavía por hacer. Sin embargo, ya en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina procesal pueden encontrarse algunos de los fundamentos teóricos que deben hacerla posible.

B) El estado de la cuestión en la jurisprudencia española

La doctrina tradicional del Tribunal Supremo, mantenida hasta poco después de la entrada en vigor de la Constitución, consideraba que para dar por probado un hecho bastaba con la convicción del juez sobre su existencia, sin que tal conclusión tuviera que fundamentarse en factor alguno más allá del propio acto, estrictamente subjetivo, consistente en convencerse de algo[1014]. En esta misma línea, tampoco se consideraba que fuera necesario hacer públicos en la sentencia los motivos que habían llevado a una determinada convicción[1015]. Para poner en evidencia

[1012] Cfr. las interesantes afirmaciones de HOYER, «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"», *ZStW*, 105 (1993), pp. 549-553, sobre cómo los problemas procesales influyen en el contenido de las reglas de Derecho material. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padua, 1996, p. 325, pone de manifiesto la vertiente sustancial que presentan los problemas de determinación procesal.

[1013] Interesantes en este punto las consideraciones de MIR PUIG, «Por una dogmática penal creadora», en *La sentencia penal*, p. 24.

[1014] Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 111 ss.

[1015] Resulta especialmente interesante en este punto CARMONA RUANO, «La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Madrid, 1995, p. 123 ss. Cfr., igualmente, DELGADO GARCÍA, «Prueba de indicios», en EL MISMO (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Madrid, 1996, p. 383 ss.

hasta qué punto estaba arraigado este modo de ver las cosas, basta con acudir a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978, en cuya fundamentación jurídica se afirmó:

> los Tribunales apreciarán las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado *en conciencia*, es decir, no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la Ley —sistema felizmente superado— o siguiendo los dictados o reglas de la sana crítica o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que, el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial[1016].

Este punto de vista atribuía por completo a los tribunales de instancia la tarea de valorar el material probatorio y de fijar los hechos probados, sin que éstos pudieran ser revisados de ningún modo en el ámbito de la casación[1017]. Algunos autores se refieren a esta doctrina como «una interpretación irracionalista del principio de libre convencimiento», atribuyéndole un carácter abiertamente «autoritario»[1018].

Esta criticable concepción va siendo abandonada de forma progresiva durante la década de los ochenta[1019]. A partir de estos años, y de

[1016] A 417, ponente Vivas Marzal (cursiva en el original). Esta perspectiva coincide con la interpretación que del principio de libre valoración de la prueba se lleva a cabo desde sus orígenes en tiempos de la Revolución francesa, especialmente por parte de los hegelianos; cfr., al respecto, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 527. Cfr., igualmente, VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 448 ss; VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 159 ss y DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 386. Una relación de resoluciones judiciales en las que se siguen estas doctrinas en IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, p. 34 ss y 68.

[1017] Exceptuando el art. 849.2.º LECr, referido al error en la apreciación de la prueba documental, aunque, como afirma MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 113, la trascendencia práctica de esta forma de control casacional es muy escasa. Sobre la imposibilidad de revisión por parte de instancias superiores del juicio presuntivo de la prueba de indicios, cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969, p. 711.

[1018] MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, pp. 119-120: «el principio de la íntima convicción o apreciación en conciencia de las pruebas, tal como era entendido por el Tribunal Supremo, convertía la actividad de valoración de las pruebas en una especie de operación secreta y misteriosa, que nos atreveríamos a calificar de *mágica*». Cfr., igualmente, los argumentos de GRACIA MARTÍN, «Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito», *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 232, quien considera que esta interpretación de la libre valoración de la prueba no puede ser aceptada en un Estado de Derecho.

[1019] Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 356 ss, en referencia a la

acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo exige de una forma cada vez más firme que el juez de instancia explicite los criterios de que se ha servido para llegar a una determinada convicción[1020]. En este interés en que se expongan tales criterios no sólo debe verse una consecuencia del deber de motivación de las sentencias recogido en el art. 120.3 CE: además, la explicitación de los argumentos empleados por el órgano judicial de instancia hace posible que la corrección de éstos pueda ser controlada en casación[1021]. En este sentido, la más reciente jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba rigen determinados criterios que trascienden a la persona del juez y a los que éste se halla vinculado. Como se pondrá de manifiesto seguidamente, este cambio de perspectiva tiene una especial incidencia en el ámbito de la prueba de indicios y también, por tanto, en todo lo que afecta a la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito[1022].

En algunas sentencias del Tribunal Supremo, la posibilidad de revisar la argumentación empleada por los tribunales de instancia para la fijación de los hechos probados ha sido admitida en atención a posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, aunque sólo para los supuestos en que no pudiera constatarse la existencia de una activi-

STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón), que sienta las bases de la nueva jurisprudencia. CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 124 ss, entiende que este abandono de la antigua doctrina del Tribunal Supremo cabe atribuirlo a tres factores básicos: el reconocimiento del derecho al recurso en materia penal garantizado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la exigencia constitucional de motivación de las sentencias.

[1020] Cfr., al respecto, DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 381, haciendo referencia a las SSTC 174 y 175/1985 de 17 de diciembre (ponentes Latorre Segura y Gómez-Ferrer Morant, resp.) y MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 164 ss. Sobre el deber de motivación de las sentencias judiciales, cfr. las SSTC 61/1983 de 11 de julio (ponente Gómez-Ferrer Morant), 159/1992 de 26 de octubre (ponente De Mendizábal Allende), 55/1993 de 15 de febrero (ponente De Mendizábal Allende) y 177/1994 de 10 de junio (ponente De Mendizábal Allende).

[1021] Ya FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín, 1912), trad. S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 58, afirmó que la motivación «es el medio práctico que hace posible el control de la sociedad mediante examen posterior al que ha hecho el juez». FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 565-566, entiende que una mayor racionalidad en la práctica de la prueba del tipo subjetivo exige que los órganos judiciales encargados de la revisión entren a fondo en la argumentación seguida por los tribunales de instancia para afirmar o negar el dolo. Cfr., en sentido similar, KÖHLER, Comentario a la sentencia del BGH de 17 de junio de 1980, en *JZ*, 1981, p. 37. Sobre el deber de motivación en general, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias» y ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», ambos trabajos en *La sentencia penal*, p. 97 ss y 117 ss, resp.

[1022] Junto a los cambios jurisprudenciales, en el ámbito de la imputación dolosa desempeña también un importante papel la desaparición en 1983 de la antigua presunción de dolo (cfr., al respecto, *supra* IX.2).

dad probatoria mínima como base de la condena[1023]. Sin embargo, el mismo Tribunal ha admitido en otros casos la posibilidad de revisar ciertos aspectos de la prueba indiciaria con independencia de que se pudiera constatar una vulneración del citado derecho. A tal efecto la jurisprudencia se ha valido de diversos argumentos.

En primer lugar, la posibilidad de revisar algunas cuestiones probatorias ha sido admitida con base en la idea de que determinadas valoraciones sobre la fijación de los hechos probados contenidas en las sentencias de instancia *no pueden considerarse como una mera constatación de datos fácticos*[1024]. Esta negación del carácter fáctico se sostiene a menudo por el Tribunal Supremo en lo que respecta a los denominados «hechos psicológicos», entendiendo que éstos deben determinarse a través de

[1023] En este sentido resulta clave la STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón) en la que el Tribunal Constitucional desarrolla su teoría de la «mínima actividad probatoria» necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia. Cfr., al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 122 ss y 585 ss; BENÉYTEZ MERINO, «Juicio de valor y jurisprudencia», *PJ*, 19 (1990), p. 15 y CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 147 y 151. La posibilidad de que un empleo inadecuado de la prueba de indicios pueda vulnerar el derecho a la presunción de inocencia se acepta en la STS de 20 de enero de 1995 (A 74, ponente Martín Canivell) y en la STS de 23 de enero de 1995 (A 18, ponente Hernández Hernández). En la STS de 20 de abril de 1993 (A 3316, ponente Delgado García) se declara que «conocida es la doctrina de esta Sala por la cual, cuando por inferencias o deducciones lógicas se afirma la concurrencia de algún elemento subjetivo del delito (propósito, ánimo o conocimiento de algo), la mera afirmación en la instancia sobre su concurrencia no vincula al Tribunal que ha de entender el recurso de casación en que esta cuestión se discuta, porque el recurrente puede impugnarlo, bien por la vía tradicional del núm. 1.º del art. 849 de la LECrim por aplicación indebida del correspondiente precepto penal, *bien por la del art. 5.4 de la LOPJ, alegando violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, por entenderse que no hubo prueba alguna sobre la realidad de tal elemento subjetivo*» (cursiva añadida). En términos similares, la STS de 17 de septiembre de 1992 (A 7170, ponente Delgado García) y la STS de 18 de mayo de 1992 (A 4081, ponente Delgado García). Por contra, en la STS de 31 de diciembre de 1992 (A 10550, ponente Díaz Palos) se afirma que «la concurrencia de tal elemento subjetivo [el conocimiento del acusado] más bien pertenece en exclusiva a la jurisdicción ordinaria», mientras que en la STS (Sala 5.ª) de 25 de octubre de 1995 (A 7619, ponente Pérez Esteban) se rechaza que la «determinación del dolo» resulte impugnable por una vía distinta a la infracción de ley (art. 849.1.º LECr).

[1024] Así, por ejemplo, la STS de 26 de enero de 1996 (A 624, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) o la STS de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz), en la que se afirma que «los juicios de inferencia sobre las intenciones de los intervinientes en el delito no son hechos en sentido estricto, y al no ser aprehensibles por los sentidos, no son objeto de prueba propiamente dicha». En esta misma línea, en la STS de 17 de febrero de 1995 (A 1183, ponente De Vega Ruiz) se niega el carácter de «hechos en sí» a los resultados obtenidos mediante juicios de inferencia y en la STS de 29 de enero de 1997 (A 111, ponente De Vega Ruiz) se afirma que «los juicios de valor sobre las intenciones de los intervinientes en el delito no son hechos en sentido estricto». En la STS de 3 de abril de 1992 (A 2747, ponente De Vega Ruiz) tales *juicios de valor* se definen como «la actividad de la mente en los Jueces tendente a calibrar la intencionalidad del sujeto activo de la infracción».

juicios de valor, cuya ubicación idónea son los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia[1025]. Tales valoraciones se consideran revisables en la casación, por entender que su incorrecto empleo entraña la infracción de un precepto penal sustantivo o norma jurídica del mismo carácter (art. 849.1º LECr)[1026]. Con todo, estos argumentos no han sido demasiado bien recibidos por buena parte de la doctrina, llegando incluso a ser rechazados en algunas de sus sentencias por el propio Tribunal Supremo[1027].

Una segunda línea teórica desarrollada por la jurisprudencia para admitir la revisión casacional de ciertas cuestiones fácticas se basa en la idea de que en toda determinación judicial de hechos probados concurren *dos niveles distintos de valoración del material probatorio*, como se afirma, entre otras, en la importante sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1989[1028]. Según se expresa en esta resolución, la posibilidad

[1025] La STS de 24 de abril de 1995 (A 3534, ponente De Vega Ruiz) afirma que los *juicios de valor* que sirven para determinar los elementos subjetivos «no debe[n] ser incluido[s] *nunca* en el *factum* de la resolución impugnada» (cursiva en el original). En otros momentos históricos el TS sostenía que la determinación de los elementos psicológicos dependía de la mera convicción judicial; cfr. en este sentido la STS de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral). Sin embargo, la idea de que los elementos subjetivos se prueban a través de *juicios de valor* ya puede hallarse en la STS de 10 de febrero de 1978 (A 418, ponente García Miguel). Cfr., al respecto, CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 151 ss.

[1026] En este sentido, entre otras, las SSTS de 5 de mayo de 1993 (A 3843, ponente Moner Muñoz) y de 24 de enero de 1994 (A 160, ponente Hernández Hernández). Cfr., asimismo, MARTÍNEZ ARRIETA, «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, pp. 45-46 y DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 387, quien entiende que con la expresión «*juicio de valor*» sólo se quiere «proclamar la aptitud para discutir en casación el raciocinio a través del cual se llega a alcanzar ese particular ánimo o conocimiento del responsable criminal».

[1027] En contra del argumento de los *juicios de valor* ANDRÉS IBÁÑEZ, en *La sentencia penal*, p. 127. También crítico BENÉYTEZ MERINO, *PJ*, 19 (1990), p. 15: «la denominación no afecta a la naturaleza de la cosa. Si la afirmación de una realidad subjetiva, interna, que ha acaecido históricamente, es una proposición asertiva de un verdadero hecho, tal naturaleza no cambia por denominarla juicio de valor». En la STS de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que las afirmaciones del tribunal de instancia acerca del conocimiento de determinadas características del arma empleada en un robo por parte del acusado «es, en verdad, técnicamente una cuestión de hecho», aunque se admite que en casación pueden discutirse los criterios empleados por la Audiencia para incorporar tal dato en el relato fáctico. En la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que el término «juicio de valor» responde a una «terminología prácticamente abandonada», aunque ésta vuelve a emplearse en la más reciente STS de 17 de noviembre de 1997 (A 7985, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

[1028] A 3355, ponente Bacigalupo Zapater. La primera sentencia en que se recurrió a estos argumentos fue la STS de 19 de enero de 1988 (A 383, ponente Bacigalupo Zapater), comentada por JAÉN VALLEJO, «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *RDP*, 1989, p. 69 ss. Las mismas ideas se someten a un desarrollo teórico minucioso en BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 373 ss. También se refiere a la cuestión CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 173. Un resumen y visión crítica de esta teoría en IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 97 ss.

de probar una cierta clase de hechos exige una inmediación con respecto a determinados medios de prueba de la que sólo goza el juez de instancia en el momento del juicio oral (*primer nivel de valoración*)[1029]. En estos casos, la corrección de las conclusiones judiciales no puede ser controlada en casación, pues el Tribunal Supremo no dispone de la inmediación citada[1030].

Junto a este primer nivel, existe un segundo momento de valoración de la prueba que va más allá de la mera inmediación y que se basa en la realización de una serie de razonamientos por parte del juzgador en los que se recurre a las leyes de la lógica, los conocimientos científicos o las leyes de la experiencia, que se aplican al material fáctico previamente fijado (*segundo nivel de valoración*)[1031]. Este nivel constituye lo que en algunas sentencias se denomina la «estructura racional» de la valoración de la prueba[1032]. Dado que las reglas que conforman tal estruc-

[1029] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 374. Cfr., igualmente, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 598 ss, esp. p. 602, con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales; VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia*, p. 168, con numerosas referencias jurisprudenciales y RUIZ VADILLO, *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995, p. 203. Según GRACIA MARTÍN, *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 234, en este nivel de valoración de la prueba entran en consideración «aspectos como la credibilidad de los testigos, la existencia de indicios y el valor de las opiniones de los peritos».

[1030] Así, la STS de 20 de abril de 1993 (A 3316, ponente Delgado García): «lo único que vincula al Tribunal de casación es lo que el Tribunal de instancia da como probado como resultado de su percepción directa de los medios de prueba utilizados, y que ha de respetarse por exigencias del principio de inmediación». En contra de estas ideas IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 101.

[1031] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 374. DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 400, afirma que «el razonamiento lógico, a través del cual en una prueba de indicios pasamos de los hechos base al hecho consecuencia, nada tiene que ver con tal principio de inmediación». En la importante STS de 15 de abril de 1989 (A 3355, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que las inferencias empleadas para determinar los elementos subjetivos «pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos». Respecto a esta problemática en Alemania, cfr. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990, pp. 154-155, quien entiende que si el juez no se atiene a las llamadas «leyes del pensamiento» en el instante de dictar sentencia, se produce una vulneración del Derecho que sirve de fundamento para la revisión de acuerdo con el § 337 StPO, que en su segundo párrafo establece que «la ley se vulnera cuando una norma jurídica se ha dejado de aplicar o no se ha aplicado correctamente». Cfr., igualmente, GOLLWITZER, *LR*, 24.ª ed., Berlín, 1987, § 261, n.º marg. 182.

[1032] Cfr. el FJ 5.º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater). BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 374, también se refiere a este segundo

tura trascienden a la persona del juez y, además, su hilo argumental debe ser explicitado en la resolución de instancia, los tribunales superiores pueden controlar su corrección[1033]. Según numerosas sentencias del Tribunal Supremo, el recurso de casación es una vía idónea para que tal control pueda llevarse a cabo[1034].

La determinación procesal del *factum* en que se basan los elementos subjetivos del delito es una labor que debe ubicarse casi por completo en el *segundo nivel de valoración de la prueba*, pues en prácticamente ningún caso puede afirmarse que el juez de instancia goce de inmediación

nivel con la expresión «infraestructura racional de la formación de la convicción». Ver también GRACIA MARTÍN, *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 234 ss.

[1033] Cfr. la STS de 14 de septiembre de 1994 (A 7386, ponente Montero Fernández-Cid): «la prueba producida en el juicio oral sólo es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observancia por el Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos». De acuerdo con estas ideas, que califica de «impecables», ANDRÉS IBÁÑEZ, en *La sentencia penal*, p. 158 y MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el recurso de casación», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1995, p. 148, quien cita en apoyo de estas afirmaciones la STS de 4 de abril de 1989 (A 3014, ponente Soto Nieto). CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 155, juzga correcto que los criterios empleados en la prueba de indicios puedan ser sometidos a revisión, pero «no porque la convicción a la que pueda llegar el Tribunal por vía indiciaria no sea una conclusión fáctica, sino porque tal inferencia es racionalmente controlable por otro órgano ajeno al sentenciador». En la STS de 18 de mayo de 1992 (A 4081, ponente Delgado García) se afirma que «poco importa que tal resultado de la prueba de indicios figure o no como un dato fáctico más entre los hechos probados, pues, aunque así se haga, ello no impide que esta Sala, al conocer del recurso de casación, puede valorar de nuevo y censurar, en su caso, las mencionadas inferencias o valoraciones». Cfr., igualmente, la STS de 14 de mayo de 1991 (A 3653, ponente Ruiz Vadillo).

[1034] Interesante en este sentido CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 170 ss, quien se refiere, entre otras, a la STS de 21 de febrero de 1989 (A 1625, ponente Bacigalupo Zapater): «la jurisprudencia de esta Sala viene reiterando una y otra vez que la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de instancia no es revisable en casación en todo aquello que depende de la inmediación con la que aquélla ha sido producida. Este principio no impide, como es lógico, que en los casos en que el Tribunal ha formado su convicción a partir de deducciones apoyadas en indicios el Tribunal de Casación compruebe si tales deducciones han sido correctas. Tal comprobación tiene su fundamento normativo en el art. 9.3 CE que declara "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"» DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 400, sostiene que la infracción de estas reglas es recurrible, tanto por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como por infracción de ley. BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 382, entiende que en aquellos casos en que la valoración de la prueba contradiga las leyes de la lógica, la experiencia o los conocimientos científicos, el Tribunal de casación «podrá apreciar infracción de Ley por violación de una norma de carácter sustantivo ("in dubio pro reo") que debió ser observada en la aplicación de la Ley: el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En contra de las anteriores perspectivas RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17.ª ed., Madrid, 1994, pp. 38-39, por entender que su admisión comporta «volver sobre los "hechos" que sirven de base a la sentencia, lo cual no está admitido por nuestra LECrim».

con respecto a los presupuestos aplicativos de dichos elementos[1035]. En consecuencia, la fijación de tales presupuestos es una labor que está sujeta a criterios que van más allá de la persona del juez y de la convicción de éste y, por tanto, nada debe impedir que la doctrina exprese con carácter general cuál debe ser su contenido o qué exigencias deben cumplir: si en este ámbito rige verdaderamente la racionalidad, debe ser posible explicitar reglas con validez general que permitan establecer *a priori* cuándo una determinada conclusión sobre la subjetividad de un acusado debe ser reputada o no como correcta[1036].

Evidentemente, es en este *segundo nivel* donde deben regir las reglas de imputación del conocimiento. Dado que el juez de instancia nunca goza de inmediación con respecto al que fue conocimiento del acusado en el momento de realización del tipo, la «determinación del dolo» se asienta por completo en criterios que trascienden al juzgador y que, por motivos ya expuestos, deben ser obtenidos de las precomprensiones sociales[1037]. En este sentido, tal vez la principal deficiencia de los argumentos del Tribunal Supremo radica en el hecho de no concretar qué parámetros deben emplearse para medir la corrección del *segundo nivel* de valoración de la prueba, más allá de una apelación genérica a las reglas de la lógica y la experiencia. De acuerdo con ideas ya expuestas, tales reglas de experiencia deben coincidir con las valoraciones sociales sobre cuándo resulta inequívoco que alguien conoce algo, de tal modo que una valoración judicial que entre en contradicción con éstas deberá reputarse arbitraria.

A modo de conclusión puede afirmarse que en la línea jurisprudencial que defiende la existencia de dos niveles de valoración de la prueba se encuentra una sólida base para hacer posible un desarrollo teórico sobre la «determinación del dolo», pues con ella se reconoce que no todo lo relativo a la constatación de los presupuestos aplicativos de ciertos

[1035] Esta afirmación encuentra su excepción en los casos en que existe confesión autoinculpatoria, pues en ellos la jurisprudencia considera que existe *prueba directa* de los elementos subjetivos; cfr., al respecto, *supra* VII.3.B.

[1036] BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, pp. 381-382, se refiere a tres modalidades de normas que se derivan de la finalidad protectora de principios como el de legalidad o el *in dubio pro reo*: «normas penales materiales (sustantivas): las que establecen la punibilidad y las que determinan las condiciones de aplicación de éstas; normas penales formales (adjetivas): las que son puras normas procesales en sentido estricto, y normas de carácter sustantivo que se deben observar al determinar los hechos probados (por ejemplo, arts. 741 y 717 de la LECr)». Esta última modalidad es la que interesa en este ámbito.

[1037] Interesante para esta cuestión LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *La sentencia penal*, p. 104: «la sentencia ha de ser racional y ajustada a los parámetros de la sociedad en la que se dicta (...) la convicción debe tener su origen en las pruebas de manera tal que objetivamente se justifique, por lo que otra persona en la misma posición del Juzgador comprenda y pueda llegar racionalmente a la misma convicción». También resultan de interés en este punto las observaciones de GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n.º marg. 179.

conceptos depende de la mera convicción judicial. Tal labor ha sido llevada a cabo hasta el momento por la propia jurisprudencia que, de un modo un tanto asistemático, ha establecido con respecto a ciertos tipos penales qué presupuestos fácticos permiten afirmar que alguien ha actuado con determinados conocimientos o intenciones. Dada la importancia práctica de la cuestión, parece indiscutible la conveniencia de que la doctrina trate de aportar para este ámbito propuestas teóricas de más largo alcance.

XI.3. Cuestiones metodológicas

Como se ha expuesto al hacer referencia a la prueba de indicios, las reglas de experiencia que contienen afirmaciones sobre el conocimiento ajeno (*reglas de imputación del conocimiento*) responden a una estructura según la cual, dada una base objetiva, se entiende que un sujeto es conocedor de determinadas circunstancias (dado el hecho A, el sujeto S conoce B)[1038]. Los diversos datos objetivos que tales reglas pueden adoptar como presupuestos aplicativos son un criterio que debe permitir su identificación y clasificación, siendo éste es uno de los objetivos a alcanzar en el curso de los siguientes Capítulos[1039]. Una vez realizada esta tarea, resulta mucho más sencillo aportar criterios generales para establecer qué requisitos debe satisfacer una regla concreta para poder ser empleada de modo efectivo en la resolución de un supuesto de hecho.

La base objetiva que las valoraciones sociales toman en cuenta para la imputación del conocimiento va más allá del estricto hecho objetivamente típico. Pese a que los rasgos que conforman este hecho desempeñan un papel clave en la atribución social de conocimientos, también realidades objetivas anteriores y posteriores a él sirven como base para imputar conocimientos al sujeto en el momento (posterior o anterior) de

[1038] Esto es lo que permite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmar, al hacer referencia a la prueba de indicios, la existencia de unos «hechos base probados» y de unos «hechos consecuencia»; cfr. al respecto la STS de 13 de junio de 1990 (A 5288, ponente Díaz Palos). Cfr., igualmente, MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, pp. 147-148. Interesantes en general sobre este punto las consideraciones de KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 166.

[1039] BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840, pp. 282-283, aporta una relación de posibles bases objetivas (indicios) para afirmar el dolo del sujeto, aunque sin proceder a su sistematización, por entender que la cuestión debe quedar abierta a la decisión del juez.

su realización[1040]. Sin embargo, debe quedar claro que los datos objetivos posteriores y anteriores al comportamiento típico sólo tienen relevancia en este ámbito si, a partir de ellos, es posible atribuir al sujeto un determinado grado de conocimiento en el preciso momento de efectiva realización de la conducta objetivamente típica[1041].

Dado que las reglas de imputación del conocimiento operan siempre una vez han sido fijados los hechos objetivos que se consideran probados, es importante que entre tales hechos se incluyan todos aquellos que puedan tener alguna significación para atribuir o no a un sujeto el conocimiento de determinadas realidades[1042]. Tal proceso de fijación de los hechos significativos para la cuestión del dolo puede analizarse de una forma *dinámica*, esto es, partiendo de que existen unas reglas generales de experiencia sobre el conocimiento y el desconocimiento ajeno y de cómo las partes implicadas en el proceso penal tratan de conseguir que se consideren probados aquellos hechos objetivos que deben hacer o no posible la aplicación de una determinada regla y, por tanto, la atribución o no al acusado de los conocimientos en que se fundamenta el dolo[1043].

[1040] Así, las tradicionales expresiones del Tribunal Supremo, de acuerdo con las cuales «la prueba del dolo en cuanto integrado por elementos psicológicos que yacen en la psique del sujeto activo del delito, ha de basarse en circunstancias —*anteriores, coetáneas y posteriores al hecho*; de todo orden, por tanto— que manifiesten al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del acto punible» (STS de 15 de julio de 1987, A 5540, ponente Díaz Palos, cursiva añadida). Abundantes referencias jurisprudenciales sobre esta concreta cuestión en GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 51.

[1041] En este sentido afirma PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 420, que «la inferencia, aunque parta de hechos diferentes —anteriores o posteriores— va a parar en su conclusión al comportamiento concreto que se juzga, lo que permite rechazar en la apreciación todos los datos que no tengan una conexión lógica directa con la conclusión del tribunal y, por tanto, con el hecho».

[1042] En este sentido revisten cierto interés los criterios aportados en la STS de 30 de octubre de 1995 (A 7695, ponente Hernández Hernández) sobre las exigencias que debe cumplir toda prueba de indicios correctamente practicada.

[1043] Este modelo de análisis es el adoptado por FREUND en su *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987, *passim*. Este autor considera que para la cuestión del conocimiento ajeno rigen ciertas reglas de experiencia cuya vigencia se halla sujeta a una serie de excepciones. Lo que intentan las partes en el proceso (especialmente la defensa) es aportar el sustrato fáctico objetivo en que se asientan tales excepciones, para que de esta manera se acabe negando la existencia de dolo por parte del tribunal. Sobre la teoría de *Freund*, cfr. *supra* IX.4.A.2.a. Un punto de vista similar adopta PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 419, al afirmar que «la argumentación ha de basarse, por tanto, en la negación de tales máximas de experiencia o en datos de hecho que permitan sostener, al menos en su opinión [del acusado], la existencia de una excepción a la regla». Interesantes también en este punto SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios*, p. 709 e IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 58. La jurisprudencia italiana parte, para determinar el dolo, de unas máximas de experiencia generales y entiende que las circunstancias obje-

En los siguientes Capítulos va a partirse, sin embargo, de un nivel de análisis distinto (que puede denominarse *estático*), centrado en el contenido de las valoraciones judiciales sobre el conocimiento ajeno una vez que los hechos objetivos han sido ya plenamente determinados. El proceso de formulación de las afirmaciones sobre el conocimiento de un sujeto siempre responde a la siguiente estructura: primero se prueba un hecho objetivo y, a partir de éste, se infieren (mejor, se imputan) determinadas realidades subjetivas de acuerdo con el contenido de una regla con vigencia social [1044]. Ello no quiere decir que en la discusión sobre la prueba de los hechos objetivos las partes no puedan tener ya en cuenta las repercusiones que para el tipo subjetivo van a poder derivarse de que un determinado hecho objetivo se dé o no por probado [1045]. Pero el método de análisis por el que aquí se opta partirá siempre de que la base objetiva ha sido ya fijada en su plenitud, pues sólo una vez establecida ésta es posible obtener una panorámica global sobre cómo deben operar las reglas de imputación del conocimiento [1046].

En Capítulos anteriores se ha afirmado que una conducta objetivamente típica sólo puede considerarse dolosa cuando, desde un punto de vista social, se entienda que ha sido llevada a cabo por su autor de modo inequívocamente consciente. Cuando el sentido del hecho resulte dudoso (no inequívoco), deberá negarse el dolo y, dado el caso, sólo podrá afirmarse una realización imprudente [1047]. La exigencia de que la afirmación final sobre el conocimiento del acusado tenga un significado indiscutido requiere que tanto las reglas empleadas como las conclusiones a que éstas lleven reúnan esta característica. Por este motivo, si se quieren *captar* sentidos sociales inequívocos deben rechazarse en el ámbito de la imputación del conocimiento todos aquellos enunciados que respondan a la estructura «probado el hecho X, el sujeto *tal vez, posiblemente o probablemente* conoce Y» [1048]. En consecuencia, sólo pueden ser aceptadas las reglas del tipo «probado el hecho X, el sujeto *necesariamente* conoce Y», cuando, además, éstas gocen de una plena e inequívoca vigencia social. Sólo si se satisface esta doble exigencia es posible garantizar que el juicio definitivo cumpla con las condiciones en que resulta legítima una condena por delito doloso [1049].

tivas que pueden dar pie a alguna excepción de las citadas reglas deben ser aportadas por el acusado; cfr. TASSI, *Il dolo*, Padua, 1992, p. 146.

[1044] Cfr., en este sentido, las consideraciones de MARTÍNEZ ARRIETA, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 45.

[1045] La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma en algunas sentencias (como la STS de 21 de marzo de 1995, A 2044, ponente Conde-Pumpido Ferreiro) que los juicios acerca del dolo del sujeto pueden ser cuestionados por dos vías distintas: «acreditar la inexistencia de los datos objetivos base de la inferencia racional del Juzgador» o «demostrar la arbitrariedad o irracionalidad del argumento lógico que anuda aquellos datos objetivos y la consecuencia de ellos obtenida en orden a la subjetividad del agente». Será esta segunda vía la que será sometida a análisis en los siguientes Capítulos.

[1046] Lo que no debe significar que en este ámbito el acusado tenga la carga de la prueba, como parece afirmarse en alguna sentencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 5 de abril de 1993, A 3036, ponente Delgado García).

[1047] En esta línea, aunque en referencia a la prueba de indicios, afirma KÖHLER, *Strafrecht*, p. 166, que «en caso de duda debe negarse el dolo». Cfr., igualmente, BELLOCH JULBE, «La prueba indiciaria», en *La sentencia penal*, p. 87: «la lógica enseña que si un indicio permite dos conclusiones distintas, ambas igualmente razonables en cuanto parecidamente probables, ninguna razón permite, a falta de mayores datos complementarios, inclinarse por una u otra. La dogmática penal muestra que, en tales supuestos, la opción viene determinada por el axioma "in dubio pro reo"».

[1048] Ésta es una de las más notables diferencias de la teoría de la imputación social del conocimiento con respecto a los planteamientos tradicionales, pues mientras para éstos bastaría, para afirmar el conocimiento, con una regla de las citadas *supra* más la convicción judicial, para la primera teoría ello no sería suficiente.

[1049] Cfr. *supra* X.

XII. LOS CONOCIMIENTOS MÍNIMOS

XII.1. PLANTEAMIENTO

En el ámbito de la comunicación social la mayor parte de imputaciones de conocimientos entre sujetos se llevan a cabo atendiendo a determinadas características personales de éstos, a ciertas particularidades de la situación en que han actuado o de la conducta realizada, o a una combinación de todos estos factores. Estos datos actúan como presupuesto aplicativo (base objetiva) de numerosas reglas sociales de imputación de conocimientos. Sin embargo, también es posible constatar que, en el ámbito de dicha comunicación, se realizan a menudo atribuciones de conocimientos en las que se prescinde de cualquier base objetiva o, mejor dicho, en las que se parte de una base objetiva que por regla general se presupone: *la circunstancia de que, en el momento de llevar a cabo la acción objetivamente típica, el sujeto de la imputación reunía la condición de «persona normal»*. En este sentido, puede constatarse la vigencia de una serie de reglas que responden a la siguiente estructura: «si el sujeto S era una persona normal en el momento de realizar el hecho, entonces contaba en tal momento con el conocimiento de A, B, C, etc.». Los conocimientos que se atribuyen a un individuo atendiendo exclusivamente a su condición de *persona normal* recibirán en este trabajo el nombre de *conocimientos mínimos*.

Cuando socialmente se atribuye a otro sujeto la condición de *persona normal* se le imputan ya con ello determinados conocimientos cuya posesión se juzga presupuesto básico e irrenunciable para afirmar tal normalidad. En otras palabras, la ausencia de tales conocimientos sólo se admite socialmente si es posible explicarla a través de la existencia simultánea de determinadas características personales del sujeto que tienen como base, precisamente, la negación de la *normalidad* de éste. La noción de *normalidad*, trasladada a las valoraciones sociales que se plasman en el Derecho penal, se traduce en la idea de *imputabilidad* [1050]:

[1050] Tiene especial interés en este punto la afirmación de que la clave para decidir la

existen ciertos desconocimientos que sólo se entienden posibles si el sujeto padece determinados transtornos de orden psíquico (art. 20.1º CP) o en la percepción (art. 20.3º CP), o si es menor de cierta edad (art. 19 CP)[1051]. La cuestión queda expuesta con sencillez a través del siguiente ejemplo:

> *Se acusa a un individuo de homicidio doloso por haber dado muerte a otro sujeto propinándole diversos golpes con un hacha que le hundieron el cráneo. El autor vio en todo momento perfectamente que el objeto de su agresión era otra persona; sin embargo, alega ante el Tribunal que le juzga que desconocía el hecho de que, en general, propinar semejantes golpes pudiera entrañar un peligro para la vida de otro ser humano*[1052].

Del análisis de un supuesto como el anterior sólo pueden derivarse dos soluciones posibles. La primera de ellas depende de que pueda considerarse que el sujeto ha llevado a cabo el ataque contra la víctima siendo imputable: si efectivamente lo era, socialmente se entiende que dicho sujeto necesariamente ha conocido la peligrosidad abstracta de su conducta y tal conocimiento debe serle imputado[1053]. Éste sólo puede de-

cuestión de la imputabilidad radica en si en el ámbito de la comunicación social puede considerarse al otro individuo como un igual. Cfr. al respecto JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 598. Según *Jakobs* (*ibidem*, p. 598 ss y 629 ss) tal igualdad falta en aquel sujeto en quien concurren determinadas perturbaciones psíquicas y en el supuesto de los menores. También interesante GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 175-177.

[1051] La idea no resulta en modo alguno novedosa. Ya los postglosadores afirmaban que «por regla general, la alegación de un desconocimiento que no puede ser razonablemente aceptado en personas capaces de culpabilidad no merece ninguna clase de crédito»; cfr. ENGELMANN, *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, Berlín, 1922 (reimp. 1975), p. 101.

[1052] Un caso estructuralmente parecido puede encontrarse en la STS de 29 de enero de 1996 (A 150, ponente Conde-Pumpido Tourón), en la que se declara probado que «la víctima fue acometida inicialmente por el señor M. que le cogió por los brazos y le zarandeó, haciéndole perder el equilibrio, siendo a continuación cuando la esposa del señor M. —con el consentimiento de éste— cogió una piedra y le golpeó el rostro», a consecuencia de lo cual la víctima perdió varias piezas dentarias. La defensa de los acusados alega ante el Tribunal Supremo que las lesiones fueron causadas imprudentemente (cfr. FJ 7.º). Dicho Tribunal rechaza tal alegación, respondiendo que «la dinámica comisiva de la acción agresora está presidida por un clarísimo "animus laedendi", concurriendo un dolo genérico de lesionar». Dejando a un lado la más que discutible cuestión del *animus*, lo que parece evidente es que no puede tener ninguna credibilidad cualquier alegación encaminada a aseverar que alguien en su sano juicio pueda ignorar que propinar a alguien un golpe en el rostro con una piedra, cuando está tendido en el suelo, supone crear un riesgo para la integridad física de éste, con lo que, por principio, debe negarse la posibilidad de imprudencia.

[1053] La regla de imputación social de conocimientos reza: «una persona mayor de edad y en su sano juicio sabe que golpear a otro con un hacha en la cabeza es una conducta peligrosa para la vida de ésta».

jar de ser atribuido si consigue demostrarse que el sujeto en cuestión no estaba en su sano juicio al llevar a cabo semejante comportamiento[1054]. Una tercera solución resulta imposible desde un punto de vista social: una persona en su sano juicio no puede desconocer la peligrosidad de acciones como la llevada a cabo. La imputabilidad excluye, pues, determinados desconocimientos. Este punto de vista puede observarse, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo en que se afirma que «todo el mundo sabe —por la experiencia común— que la presión fuerte y mantenida sobre el cuello de una persona, impidiéndola respirar, en breves momentos, es causa de su muerte por asfixia»[1055]. En ella sólo falta precisar que la condición de inimputable por parte del sujeto sería la única excepción admisible frente a tal regla general[1056].

Curiosamente, si bien la idea de los *conocimientos mínimos* en el ámbito del dolo no parece haber sido aún explicitada ni desarrollada desde un punto de vista teórico, en lo referente al conocimiento de la antijuricidad sí se cuenta con un desarrollo más o menos minucioso o, por lo menos, con una cierta praxis, sobre qué desconocimientos, referidos en este caso a la vigencia de determinadas normas, deben tenerse por

[1054] Así, VON WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *ACR*, 1857, p. 612; afirma este autor que a un funcionario no se le admite la disculpa de que en el momento de cometer el hecho no pensó en su condición de tal, o que a un marido no se le acepta que afirme no haber recordado que estaba casado al cometer adulterio, porque ambos datos forman parte indefectiblemente de la consciencia de «toda persona sana mentalmente» (cfr. al respecto *infra* el Excurso «Imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento»).

[1055] STS de 11 de mayo de 1994 (A 3686, ponente Puerta Luis). En una misma línea se dirige la argumentación del Tribunal Supremo cuando, en su sentencia de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente de Vega Ruiz), afirma que no cabe la alegación del error de tipo «cuando el agente actúa empleando vías de hecho que todos saben están prohibidas» (en este caso una joven madre golpeo a su hija de diez meses de edad en la cabeza con o contra un objeto contundente de tal modo que la niña «salió por el aire» y seguidamente murió. La defensa de la acusada alegaba ante el TS un error de tipo). También se atribuyen *conocimientos mínimos* en afirmaciones como la de que «existe un conocimiento común de las gravísimas consecuencias que para la vida de una persona derivan de clavar objetos punzantes de tal longitud que afectan a órganos vitales», sostenida en la STS de 21 de enero de 1997 (A 461, ponente García-Calvo y Montiel). Cfr., igualmente, la STS de 22 de enero de 1992 (A 291, ponente Carrero Ramos). Otro ejemplo puede encontrarse en la STS de 9 de junio de 1981 (A 2635, ponente Castro Pérez): en el hemitórax izquierdo (parte corporal de la víctima en que el acusado clavó un cuchillo) «todo el mundo sabe que se halla el corazón» y que es zona «conocidamente vital».

[1056] Algo que sí parece precisarse, en referencia al conocimiento de la antijuricidad, en la STS de 27 de abril de 1994 (A 3443, ponente García Ancos) cuando se afirma que «dadas las propias características personales del autor de la infracción se nos muestra como una persona adulta *y sin ningún género de minusvalía psíquica* que nos ha de hacer suponer necesariamente que no era ignorante de que el servir de intermediario entre el vendedor o vendedores de la droga y sus consumidores era un acto constitutivo de infracción legal» (cursiva añadida). Razonamientos similares en la STS de 11 de junio de 1994 (A 4944, ponente García Ancos).

imposibles [1057]. Así, por regla general no se admite el error sobre la vigencia de las normas que prohíben conductas que atentan contra los bienes que se consideran básicos en una determinada sociedad y, como suele afirmar el Tribunal Supremo, la invocación del error de prohibición está fuera de todo lugar «en aquellas infracciones o hechos cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de general comprensión» [1058].

Esta misma lógica parece trasladable sin demasiados problemas al ámbito del tipo subjetivo, pues tal modo de ver las cosas no tiene por qué circunscribirse al conocimiento de la vigencia de determinadas normas por parte de los sujetos, sino que puede y debe regir respecto al conocimiento de ciertas circunstancias integradoras de algunos tipos penales. La posibilidad de esta traslación parece obvia si se tiene en cuenta que, al fin y al cabo, en ambos casos concurren juicios sobre el conocimiento ajeno de determinadas realidades o, mejor dicho, sobre desconocimientos que no se entienden por principio posibles en lo que socialmente se considera una persona normal.

[1057] BORST, «Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes», *NACR*, 2 (1818), pp. 440-441, afirma que el desconocimiento no se admite en determinados hechos, no a partir de una presunción de dolo malo, sino de la certeza de que el infractor, como cualquier otra persona de su misma condición y facultades individuales, conoce la prohibición cuando el contenido de la norma es especialmente evidente. Basta con que resulte imaginable que una persona de la misma educación y facultades mentales que el infractor haya ignorado la norma para que semejante certeza desaparezca. Cfr., igualmente, JAKOBS, «El principio de culpabilidad», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 375: «la problemática del error acerca de la norma sigue careciendo de todas maneras de relevancia en el ámbito central del Derecho penal». Especialmente interesante BURKHARDT, «Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss», en ESER/NISHIHARA (ed.), *Rechtsfertigung und Entschuldigung*, IV, Friburgo d.B., 1995, p. 409 ss. Cfr. igualmente las consideraciones de VON WICK, *ACR*, 1857, pp. 613-614, quien niega la posibilidad de desconocimiento en aquellos delitos que incorporan un componente moral.

[1058] STS de 28 de mayo de 1993 (A 4267, ponente De Vega Ruiz). Cfr. también el voto particular formulado por el magistrado Soto Nieto a la STS de 29 de febrero de 1988 (A 1354) —«quedan excluidos del ámbito del artículo 6 bis a) del Código Penal no sólo los casos de error burdo, sino también los supuestos en los que la antijuridicidad no puede desconocerse, entre los que se encuentra la norma elemental de toda sociedad civilizada, por todos conocida, de que nadie puede tomarse la justicia por su mano»— y la STS de 28 de febrero de 1992 (A 1399, ponente Cotta Márquez de Prado) —donde se afirma que la invocación del error de prohibición «no es permisible en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente»—; idénticos argumentos en la STS de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz). Cfr., asimismo, la STS de 10 de febrero de 1995 (A 810, ponente García Miguel): «no cabe admitir la posibilidad de error o desconocimiento de la antijuricidad de un hecho de general conocimiento aun para las personas desprovistas de la más elemental cultura como es el de que los atentados contra la vida o la integridad física de las personas son hechos delictivos». Un interesante resumen y crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que respecta al criterio de la «ilicitud notoria» en FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, pp. 236-238.

Qué *conocimientos* deben considerarse *mínimos* y cuáles no es algo que, evidentemente, no puede desarrollarse hasta el más minucioso de los detalles y, desde luego, no puede aportarse una lista de los *conocimientos* que se consideran *mínimos* en la actual sociedad. La concreción deberá llevarse a cabo pensando en cada caso concreto si socialmente podría considerarse como igual a una persona que desconociera determinadas realidades. Lo afirmado hasta ahora puede parecer obvio e, incluso, superfluo. Sin embargo, dando realce a la figura de los *conocimientos mínimos* se obtiene un instrumento especialmente útil para acometer un análisis crítico de determinadas afirmaciones judiciales que con relativa frecuencia pueden encontrarse en el ámbito de la determinación procesal del dolo.

XII.2. REPERCUSIONES PRÁCTICAS DE LOS CONOCIMIENTOS MÍNIMOS

La figura de los *conocimientos mínimos* tiene una primera e importante consecuencia práctica. De acuerdo con ella, las alegaciones por parte de un acusado o de su defensa dirigidas a afirmar la ausencia de tales conocimientos sólo podrán ser viables si se acompañan de la alegación de que dicho acusado era, en el momento de realizar el hecho, plenamente inimputable. La primera alegación sólo podrá prosperar si también lo hace esta última. De lo contrario, la afirmación sobre el desconocimiento no puede aceptarse y los conocimientos en cuestión deberán atribuirse al sujeto pues, de acuerdo con lo afirmado, *los conocimientos mínimos se imputan por principio a toda persona imputable con independencia de la situación en que haya actuado ésta o de otras características personales distintas a aquéllas en que se fundamentan las causas de inimputabilidad.*

El segundo efecto práctico que se deriva de la figura de los *conocimientos mínimos* requiere de una argumentación algo más compleja. Socialmente se parte, por un lado, de que determinados desconocimientos no resultan creíbles en una persona imputable (p. ej. no es imaginable que una persona imputable no sepa que golpeando a otro con un hacha se le pueden producir lesiones); por otro lado, socialmente se acepta que ciertos desconocimientos no van necesariamente ligados a la inimputabilidad del sujeto que los alega (p. ej. es imaginable un sujeto imputable que no sepa que el consumo de anilina puede causar daños a la salud). En este segundo caso, la posibilidad de imputar el conocimiento del que se trate (p. ej. del carácter venenoso de la anilina) requiere desde el punto de vista social de una base objetiva más amplia que la mera acreditación de que el sujeto era imputable en el momento de realizar la conduc-

ta típica (p. ej. que el sujeto, además de imputable, trabajaba en la industria del aceite).

De la anterior argumentación debe extraerse una idea clave: *deben reputarse incorrectas todas aquellas atribuciones de conocimientos que sólo se basen en la imputabilidad de una persona cuando socialmente sea imaginable un sujeto imputable que, sin embargo, no cuente con ellos*. Plasmada en los anteriores ejemplos, esta idea implica que la afirmación «si el acusado es imputable sabe que golpeando a otro con un hacha crea un peligro para la integridad física de éste» debe considerarse correcta, pues desde el punto de vista de las valoraciones sociales no es imaginable una persona mayor de edad en su sano juicio que desconozca tal peligrosidad. Por contra, la afirmación «si el acusado es imputable conoce el carácter venenoso de la anilina» debe reputarse incorrecta, pues desde el punto de vista social es imaginable un sujeto mayor de edad en su sano juicio que no conozca el potencial lesivo del citado producto. En consecuencia, la posibilidad de imputar a un sujeto el conocimiento de este potencial lesivo dependerá de la eventual concurrencia de un sustrato fáctico más amplio que la mera condición de imputable del acusado [1059].

Un ámbito en que la figura de los *conocimientos mínimos* despliega de modo evidente su capacidad crítica puede encontrarse en la discusión sobre el tipo subjetivo de los delitos contra la propiedad industrial (art. 273 ss. CP). Para hablar de dolo en estas infracciones se exige que el sujeto activo tenga conocimiento (aunque sea eventual) de que la marca o patente que está reproduciendo se encuentra inscrita a nombre de otra persona en el Registro de la Propiedad Industrial [1060]. Durante cierto tiempo se defendió por parte de algunos autores, de formación básicamente mercantilista y denominados tradicionalmente «industrialistas», que con la mera publicidad registral bastaba para entender que cualquier ciudadano era conocedor de los distintos derechos que se hallaban registrados. La regla de imputación defendida por estos autores se fundamentaba

[1059] A este respecto merece la pena traer a colación la doctrina medieval que entendía que la única alegación de un error sobre hechos que no merece ningún crédito es aquélla referida a los denominados «hechos notorios»; cfr., al respecto, ENGELMANN, *Irrtum und Schuld*, p. 106 ss.

[1060] Esta exigencia queda incorporada explícitamente al texto positivo de la ley desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (arts. 273, 274 y 275). Sin embargo, aunque el Código anterior no exigía expresamente el conocimiento del registro (el antiguo art. 534 CP73 sólo hablaba de infracción «intencionada» de los derechos de propiedad industrial) la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendía que tal conocimiento era un requisito de la intencionalidad. A este respecto, cfr., entre otras, la STS de 10 de febrero de 1987 (A 1233, ponente Moyna Ménguez). En la doctrina SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995, pp. 393-394, afirma en referencia al Código anterior que el dolo en estos delitos exige conocer «la existencia de un objeto de propiedad industrial ajeno y del registro del mismo».

en una presunción según la cual se entendía que todo el mundo conoce el contenido del Registro, lo que basaban en el artículo 4 del Reglamento de la Propiedad Industrial de 1924, según cuyo tenor literal, «publicados los registros en el Boletín Oficial de la Propiedad Intelectual e Industrial, no se podrá alegar ante los Tribunales desconocimiento o ignorancia de su existencia». Así, *Díaz Velasco* afirmaba, por ejemplo, que «esa presunción de conocimiento, que lleva consigo la del ánimo doloso, es una presunción que no admite prueba en contrario» [1061]. Estas perspectivas no sólo pretendían la imputación genérica a cualquier persona del elemento intelectivo del dolo referido al contenido del Registro, sino también del elemento volitivo, para lo cual se apoyaban en la presunción de voluntariedad del antiguo art. 1.2º CP73, vigente hasta la reforma de 1983 [1062].

La doctrina mayoritaria ha basado su crítica a los postulados industrialistas en la idea de que con ellos se da crédito a una auténtica presunción *iuris et de iure* de dolo, que se opone al principio de culpabilidad y que, por tanto, debe ser rechazada [1063]. Sin embargo, pese a que estas críticas deben considerarse acertadas en sus resultados finales, no son defendibles en su fundamentación, pues acusan a los industrialistas de un objetivismo en la «determinación del dolo» del que tampoco ellas se hallan exentas [1064]. La crítica adecuada a los industrialistas debe basar-

[1061] DÍAZ VELASCO, *Estudios sobre propiedad industrial*, Barcelona, 1987, p. 703.

[1062] Cfr. *supra* IX.2.

[1063] Las posturas industrialistas, cuyos más significativos representantes son *Mascareñas* y *Díaz Velasco*, han sido repetidamente rechazadas por la doctrina del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, cfr. la STS de 16 de mayo de 1979 (A 2082, ponente Vivas Marzal) donde se recalca que «por muy especial y genuina que sea la naturaleza de la propiedad industrial, no lo es tanto como para que, transcendiendo de lo punitivo, derogue los presupuestos esenciales de la estructura del delito» (ideas que se reiteran en lo esencial en la STS de 22 de marzo de 1980, A 1176, ponente Vivas Marzal). La dogmática jurídico-penal se ha opuesto con inusual unanimidad a los postulados industrialistas; sirva como ejemplo lo que al respecto comenta QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1978, p. 680, quien entiende que, de acogerse los postulados industrialistas, «se consagraría un odioso objetivismo de dolo *in re ipsa* que echaría por tierra las más preciadas esencias del derecho penal». Según GUINARTE CABADA, *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid, 1988, p. 235, la presunción industrialista debe ser rechazada por faltarle a ésta apoyatura legal suficiente (ante las dudas sobre la vigencia del art. 4 del RPI y la desaparición de la presunción de voluntariedad) y por las exigencias del principio de culpabilidad. Otra visión crítica de los postulados industrialistas en SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, pp. 391-393.

[1064] Basta con ver cómo en la práctica del Tribunal Supremo, pese a rechazarse explícitamente las posturas industralistas, las afirmaciones sobre el efectivo conocimiento del contenido del Registro por parte de los acusados también se basan en datos objetivos (cualificación profesional del sujeto, similitud entre el signo distintivo producido y el registrado...). Desde luego estos criterios de atribución incorporan una mayor capacidad de matización y de adaptación a las circunstancias del caso concreto que la presunción *iuris*

se en el hecho de que dotan de la característica de mínimos a conocimientos que, desde un punto de vista social, en modo alguno lo son. Efectivamente, la normalidad como persona no implica socialmente el conocimiento del contenido de todos y cada uno de los asientos del Registro de la Propiedad Industrial. O, dicho con otras palabras, no todo aquél que desconoce el Registro de la Propiedad Industrial es considerado socialmente como plenamente inimputable. Ello significa que la atribución del conocimiento del Registro sólo podrá llevarse a cabo si concurren determinados datos objetivos en el supuesto concreto que vayan más allá del mero hecho de que el sujeto activo era una persona imputable en el momento de llevar a cabo la conducta típica [1065].

También deben considerarse incorrectas aquellas declaraciones que ocasionalmente se encuentran en la jurisprudencia sobre lo que, desde su punto de vista, resulta de conocimiento general, cuando es muy discutible que así sea. Esta afirmación se justifica por el sencillo motivo de que desde el prisma de las valoraciones sociales es perfectamente imaginable que pueda existir una persona imputable que, sin embargo, no cuente con tales conocimientos. En este sentido, sin una base objetiva más amplia no parecen adecuadas para imputar conocimientos las afirmaciones de que, por ejemplo, es de conocimiento general la existencia de una determinada marca de licores en el mercado [1066], de que «es de dominio público o, al menos, de conocimiento vulgar» la causación de la fiebre de malta por quesos frescos contaminados [1067], o de que «toda perso-

et de iure de los industrialistas, pero su base es igualmente objetiva, con lo que la crítica del objetivismo está fuera de lugar.

[1065] En buena lógica debe rechazarse la opinión de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996, p. 420, cuando afirma, respecto al dolo en los delitos contra la propiedad industrial, que «no parece que pueda ser una excusa la alegación del desconocimiento de que el objeto estaba registrado porque, precisamente, los registros públicos tienen la finalidad de dar certeza *erga omnes* de un hecho oficializado por la inscripción». Esta equiparación teórica entre conocimiento y cognoscibilidad resulta inaceptable. Mucho más atinado PORTELLANO DÍEZ, «Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista», *CPC*, 60 (1996), pp. 658-659, quien entiende que las evidentes dificultades probatorias que implica demostrar que alguien conocía el registro pueden superarse si se cumplen dos condiciones: explotación efectiva de la invención patentada y comercialización del producto acompañado de signos que indiquen su registro (p. ej. el símbolo ®). Como es evidente, este último autor exige una base objetiva más amplia que la mera condición de imputable del sujeto activo.

[1066] STS de 22 de julio de 1993 (A 6352, ponente Delgado García). Se afirma en esta resolución que «tan conocida es en el mercado la ginebra Larios que no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser considerada delictiva»; la imputación del dolo en este caso se salva al afirmar también el Tribunal que la imitación era muy clara y que el autor de ésta había sido «un fabricante de licores que conoce bien el mercado y la gran difusión y publicidad del producto imitado». El hecho de que se recurra a estas otras dos bases de imputación muestra que la primera y harto discutible afirmación resulta en todo caso superflua.

[1067] STS de 12 de abril de 1989 (A 3182, ponente Díaz Palos); en esta sentencia con-

na sabe de los objetos valiosos que aparecen en su propio ámbito de dominio, cuando además aquélla es la única que ha podido tener acceso al lugar en que las cosas han sido encontradas» [1068]. Respecto a los tres ejemplos es perfectamente posible imaginar una persona imputable que no cuente con tales conocimientos, por lo que la corrección de las tres afirmaciones no puede considerarse inequívoca desde el punto de vista de las valoraciones sociales [1069].

XII.3. CONOCIMIENTOS MÍNIMOS Y «SOCIALIZACIÓN EXÓTICA»

La referencia a la figura de los *conocimientos mínimos* ha permitido establecer la regla según la cual, cuando se considera imputable a una persona se le atribuyen todos aquellos conocimientos cuya ausencia no se explicaría de no ser por su plena inimputabilidad. Existen, sin embargo, supuestos en que ciertas condiciones personales del sujeto de la imputación hacen posible que en su caso se admitan determinados desconocimientos que, como regla general, serían inconcebibles en cualquier otra persona, aunque no se fundamente dicha admisión en ciertas anomalías psíquicas de tal sujeto, sino en la peculiar relación existente entre éste y la sociedad en el seno de la cual se realiza la imputación. Tal vez con el siguiente ejemplo se entienda mejor la idea que aquí se quiere hacer expresiva:

> *Un sujeto dispara contra otra persona a la que tiene a un escaso metro de distancia con un arma de fuego y le causa la muerte. El sujeto alega ante el Tribunal que le juzga el desconocimiento de que un disparo con arma de fuego puede causar la muerte de otro, pues ni siquiera sabía qué era ni para qué servía el arma en cuestión.*

Ante un supuesto como éste, la primera impresión lleva a afirmar que el conocimiento de que disparar un arma de fuego contra alguien

creta la imputación general se refuerza con la idea de que los que fabricaron el queso eran profesionales.

[1068] MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 150. El propio autor admite la posibilidad de excepciones a tal afirmación. Cfr. también la imputación de conocimientos de la STS de 15 de noviembre de 1989 (A 8646, ponente García Miguel): «el valor de las cosas ocupadas a los procesados y que los mismos declaraban haber encontrado, tenían un valor de 250.000 ptas., por lo que es evidente que mal podía presumirse que hubiesen sido abandonadas por su propietarios».

[1069] Muy cuestionable también la argumentación de la STS de 4 de mayo de 1981 (A 2096, ponente Vivas Marzal), según la cual toda persona poseedora de un arma de fuego que no cuenta ni con marca de fabricación ni con número conoce estas dos circunstancias, a no ser que se trate de un «invidente o subnormal profundo».

que se encuentra a un metro de distancia crea un evidente riesgo para la vida de éste es algo que forma parte de los *conocimientos mínimos* de toda persona imputable. Sin embargo, tal afirmación no es suficientemente precisa: imagínese el caso en que un aborigen de una tribu que apenas ha mantenido contactos con la civilización occidental llega por los motivos que sean a una ciudad europea y, a los pocos minutos de su llegada, alguien le pone una pistola en su mano y le exhorta a que, «siguiendo una tradición continental», apriete el gatillo. Parece que en este supuesto la no imputación del conocimiento del riesgo de la actuación es algo que, cuando menos, se estaría dispuesto a plantear, cosa que ni tan siquiera sucedería de ser el acusado una persona nacida y educada en el seno de la cultura occidental o de otras sociedades con unos parámetros culturales cercanos a los de ésta [1070].

El ejemplo en cuestión lleva a plantearse que, en realidad, los *conocimientos mínimos* en sentido estricto son muy pocos, porque escasos son también los conocimientos que es posible entender que posee cualquier miembro adulto de la raza humana no gravemente mermado de sus facultades mentales o sensoriales básicas. De ahí los ejemplos a los que se ha acudido anteriormente para hablar de *conocimientos mínimos*: parece que el conocimiento de que golpear a otro con un hacha en la cabeza o con una piedra en el rostro entraña determinados peligros es algo que forma parte de los conocimientos de cualquier persona adulta, con independencia del referente cultural en que se la ubique [1071]. Sin embargo, ya no es tan evidente que el conocimiento de determinadas realidades sólo propias de sociedades concretas o, mejor dicho, totalmente ajenas a algunas sociedades, pueda hacerse extensivo a toda persona imaginable [1072].

[1070] Este razonamiento puede encontrarse, en referencia al conocimiento de la antijuricidad, en la fundamentación jurídica de la STS de 8 de julio de 1991 (A 5643, ponente Carrero Ramos): la defensa de un súbdito marroquí acusado de secuestro aéreo alega error de prohibición. El TS desestima tal alegación afirmando que los cometidos «son hechos de tanta gravedad, de tan notoria antijuridicidad que no cabe hablar de error en persona adulta, con instrucción (y "posición desahogada" según dice luego la sentencia) acerca de que se están infringiendo normas imperativas», añadiendo que «*al fin y al cabo no se trata tampoco de un beduino aislado del mundo, ni siquiera de un rústico*» (cursiva añadida).

[1071] Cfr. al respecto JAKOBS, «Conocimiento y desconocimiento de la norma», trad. M.A. Sancinetti, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1998, pp. 60-61: determinadas invocaciones de ciertos desconocimientos (p. ej. que lanzar una piedra a otra persona puede lesionar) sólo pueden prosperar si concurren ciertos presupuestos en el sujeto que los alega: socialización exótica, debilidad mental o desinterés por conocer; en los demás casos se tiene conocimiento de lo que ha sucedido.

[1072] Algo que de hecho ya se desarrolla, respecto a la posibilidad de desconocimiento inevitable de la antijuricidad, en los planteamientos de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 659: «el que el autor haya supuesto que por principio la alta traición, la coacción al Parlamento o el homicidio, las lesiones o incluso los daños están permitidos, es aceptable sólo si el

En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se está, por tanto, ante una imputación que se lleva a cabo en dos pasos. En primer lugar, si el sujeto no puede ser considerado plenamente inimputable se le deben atribuir los *conocimientos mínimos en sentido estricto*, es decir, los comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable; en segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado con normalidad en el seno de las sociedades occidentales se le debe atribuir una segunda categoría de conocimientos: los denominados, en adelante, *conocimientos mínimos en sentido amplio*, es decir, *aquéllos cuya ausencia en personas imputables sólo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contactos con la sociedad que le juzga y cuando, a la vez, tales conocimientos no formen parte del marco cultural del que proviene tal sujeto.*

El único sustrato objetivo que puede impedir, por tanto, la imputación de los *conocimientos mínimos* en sentido amplio sólo puede venir dado por la demostración de que los contactos entre el sujeto y lo que aquí se denomina «cultura occidental» han sido prácticamente nulos y por el hecho de que en el marco cultural del que procede el sujeto se desconozcan determinadas realidades que forman parte del acervo básico de conocimientos de cualquier miembro de la citada «cultura occidental» [1073]. Sin embargo, *cuando se trate de un sujeto plenamente imputable y con una socialización normal, deben serle imputados por principio tanto los conocimientos mínimos en sentido estricto como los conocimientos mínimos en sentido amplio* [1074].

autor muestra como estado psíquico una socialización exótica». Cfr., igualmente, EL MISMO, «El principio de culpabilidad», p. 375. Interesantes también las consideraciones de HRUSCHKA, «Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin», en *Welzel-FS*, Berlín, Nueva York, 1974, p. 148 ss. Por lo que a la jurisprudencia respecta, cfr. la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater), en referencia al conocimiento de la antijuricidad: «por bajo que sea el nivel intelectual de los recurrentes, la prohibición de la estafa forma parte del núcleo culturalmente más básico del derecho penal. Un error en normas de este ámbito no puede ser deducido sólo del bajo nivel cultural, pues una persona que actúa en el medio empresarial en que actuaban los recurrentes no puede presentar un *déficit de socialización* tan considerable como el que sería necesario para explicar el desconocimiento de la prohibición de la estafa» (cursiva añadida). TORÍO LÓPEZ, «Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva», en *Estudios jurídicos. Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, 1993, tomo II, p. 1018 ss, afirma la necesidad de una «individualización cultural» de los sujetos en el análisis de la consciencia de la antijuricidad.

[1073] Otro supuesto en que podrían no imputarse los *conocimientos mínimos* en sentido amplio sería aquel en que un sujeto, pese a haber crecido dentro del espacio físico en que está implantada la sociedad occidental, hubiera padecido una situación de pleno aislamiento, por ejemplo, por haber vivido encerrado y sin contacto con otras personas desde su infancia. También en este caso podría hablarse de «socialización exótica».

[1074] En la STS de 20 de enero de 1997 (A 190, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se sostiene que «por poco que se conozca de armas de fuego, el revólver es seguro y elemental en su funcionamiento», con la finalidad de desvirtuar la afirmación de la sentencia de instancia, que había dado por plausible la alegación de un condenado por homicidio en

La escasa trascendencia práctica de los hechos jurídico-penalmente relevantes cometidos por sujetos «exóticamente socializados», en el sentido que aquí se atribuye a estos términos, comporta que, cuando en la exposición de los próximos apartados se haga referencia a los *conocimientos mínimos* sin ulteriores precisiones, esta figura deberá ser entendida en su sentido amplio.

XII.4. CONOCIMIENTOS MÍNIMOS Y DESCONOCIMIENTOS IRRACIONALES DEL RIESGO

El recurso a la figura de los *conocimientos mínimos* permite dar ya respuesta a uno de los puntos problemáticos del concepto intelectual de dolo apuntados en la Primera Parte de este trabajo: el relativo a cómo las teorías del dolo basadas únicamente en el conocimiento del sujeto activo se encontraban ante un grave problema en aquellas situaciones en que se alegaba por parte de dicho sujeto la ignorancia de un riesgo que, sin lugar a dudas, cualquier otra persona habría conocido en su lugar [1075]. Son éstos los casos que habitualmente se denominan de «confianza irracional en el no acaecimiento del resultado», o bien, en la terminología aquí propuesta, de «no representaciones irracionales del riesgo», unos supuestos en que un sujeto afirma desconocer que una determinada conducta implica la creación de ciertos riesgos cuando tal conocimiento tiene un carácter *mínimo*, ya sea en sentido estricto o amplio.

La figura de los *conocimientos mínimos* como criterio para la «determinación del dolo» muestra que la anterior problemática no va más allá de lo teórico, siendo nulas sus repercusiones prácticas. Así, en el caso ya expuesto en que un individuo afirma no haber apreciado riesgo alguno en el hecho de colocar una bomba en un lugar muy concurrido, porque una hechicera le dijo una vez que él nunca mataría a nadie, tal afirmación sólo resulta creíble, desde una visión normativa de la «determinación del dolo» como la que aquí se defiende, si prospera una alegación simultánea sobre la inimputabilidad de dicho sujeto, o si se acredita que éste fue socializado en un entorno cultural —si existe— en el que se cree a ciegas en la palabra de los hechiceros sin que *a posteriori* apenas haya mantenido contactos con la más racionalista civilización occidental [1076].

el sentido «de que no conocía bien el funcionamiento del arma». La regla formulada por el Tribunal podría encontrar una excepción en el caso de las personas que procedieran de culturas (si existen) en que no se supiera nada de las armas de fuego.

[1075] Cfr. *supra* V.3.A.

[1076] Sobre las no representaciones irracionales de la concreta aptitud lesiva de un comportamiento concreto, cfr. *infra* XVII.1.

De hecho, esta forma de ver las cosas ya fue expresada magistralmente por los partidarios del *dolus indirectus*, especialmente *von Böhmer*, con respecto al pretendido elemento volitivo del dolo, al afirmar que «quien quiere una causa típica no puede no querer el resultado *cuando es previsto o conocido,* lo que se designa habitualmente, aunque de modo abusivo, como necesario. Si no quería aquello, sino que quería lo contrario, es decir, algo que de modo usual no puede existir al mismo tiempo, es señal de que no se trataba de una mente sana, sino de un loco» [1077]. La lógica que empleaban estos autores, de acuerdo con la cual una persona no puede querer seriamente según qué cosas sin que se la tenga a la vez por *psíquicamente perturbada*, rige también para el ámbito de los conocimientos: un individuo no puede afirmar desconocer determinadas realidades y pretender al mismo tiempo que se le tenga por «sano mentalmente».

La idea es retomada en el siglo XIX por *Lucas*, esta vez referida al elemento de la representación: «quien con todas sus fuerza clava profundamente a otro en dos ocasiones un cuchillo en el pecho y en la espalda es imposible —*presupuesta como es lógico su imputabilidad*— que actúe sin la consciencia de que la muerte del herido no sólo es posible, sino incluso probable» [1078]. En términos similares se expresa *Framarino dei Malatesta* en relación con la intención delictiva: el sujeto que ata un lazo corredizo a una viga e introduce en él a viva fuerza a su enemigo tiene intención de matar; esto sólo se puede contradecir a través de la «negación de la inteligencia o de la voluntad como facultades utilizables por el agente» [1079].

La alegación que pasa por afirmar que, pese a haber sido imputable en el momento de realización del hecho, y pese a haber contado con una socialización normal, el sujeto pudo actuar sin ciertos conocimientos necesarios para la imputación dolosa, es una posibilidad que no puede tener cabida alguna cuando en el análisis de la cuestión del dolo se toma conciencia de la realidad social que supone la imputación de *conocimientos mínimos*: un sujeto normal no puede desconocer determinadas reali-

[1077] VON BOEHMER, *Observationes selectae ad Benedictus, Carpzovi JC. Practicam novam rerum criminalium imperialem Saxonicum*, 1759, pars I, observatio II, quaestio 1, n.° 62, fragmento citado con traducción al alemán por PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 27 (y nota 66) (cursiva añadida). Sobre el *dolus indirectus* en general, cfr. *supra* II.1 y IX.2. Más modernamente cfr. las afirmaciones de GEYER, «Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang», *Archiv für Preußisches Strafrecht* (actual *GA*), 13 (1865), p. 241, en referencia al *dolus generalis*: «el sujeto *imputable* que está convencido de que lo que tiene ante sí es un cadáver, no puede pretender matar este cadáver estrangulándolo, enterrándolo, etc.» (cursiva añadida).

[1078] LUCAS, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883, p. 48 (cursiva añadida).

[1079] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 213-214.

dades; tal desconocimiento sólo se admite si se demuestra que dicho sujeto padece algún tipo de enfermedad mental o gravísimos transtornos en la percepción[1080]. De este modo se salva uno de los *cabos sueltos* de las teorías cognitivas del dolo: el desconocimiento de determinados riesgos (básicos) no se entiende posible en personas imputables, adultas y con una socialización normal. Si el sujeto reúne estas características, necesariamente conoce tales riesgos en un sistema en que el dolo se determina a partir del sentido social del hecho y no constatando realidades psíquicas. Es posible que este punto de vista resulte discutible desde una perspectiva psicológica, pero su coincidencia con las valoraciones sociales es indudable.

XII.5. CONOCIMIENTOS MÍNIMOS Y ESTRUCTURA DEL DELITO

La figura de los *conocimientos mínimos* tiene, como se intentará mostrar en este apartado, evidentes repercusiones en la estructura global del delito. Sin embargo, da la impresión de que la importancia de tales repercusiones ha sido pasada en buena medida por alto por la mayoría de planteamientos sobre la teoría del delito que hoy en día se defienden[1081]. La envergadura y complejidad de los resultados que se vislumbran a raíz de lo que se expone seguidamente van, no obstante, mucho más allá de los objetivos de este trabajo y sólo podrán ser apuntados, debiéndose aplazar un desarrollo más minucioso para posibles investigaciones futuras.

Para exponer con mayor claridad la cuestión se partirá del siguiente ejemplo:

> *El acusado, mayor de edad, salió de su domicilio blandiendo un hacha de medio metro de largo y, habiendo llegado a la esquina más próxima, descargó sin mediar palabra cuatro golpes de hacha sobre la cabeza de M.V.V., quien aguardaba confiadamente ante un semáforo, causando su muerte instantánea. El acusado fue reducido inmediatamente por una patrulla de la policía y, llevado a la comisaría más cercana, declaró que, hallándose esa tarde en su domicilio, había sido visitado por un espíritu procedente del más allá, quien le había ordenado que se hiciera con un «cetro sinergético» y que se dirigiera a la esquina más próxima, donde le estaría aguardando un «espíritu maligno» al que debería «purificar» mediante cuatro imposiciones de «cetro». El procesado reiteró ante el Tribunal que respecto al día de autos sólo recordaba haber salido a la calle con el «cetro sinergético» en la mano y haberlo aplicado cuatro veces sobre un «espíritu maligno» que se había «desintegrado» una vez consumado el ritual. Varios psiquiatras certifican que el acusado padece diversos transtornos psíquicos que le causan frecuentes alucinaciones y que éstas le llevan a no captar a menudo la auténtica realidad de sus actos*[1082].

Ante casos como éste, la doctrina tradicional respondería afirmando que procede la absolución del procesado por concurrir en su persona la causa de inimputabilidad del art. 20.1º CP, esto es, por padecer dicho procesado, al tiempo de cometer la infracción penal, una anomalía o alteración psíquica que no le permitía comprender la ilicitud de su hecho. Faltaría, pues, la culpabilidad del sujeto y, por tanto, no procedería la imposición a éste de pena alguna. No parece osado afirmar que a esta conclusión llegaría la práctica totalidad de la doctrina. Sin embargo, para llegar hasta aquí los autores que acogen los planteamientos dominantes sobre la estructura del delito están presuponiendo bastantes cosas. Están presuponiendo, principalmente, que, pese a la inimputabilidad del sujeto, el hecho debe reputarse antijurídico, lo que precisamente permitirá que a alguien tan peligroso como su protagonista sea posible imponerle una medida de seguridad[1083].

Defender que el hecho del ejemplo debe reputarse antijurídico presupone más cosas. Implica sostener, por ejemplo, que la muerte sea objetivamente imputable a la conducta del sujeto y que no concurra ninguna causa de justificación, algo que en principio parece perfectamente plausi-

[1080] De este modo se logra afirmar el dolo en algunos de los supuestos que la doctrina denomina tradicionalmente «casos de confianza irracional en el no acaecimiento del resultado», concretamente, cuando se alega por parte del sujeto el desconocimiento de la peligrosidad en abstracto de determinadas conductas. Recurriendo a la figura de los *conocimientos mínimos* y a la imputación del conocimiento en general se consigue justificar de modo plausible el por qué de tal solución, algo que en el seno de otras teorías no parecía sino una corrección marginal *ad hoc* escasamente fundamentada, al negarse simplemente que la confianza irracional pudiera excluir el dolo atendiendo a criterios valorativos indeterminados; cfr. *supra* III.3.C.

[1081] Se advierte la problemática, sin embargo, en JOSHI JUBERT, «Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad», *ADPCP*, 1989, p. 125 ss y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 348-349.

[1082] La verosimilitud de supuestos como éste puede apreciarse en la noticia publicada por el diario *La Vanguardia* (Barcelona, 9 de septiembre de 1997, p. 29) con el titular «Un hombre malhiere a otro de una cuchillada en el cuello y culpa a un hombre de Marte». El presunto culpable, Carlos P.A., hirió de gravedad a Jesús T.L. causándole con un cuchillo profundas heridas en el cuello, tórax y hombros. «Retenido en la unidad psiquiátrica de la cárcel Modelo de Barcelona, el detenido insiste en que una fuerza del más allá de este planeta le obligó a atacar a otro semejante. Una orden venida de Marte o de un platillo volante, de acuerdo con sus confusas explicaciones. Al parecer, también llegó a decir que confundió al agredido con un ser extraterrestre venido de otros mundos».

[1083] Así, entre muchos otros autores, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 421: «la ley requiere como presupuesto de tales medidas [de seguridad] la comisión de un "hecho delictivo" (art. 19 CP) o "infracción penal" (art. 20.1.º y 2.º CP), términos que en su uso por el CP equivalen a "hecho típicamente antijurídico"».

ble afirmar con respecto al caso expuesto. Sin embargo, la afirmación de que concurre un hecho antijurídico presupone también que la conducta realizada sea subjetivamente imputable a título de dolo o imprudencia (art. 5 CP). Esta última cuestión plantea serios problemas.

Conviene recordar ahora cuestiones básicas acerca del dolo. Para que exista dolo, según la opinión dominante, un sujeto debe conocer (y, para bastantes autores, también querer) la realización de una conducta típica [1084]. Respecto al tipo de homicidio es necesario, ante todo, que el sujeto se represente que su conducta comporta la creación de un riesgo relevante para la vida de otra persona. Profundizando un poco más, y volviendo al ejemplo planteado, para afirmar que el acusado ha matado dolosamente hace falta entender que éste se representó, o que fue consciente, de que con los cuatro hachazos que propinó a su víctima estaba creando un concreto riesgo para la vida de ésta. Para que se diera tal representación hacía falta, lógicamente, que dicho acusado hubiera sabido que lo que tenía en la mano era un hacha y que aquello a lo que estaba golpeando con el hacha era otra persona. Sin embargo, a la luz de las conclusiones de los forenses admitidas como válidas por el juez, ¿realmente se representó todo esto? En absoluto, pues él creía tener un «cetro sinergético» en la mano, no un hacha; a un «espíritu maligno» delante, no a otro ser humano y no creía estar realizando una conducta generadora de un peligro de muerte, sino sólo de meros «efectos purificadores». Si se entiende el dolo como algo que tiene como referente el contenido de representación del sujeto ¿puede realmente sostenerse que concurre dolo en este caso? Algo parecido sucede con la imprudencia: no parece posible afirmar que, ni con su mayor diligencia, un sujeto que padece semejantes transtornos psíquicos podría haber salido de su error [1085].

Habiendo aplicado al pie de la letra los criterios habituales para establecer la concurrencia de dolo o imprudencia, es evidente que para absolver al procesado no hacía falta llegar hasta el análisis de su culpabilidad, porque, ya de entrada, su conducta debía reputarse subjetivamente atípica, esto es, no cometida ni con dolo ni con imprudencia. Afirmar la atipicidad del hecho conlleva —siguiendo, cómo no, criterios extendidísimos— negar la posibilidad de aplicar al acusado cualquier medida de seguridad. La conducta del acusado sería, por tanto, como la acción de quien da un paseo o toma el sol, una acción irrelevante para el Derecho penal, pues según la doctrina más extendida, el presupuesto de toda medida de seguridad es siempre el injusto, requisito que en este caso no se cumple, por ser la conducta subjetivamente atípica [1086].

El art. 6 CP es claro en este sentido: «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». Sin embargo, la combinación del anterior precepto con el art. 10 CP («sólo son delitos o faltas las acciones y omisiones *dolosas o imprudentes* penadas por la Ley») tiene importantes consecuencias en supuestos como el planteado y, por extensión, en todos aquellos casos en que concurre en el sujeto un conocimiento erróneo de la realidad atribuible a determinadas perturbaciones de orden psíquico. Además, el art. 6.2 CP establece que «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido»; sin embargo, ¿de dónde debe obtenerse en el presente caso dicho límite? ¿del marco penal asignado al homicidio doloso o bien al homicidio imprudente? [1087].

La idea de que el ejemplo expuesto es un hecho absolutamente irrelevante para el Derecho penal no resulta en absoluto convincente si, como parece, debe impedir que pueda llevarse a cabo algún tipo de intervención sobre un sujeto de la peligrosidad del protagonista del ejemplo, especialmente para evitar que hechos como el acontecido puedan volver a repetirse en el futuro [1088]. La posibilidad de imponer una medida de seguridad en un caso como éste sólo parece tener cabida si se abandona la idea de que la realización de un injusto penal tiene que ser presupuesto esencial para la imposición de tal clase de consecuencias jurídicas [1089].

[1084] Cfr. *supra* I.1.

[1085] Advierte el problema ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 418, quien se refiere a estos supuestos como de «error de tipo psíquicamente condicionado». No aporta, sin embargo, este autor una solución convincente al problema que plantean estos casos, más allá de negar el dolo del sujeto.

[1086] En estos términos expone el problema CASTALDO, «Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem», *ZStW*, 103 (1991), pp. 542-545. Cfr. también LOOS, «Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis», en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 270, quien advierte que, en aquellos casos en que el sujeto actúa bajo estados pasionales, la negación del dolo tiene una gran significación para la imposición de una medida de seguridad de acuerdo con el § 63 StGB.

[1087] Cfr. CASTALDO, *ZStW*, 103 (1991), p. 544.

[1088] JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1989, p. 131, advierte que en algunos supuestos —aquéllos en que la inimputabilidad o semi-imputabilidad del sujeto determina la ausencia de capacidad de acción, el desconocimiento de la situación o la inexistencia de consciencia de antijuricidad—, pese a faltar el injusto, el sujeto puede seguir siendo considerado peligroso.

[1089] CASTALDO, *ZStW*, 103 (1991), p. 545, plantea dos vías de salida al problema: «o se parte de que las instituciones de la Parte general no son por principio aplicables a los incapaces de culpabilidad (es decir, en su caso no se da una realización típica dolosa) o se acepta que tampoco en estos casos se puede renunciar a las reglas generales». JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1989, pp. 133-134 (nota 21), aporta abundantes referencias de la solución propugnada por buena parte de la doctrina germánica, que considera «que un error de tipo causado por la perturbación psíquica del autor no debiera impedir su internamien-

La anterior idea lleva a volver la vista al concepto jurídico-penal de acción, entendido éste como escalón inicial de la teoría del delito. Habitualmente se sostiene que en dicho nivel de análisis se produce ya el primer descarte de aquellos sucesos que no interesan en absoluto al Derecho penal y, en este sentido, suele afirmarse que a tal efecto no interesan los hechos que no hayan sido realizados por personas físicas (los «cometidos», por ejemplo, por animales, fenómenos naturales o personas jurídicas) y, dentro de los que hayan provocado éstas, sólo importan aquellos comportamientos que, además de externos, puedan reputarse voluntarios, de acuerdo con lo cual se declaran penalmente irrelevantes los hechos realizados por una persona bajo fuerza irresistible, estados de inconsciencia o movimientos reflejos[1090]. A estas situaciones puede añadirse una más: *al Derecho penal no le interesan los comportamientos realizados por sujetos plenamente inimputables, es decir, las normas jurídico-penales no se dirigen a tales sujetos, o bien, éstos no son competentes para negar la vigencia de tales normas*[1091]. En consecuencia, sólo debe reputarse acción jurídico-penalmente relevante la realizada voluntariamente por una persona que no sea plenamente inimputable[1092].

to, puesto que esta clase de error no debe beneficiar a su autor». Tal solución —probablemente correcta desde un punto de vista de los resultados a los que llega— resulta simplemente asistemática y sólo da pie a dos opciones: o se modifica el sistema o no es posible imponer medida de seguridad alguna en estos casos.

[1090] Cfr., en general, para la caracterización de las acciones relevantes para el Derecho penal, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 161 ss. Para una panorámica de la doctrina alemana, cfr. LENCKNER, *S/S*, 25.ª ed., previo al § 13, n.º marg. 38 ss.

[1091] JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 130: «no resulta necesaria respuesta alguna cuando la toma de posición proviene de una instancia que no es competente para interpretar las normas de la convivencia. Se trata de delitos cometidos por inimputables en sentido estricto (...) el conflicto que estas personas provocan con su comportamiento no afecta a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes». EL MISMO, *Derecho penal*, p. 157: «no existe impedimento lógico alguno en llamar acción sólo al hecho enteramente imputable, es decir, culpable»; *ibidem*, p. 598: «el autor sólo es responsable por el déficit de motivación jurídica si en el instante del hecho constituye un sujeto con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma, es decir, si es *imputable*» (cursiva en el original).

[1092] El comportamiento del plenamente inimputable sería pues una «actio hominis», pero no una «actio humana», entendidas éstas (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 181) como «aquéllas que sólo puede realizar un hombre como ente racional y que lo diferencian de los demás seres de la Naturaleza». JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, p. 123 (nota 40), habla directamente de «naturaleza» cuando un ser humano actúa sin que su conducta pueda considerarse una realización con sentido. EL MISMO, *Sociedad, norma, persona*, p. 60, añade que, «o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza, aunque dicho autor llegue a considerar en privado que ese mundo natural tiene sentido».

Esta forma de ver las cosas puede reconducirse a los planteamientos defendidos durante el siglo XIX por los hegelianos, bajo cuyo punto de vista la acción jurídico-penalmente relevante debía ser acción culpable[1093]. En tiempos más recientes puede encontrarse una base teórica para esta perspectiva en ciertas ideas defendidas por *Jakobs*[1094]. Afirma este autor que «puede pensarse que el conflicto social que supone un hecho exculpado se resuelve cognitivamente, y no normativamente, porque se considera que el autor no es competente para modificar las condiciones de comportamiento (generadas objetivamente) que le afectan; dicho de otro modo, el conflicto se reconduce a enfermedad, error, miedo y queda explicado *con esto*»[1095]. A lo que se añade que «si la desigualdad de la persona es conocida *ex ante*, ni siquiera se plantea la expectativa normativa: que se afirme que una persona aquejada de ataques de furia, encerrada en un hospital y evidentemente enferma mental puede defraudar expectativas normativas evidencia una comprensión (al menos) algo extraña de la sociedad»[1096].

Tales afirmaciones llevan a sostener que el fundamento de penas y medidas de seguridad es totalmente distinto. En este sentido, las medidas de seguridad tienen un contenido asegurativo y no punitivo, lo que hace que su naturaleza esté más próxima a determinadas medidas previstas en sectores del ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo que al Derecho penal, que no tiene la necesidad de responder con la pena ante los comportamientos de aquellas personas a quienes socialmente no se atribuye la capacidad de obrar con sentido[1097]. Que en el actual ordenamiento jurídico se confíe la imposición de las medidas de seguridad

[1093] Referencias bibliográficas de estos autores en JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 157-158. Una perspectiva histórica más amplia en ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín, 1974, p. 19 ss.

[1094] La posibilidad teórica de considerar irrelevantes las acciones de los inimputables se formula en JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 122-123, aunque este autor no parece acogerla por ciertas necesidades lógicas (*ibidem*, p. 123).

[1095] JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», p. 122 (cursiva en el original).

[1096] JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 122-123 (nota 40). Este autor añade (*ibidem*) que «desde el punto de vista del Derecho penal, el injusto sin culpabilidad (se formula la expectativa normativa, pero luego se redefine) y la falta de injusto (la expectativa ni siquiera se plantea) son equivalentes al menos en la medida en que no se expresa un sentido, sino que es naturaleza lo que concurre».

[1097] JAKOBS, *Sociedad, norma, persona*, p. 64: «evidentemente, existe también la expectativa de que un ser humano sin capacidad de culpabilidad no mate, lesione, dañe etc. Pero esa expectativa es propia del Derecho civil o, más bien, del Derecho administrativo o de orden público, pero no del Derecho penal, ya que su defraudación sin más no da lugar a reacción penal alguna». EL MISMO, «Sobre el tratamiento», p. 130, afirma que en el caso de los inimputables «su comportamiento no puede ser interpretado como un proyecto individual de configuración del mundo, sino tan sólo como expresión objetiva de la desgracia que les caracteriza: la reacción, por tanto, es puramente cognitiva, al igual que si se tratara de una catástrofe natural».

al juez penal puede ser visto como una cuestión meramente competencial dirigida a asegurar que en la aplicación de tales medidas se respeten ciertas garantías. Sin embargo, esta atribución competencial no tiene apenas valor para asignar a las medidas de seguridad una naturaleza *penal*. Ello se puede ver respaldado por el hecho de que también la jurisdicción civil está facultada para acordar determinados internamientos [1098].

Ciertamente, puede parecer que del texto del Código Penal de 1995 se derivan algunas dificultades para mantener la concepción que aquí se propone. Sin embargo, éstas no son en modo alguno insalvables. Así, si bien el límite máximo de las medidas de seguridad se hace depender (art. 6.2 CP) de la duración máxima de la pena, aquéllas pueden ser levantadas antes de que se alcance dicho límite si desaparece la peligrosidad del sujeto (art. 97 CP) y, cuando dicha peligrosidad se prolongue más allá del límite máximo de la medida de seguridad, el ordenamiento cuenta con otros recursos para mantener aislado al sujeto peligroso. Por todo ello, es igualmente posible entender que el establecimiento de dicho límite es sólo una cuestión que afecta más al aspecto aplicativo-competencial de las medidas de seguridad que a su fundamento.

Una concepción como la presente, que deja fuera de lo penalmente relevante las conductas de los sujetos plenamente inimputables, permite dispensar un tratamiento adecuado a supuestos como el que se refleja en el ejemplo expuesto al inicio de este apartado: a su protagonista se le podrá imponer una medida de seguridad prescindiendo de que su hecho no sea doloso ni imprudente, pues el injusto ya no se considera presupuesto básico de tal imposición, sino que basta con interpretar que cuando el art. 6 CP exige la «comisión de un hecho previsto como delito» como presupuesto de la medida de seguridad se refiere, en realidad, a la «comisión *objetiva* de un hecho previsto como delito» [1099]. Y que dicho presupuesto rige como una mera regla tasada de prueba para establecer ante qué situaciones puede considerarse peligroso a un determinado sujeto y es legítimo que le sea impuesta una medida de seguridad, siempre que además se cuente con un pronóstico de peligrosidad futura (art. 95.2º CP).

Respecto a la figura de los *conocimientos mínimos* todo lo hasta aquí afirmado comporta los siguientes efectos: al analizarse dichos conocimientos en el ámbito del tipo subjetivo, las conductas realizadas por personas plenamente inimputables no deberán siquiera llegar a ser estu-

[1098] Cfr. el art. 211 CC.

[1099] Descartándose, como es evidente, los supuestos en que el inimputable haya incurrido en un error no condicionado por sus deficiencias psíquicas, esto es, un error en el que cualquier persona normal también podría haber caído.

diadas, por lo que casos como el expuesto dejarán de plantear dificultades. De este modo desaparecen los problemas para afirmar que los *conocimientos mínimos* se imputan por principio a toda persona: dado que los hechos realizados por personas plenamente inimputables habrán quedado ya excluidos en el ámbito de la acción, ya no se planteará el problema a que da origen el hecho de que, para poder aplicar medidas de seguridad, se tengan que atribuir conocimientos antes de saber si, en el caso concreto, puede entenderse o no que concurre una persona imputable.

La sistemática que se propone permite asimismo dispensar un tratamiento adecuado a los supuestos de imputabilidad parcial o disminuida. Por poner un ejemplo al respecto que permita constatar la validez de tal afirmación, merece sin duda la pena prestar atención a un caso citado por *Freund*, en el que una madre fue retirando progresivamente la alimentación a su bebé de tres meses, a lo largo de tres semanas y media, hasta que éste murió de hambre [1100]. En su comentario a este supuesto, *Freund* cuestiona que pueda hablarse de dolo, por considerar que la juventud de la autora (19 años) y sus limitadas facultades mentales dan perfectamente pie, en la valoración de la prueba, a una duda razonable acerca de si la acusada fue realmente consciente de que estaba dejando morir a su hijo. Tal duda, según este autor, debe llevar negar que la conducta realizada fuera dolosa [1101]. Sin embargo, esta solución no puede considerarse en absoluto satisfactoria: por un lado es problemática la punibilidad del hecho aun a título de imprudencia y, de aceptarse esta última posibilidad, resulta que una sola circunstancia (las limitadas capacidades mentales de la autora) puede dar pie a dos atenuaciones: por un lado, la que comporta la negación del dolo y la (cuestionable) admisión del delito imprudente; por otro lado, la aminoración de pena que suponen las disminuciones de la capacidad de culpabilidad [1102].

[1100] Caso juzgado por el BGH en su sentencia de 16 de mayo de 1972, citado por FREUND, *Normative Probleme*, pp. 35-36.

[1101] Puede encontrarse un caso similar en la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos), donde se utiliza el argumento de que la autora de un parricidio padecía transtornos esquizofrénicos y oligofrénicos para negar su dolo.

[1102] Las dudas acerca de que casos como éstos pudieran ser castigados por imprudencia ya fueron manifestadas por VON WICK, *ACR*, 1857, p. 609: si el autor está tan afectado que ni siquiera se representa lo más absolutamente evidente, ¿cómo va a poderse hablar de que tiene que cumplir determinadas normas de cuidado? El recurso a la *actio libera in causa* puede dar solución a algunos casos, pero no desde luego a todos. También se muestra crítico con la reconducción a la imprudencia de los supuestos de comportamientos instintivos o pasionales KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *ZStW*, 48 (1928), p. 1 ss (esp. p. 9). PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16, se declara en desacuerdo con que los estados pasionales se tengan en cuenta al determinar el dolo, pues ello lleva a «una doble valoración del efecto atenuante» de estas situaciones. Esta autora parte de que en el tipo subjetivo sólo se toma en consideración al autor y a su conducta, res-

Las ideas que aquí se defienden parecen dar una solución más coherente a estos casos. En primer lugar, dado que la acusada no es plenamente inimputable y, por tanto, su acción resulta relevante para el Derecho penal, deberán serle atribuidos los *conocimientos mínimos*. En este sentido, parece indiscutible que forma parte de los *conocimientos mínimos* de una persona adulta y no plenamente inimputable saber que dejando sin comer a un bebé durante más de tres semanas se crea para éste un riesgo de muerte. El comportamiento deberá ser, por tanto, valorado como doloso y será al pasar al ámbito de la culpabilidad cuando deberán tenerse en cuenta las peculiaridades psicológicas de la autora para, dado el caso, considerarla sólo parcialmente imputable, esto es, sólo en parte responsable del homicidio doloso cometido. De este modo se consigue, por un lado, captar adecuadamente el sentido social de la acción como realizada conscientemente y, por otro, se dan pautas para un tratamiento correcto de los casos en que el sujeto actúa padeciendo determinados transtornos de orden psíquico[1103]: si tales casos dan lugar a una plena inimputabilidad dejarán de ser materia para el Derecho penal, mientras que si sólo comportan una imputabilidad parcial, los *conocimientos mínimos* se atribuirán al autor y, al pasar al análisis de la culpabilidad, se tendrá en cuenta que, a la luz de determinadas investigaciones empíricas, éste sólo podía ser considerado una persona parcialmente *normal* en el momento de realización de los hechos[1104].

La complejidad de la cuestión hace que ésta sólo haya podido ser esbozada a grandes rasgos y sin ciertas matizaciones que probablemente serían necesarias. En cualquier caso, lo que debe haberse puesto en evidencia es que los «errores de tipo debidos a perturbaciones psíquicas» son una pieza de muy difícil encaje en la estructuración mayoritaria del delito, lo que se hace especialmente patente cuando se analiza la cuestión a partir de la figura de los *conocimientos mínimos*. La solución que

pectivamente, como *partner* competente en el proceso de comunicación social y como comportamiento racional, mientras que las particularidades psicológicas deben analizarse en la culpabilidad.

[1103] Cfr. *supra* X.2.C.2 el tratamiento propuesto para los delitos cometidos en estados pasionales. Cfr. también ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, p. 171 ss y 189 ss. Este autor, aun partiendo de fundamentos muy distintos (doble posición del dolo y concepción psicológica de su determinación) a los que aquí se defienden, entiende que la cuestión de los estados pasionales debe dilucidarse en el aspecto del dolo que afecta a la culpabilidad, y no el que se ubica en el injusto.

[1104] En contra de esta idea la jurisprudencia del BGH alemán, quien insiste en afirmar que «para el análisis de la cuestión concerniente a si un acusado ha actuado con dolo eventual de homicidio, deben tenerse en cuenta todos los datos relevantes para tal cuestión, incluidos los que atañen a la discusión de la capacidad de culpabilidad» (sentencia de 13 de mayo de 1983, *StV*, 1983, p. 360).

aquí se propone puede dar respuesta a tales problemas y, aunque parezca extremadamente rupturista, en realidad no lo es tanto: a una doctrina que está dispuesta a aceptar que la embriaguez letárgica o la inconsciencia total excluyen la acción, sólo le falta dar un pequeño paso para llegar a la misma conclusión en los casos de transtornos psíquicos especialmente intensos[1105].

[1105] Sobre la embriaguez letárgica como causa de exclusión de la acción, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 193. Ver también *ibidem*, p. 571: «si el sujeto no es en absoluto consciente del hecho que realiza, no faltará sólo la imputabilidad, sino incluso la propia presencia de un comportamiento humano, primer requisito del delito. No faltará sólo la imputación personal, sino la acción y, por tanto, también la antijuricidad».

XIII. LAS TRANSMISIONES PREVIAS DE CONOCIMIENTOS

Desarrollada teóricamente la figura de los *conocimientos mínimos*, y partiendo siempre de la concurrencia inicial de éstos en cualquier sujeto imputable, una segunda vía posible para la atribución social de conocimientos se basa en la idea según la cual, *si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento*. Son éstas reglas de imputación que responden a la estructura, «cuando al sujeto S le han sido transmitidos X conocimientos en el momento anterior A, sigue contando con ellos en el momento posterior P». El funcionamiento práctico de esta modalidad de imputación, que adopta como presupuesto aplicativo las aquí denominadas *transmisiones previas de conocimientos*, se muestra con los siguientes ejemplos:

> *Un sujeto informa a otro de que el arma que se encuentra encima de una mesa está cargada y le ruega que no la toque. A los pocos minutos el segundo sujeto empuña el arma y, apuntando, dispara contra un tercero. La transmisión previa de conocimiento permite atribuir al sujeto la consciencia de que el arma estaba cargada en el preciso instante en que aprieta el gatillo.*
>
> *En el caso ya citado del virus del SIDA —un sujeto mantuvo relaciones sexuales sin preservativo siendo consciente de que era portador del virus del SIDA— el BGH alemán atribuyó al acusado el conocimiento de la peligrosidad de su conducta partiendo del hecho probado de que, unas semanas antes de mantener tales relaciones, el acusado fue informado por personal sanitario, no sólo de que era portador del virus en cuestión, sino de la gravedad de su enfermedad y de que cualquier contacto sexual no protegido en tales condiciones podía dar lugar al contagio de su pareja*[1106].

[1106] BGHSt, vol. 36, p. 1 ss. Sobre la información previa que recibió el acusado, *ibi-*

En supuestos como los anteriores, la base objetiva para atribuir al sujeto el conocimiento de una determinada realidad en el momento de realización del hecho típico viene dada por la acreditación de que, con anterioridad a la ejecución de dicho hecho, ha tenido lugar una *transmisión* al sujeto de ciertos conocimientos. Acreditada tal *transmisión*, ésta sirve para atribuir también a dicho sujeto la posesión de los conocimientos previamente transferidos en el instante posterior de realización del hecho típico. Plasmada esta argumentación en el ejemplo expuesto en último lugar, la prueba de que el sujeto había sido informado por personal sanitario de que cualquier contacto sexual entrañaba en su caso un peligro de contagio, sirve para imputarle el conocimiento de tal peligro en el momento concreto en que mantuvo efectivamente relaciones sexuales, sin que haga falta recurrir a ninguna otra base objetiva para sostener tal afirmación.

La estructura de la *transmisión de conocimientos* como base para la imputación puede apreciarse en no pocos supuestos en la práctica[1107]. De hecho, gran parte de los conocimientos con los que cuenta una persona en cualquier momento de su vida tienen su origen en *transmisiones previas*, como los niños aprenden de pequeños infinidad de cosas a partir de las indicaciones de sus padres o maestros. Dado su carácter básico, buena parte de estos conocimientos transmitidos se entiende que pasan a formar parte de los *conocimientos mínimos* que se imputan por principio a cualquier persona adulta, con lo que desaparece la necesidad de establecer en qué concreto momento fueron transmitidos para que puedan ser imputados. Sin embargo, en el caso de conocimientos que no reúnan la característica de mínimos, la prueba de una *transmisión previa* es una vía que permite en la práctica atribuir dichos conocimientos en el momento de realización del hecho.

Los delitos contra la propiedad industrial constituyen un terreno donde se advierte con una cierta frecuencia el recurso de la jurisprudencia a las imputaciones de conocimiento basadas en la constatación de una *transmisión previa*. Es práctica habitual en estos delitos que, cuando el titular registral de una patente o marca tiene conocimiento de que otra persona está produciendo determinados productos, y entiende que dicha

dem pp. 1-2; las posibles consecuencias que podían derivarse en caso de mantener un contacto sexual sin protección le fueron reiteradas varias veces (*ibidem*, p. 2). Todo esto lleva al Tribunal a concluir que «el acusado fue consciente, por lo menos la segunda vez, de que su conducta era apropiada para contagiar el virus del SIDA a su pareja» (*ibidem*) y que «el acusado fue consciente en todas las ocasiones de que las relaciones sexuales orales eran aptas para el contagio» (*ibidem*, p. 3). Sobre esta resolución cfr. *supra* IV.2.A.

[1107] Cfr., por ejemplo, la STS de 22 de junio de 1995 (A 4842, ponente Delgado García) en que, en referencia a un delito de prevaricación cometido por un alcalde, se afirma que éste «conocía que no podía seguirse el sistema de contratación directa, porque así se lo había advertido verbalmente la Secretaria».

producción supone una vulneración de sus derechos, ponga en conocimiento de tal persona su titularidad registral, instándole a que cese en su actividad. Estos requerimientos, que suelen efectuarse por conducto notarial, sirven a la jurisprudencia para entender que, si quien ha sido requerido no cesa en la producción, está procediendo con plena consciencia del registro y, en consecuencia, dolosamente[1108]. Tampoco aquí se *constata* dato psíquico alguno, sino que se atribuyen al sujeto determinados conocimientos una vez acreditada la *transmisión previa* de éstos que supone el requerimiento[1109].

Sin embargo, no toda prueba de una *transmisión previa* parece poder tener un mismo e idéntico valor para la correcta atribución a un sujeto del conocimiento necesario para el dolo en el momento posterior que aquí interesa, esto es, en aquel instante en que se lleva efectivamente a cabo la conducta objetivamente típica. Deben aportarse, por tanto, criterios que permitan juzgar qué conocimientos imputados en virtud de la prueba de una *transmisión previa* pueden reputarse como correctamente imputados y cuáles no. También en este ámbito la idea fundamental que debe guiar la formulación de dichos criterios es la del inequívoco sentido social.

[1108] Algo parecido sucede en los casos en que un sujeto intenta la inscripción de un determinado derecho de propiedad industrial y el Registro se la deniega por oponerse a un derecho registrado con anterioridad, pese a lo cual dicho sujeto lleva adelante su actuación y hace uso de la patente o signo distintivo que pretendía inscribir. Cfr. al respecto la STS de 6 de junio de 1990 (A 5141, ponente Carrero Ramos). La denegación sirve en estos casos para entender realizada una *transmisión de conocimientos*. Un supuesto similar en la STS de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral): un sujeto siguió fabricando determinados objetos pese a haber perdido el pleito civil en que se dilucidó la titularidad de la patente que les afectaba.

[1109] Cfr., en este sentido, la STS de 29 de junio de 1990 (A 5739, ponente Puerta Luis), donde se afirma que «la preparación profesional del procesado (perito industrial) *y el requerimiento notarial de que fue objeto* implican lógicamente que el mismo conocía sobradamente la identidad esencial de la válvula fabricada por su empresa y la fabricada por la de las querellantes» (cursiva añadida). No contento con probar a partir de este hecho el conocimiento del autor, el Tribunal infiere también su intencionalidad. En sentido parecido la STS de 3 de junio de 1987 (A 4487, ponente Moner Muñoz) donde se afirma que «se pone de relieve el ánimo intencionado en los hechos probados, de defraudar, porque se deduce el móvil de disminuir la clientela del titular registral de aquélla, por medio de la confusión que se produce, y *ello pese a haber sido requerido por acta notarial* de 21 de Marzo de 1979 para que cesara en su utilización» (cursiva añadida). Cfr. igualmente la STS de 5 de junio de 1985 (A 2965, ponente Gómez de Liaño y Cobaleda), la STS de 22 de marzo de 1980 (A 1176, ponente Vivas Marzal) y la STS de 21 de enero de 1980 (A 911, ponente Castro Pérez). Finalmente, en la STS de 16 de mayo de 1979 (A 2082, ponente Vivas Marzal) se afirma que «si bien las actas de requerimiento notarial no acreditan fehacientemente la certeza de los presupuestos de dicho requerimiento ni la de las contestaciones del requerido, sí producen prueba plena respecto a que el requerimiento se ha realizado, a su fecha, a los términos del mismo y a la contestación de la persona requerida».

A este respecto, debe exigirse que la *transmisión* reúna unas características tales que, desde un punto de vista social, pueda eliminarse cualquier duda sobre la posibilidad de que el sujeto haya dejado de contar, en el momento posterior de la realización típica, con los conocimientos que le fueron previamente transmitidos. Entra aquí en juego una figura que tiene una importancia clave en el ámbito de la imputación de conocimientos: *la posibilidad de olvido por parte del sujeto de la imputación*. Como afirma *Freund*, «el que se olviden determinados hechos es algo que forma parte de los *fallos (Fehlleistungen) de la vida cotidiana*»[1110]. Por tanto, en lo que respecta a conocimientos que fueron transmitidos en un momento previo a un determinado hecho no puede descartarse que, cuando el sujeto realice dicho hecho, haya dejado de contar con tales conocimientos, es decir, los haya olvidado[1111].

La misma experiencia cotidiana muestra cómo los conocimientos se adquieren y se pierden y, cuando se trata del conocimiento ajeno, la posibilidad de que otro sujeto haya dejado de contar con los conocimientos que tuvo un día no puede por principio excluirse en un buen número de casos. Una posibilidad que debe aceptarse incluso en el terreno de las valoraciones sociales, es decir, yendo incluso más allá del olvido como una mera cuestión psíquica. Si para imputar determinados conocimientos se exige que, desde un punto de vista social, resulte inequívoco que un sujeto cuenta con ellos, la posibilidad de olvido puede impedir la imputación en no pocos casos, al dejar de ser inequívoco el sentido de ésta.

Pese a la anterior afirmación, es también cierto que respecto a determinado género de conocimientos no parece haber lugar (desde el punto de vista de las valoraciones sociales) para la posibilidad de olvido: son aquellos conocimientos cuya importancia o significación es tal que se antoja imposible que puedan ser olvidados por el sujeto que cuenta con ellos. Esto es lo que sucede en el «Caso del SIDA» expuesto anteriormente, donde la importancia y gravedad de los conocimientos que fueron transferidos al sujeto excluyen —desde una óptica social— la posibilidad de que éste pudiera dejar de contar con ellos en momento alguno: no se entiende posible que alguien olvide que padece una enfermedad mortal y,

[1110] FREUND, *Normative Probleme*, p. 39 (cursiva en el original). La importancia del olvido como factor que puede excluir el conocimiento necesario para el dolo es puesta también de relieve en *ibidem*, pp. 93 y 99, donde se tratan supuestos como el del conductor que alega haber olvidado pasar por caja tras haber llenado el depósito de su automóvil en una gasolinera, o el del pasajero que afirma haber olvidado sellar su billete antes de subir al tranvía. El autor intenta aportar criterios para determinar ante qué casos la alegación del olvido introduce un nivel de duda que no hace posible la condena por delito doloso y en qué supuestos es posible tener tal duda por irrelevante y, por tanto, condenar legítimamente.

[1111] Entendida la idea de «olvido» en un sentido amplio, que incluye tanto la pérdida definitiva como la no actualización momentánea de determinados conocimientos.

menos aun, que dicho olvido se produzca cuando va a llevarse a cabo una conducta que se sabe adecuada para el contagio de tal enfermedad.

Una vez más, pueden presentarse aquí situaciones en que el conocimiento imputado no coincida con la (inescrutable) realidad psicológica y, volviendo al caso anterior, probablemente desde el punto de vista de la psicología podrían permanecer dudas —aunque fueran mínimas— sobre el hecho de que el sujeto, tal vez a causa de la agitación del momento, no llegase realmente a representarse en aquellos precisos instantes que era portador de un determinado virus. La defensa coherente de un dolo psicológico llevaría a absolver en este caso, pues tal duda no podría ser de ningún modo eliminada desde una perspectiva científica. Sin embargo, desde el punto de vista de las valoraciones sociales, la respuesta es bien clara en sentido opuesto: no se considera posible que alguien pueda olvidar que padece una enfermedad tan grave. Algo parecido sucede en el caso de los requerimientos notariales: simplemente no resulta creíble que un fabricante, en el largo proceso que va del diseño a la comercialización de un producto, deje de tener presente el contenido del requerimiento notarial que le comunica que determinadas características de ese producto se hallan registradas a nombre de otra persona[1112]. Estas ideas se resumen en la siguiente afirmación: *una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el momento posterior de realización del comportamiento típico cuando la importancia de los conocimientos que han sido transmitidos excluye, desde un punto de vista social, la posibilidad de su olvido.*

La estructura de una regla como ésta puede considerarse especialmente grosera desde un punto de vista psicológico, pues con ella seguramente se pasa por alto que en determinadas dinámicas comisivas un sujeto puede dejar incluso de ser consciente de realidades que en una situación normal parece imposible olvidar, aunque sea momentáneamente.

[1112] Los autores que defienden que el conocimiento necesario para el dolo viene dado por una realidad psíquica y entienden a la vez que para tal conocimiento no basta con un mero conocimiento potencial (cfr. *infra* «Excurso sobre la imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento») no suelen precisar si consideran necesario que el sujeto actúe con una determinada representación durante todos los momentos en que transcurre la acción típica o si, por contra, basta con que cuente con tal representación sólo en algunos instantes de dicha realización. Al dejar fuera de su ámbito de interés la efectiva realidad de complejos fenómenos psíquicos, una solución normativa aporta de nuevo una respuesta más convincente: a quien se le imputa que conoce algo, conoce ese «algo» en todo momento, siempre que no sea plausible la hipótesis del olvido momentáneo. Cfr., en este sentido, la STS de 10 de diciembre de 1991 (A 572 –1992–, ponente Bacigalupo Zapater): «el procesado Vicente Rufino G.C. tomó conocimiento de la ejecución que pesaba sobre sus bienes el 14-2-1983, en la diligencia en la que manifestó al Juzgado "carecer de bienes y dinero" para satisfacer el reclamo. Ello demuestra que *a partir de ese momento el procesado tenía todo el conocimiento necesario para el dolo* del delito del art. 519 CP» (cursiva añadida).

Pero mientras tales «momentos de olvido» no trasciendan de lo meramente interno, no pueden ser tomados en consideración por una teoría de la «determinación del dolo» que prescinde de lo psicológico. De lo contrario, y dado que la posibilidad de olvido nunca sería descartable, debería negarse el dolo en todos los supuestos, con lo que el Derecho penal devendría incapaz para generar cualquier tipo de efecto. Cuando se adopta el sentido social como criterio con base en el cual se atribuye el conocimiento, parece incuestionable que socialmente se considera que determinados conocimientos tienen una importancia tal que su olvido —aunque sea momentáneo— no se considera posible.

Un segundo factor que permite descartar invocaciones de hipotéticos olvidos viene dado por la especial proximidad temporal entre *transmisión de conocimientos* y comportamiento típico. Cuando el tiempo transcurrido entre *transmisión* y realización típica haya sido breve no resulta creíble que el sujeto pueda haber olvidado los conocimientos que le fueron previamente transferidos. Ésta es la idea que permite afirmar, en el primer caso expuesto, que en el momento de apretar el gatillo el sujeto sabía que el arma de fuego se encontraba cargada: hacía tan poco tiempo que le fue transmitido el conocimiento de tal circunstancia que no parece posible que pudiera haberla olvidado, por lo que debe serle imputado el conocimiento de que estaba disparando un arma cargada. De acuerdo con estas ideas, el segundo criterio que rige en este ámbito dice así: *una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el momento posterior de realización del comportamiento típico cuando la proximidad temporal entre el momento de la transmisión y el momento de la realización típica excluya, desde un punto de vista social, la posibilidad de olvido.*

Como es lógico, en este ámbito no va a ser posible describir una frontera clara e incontrovertida para determinar dónde empiezan los conocimientos respecto de los cuales no se admite posibilidad de olvido, o cuál es la distancia temporal mínima necesaria para entender que todavía es posible aceptar que un sujeto haya olvidado algo. Sin embargo, planteada la cuestión en estos términos se hace posible un debate sobre cuáles son los conocimientos que pueden imputarse a dicho sujeto en el momento del hecho cuando consta una *transmisión anterior*. Ésta es, sin duda, la gran ventaja de la concepción normativa de la «determinación del dolo»: hace posible la discusión y centra los términos de ésta. Por contra, la idea tradicional según la cual todo depende de la convicción del juez o de inescrutables datos psíquicos impide que pueda discutirse, pues, salvo en casos extremos, algo que se asienta en un sentimiento personal o en una realidad indemostrable es difícilmente discutible.

La exacta determinación de qué puede entenderse por *transmisión* es una cuestión eminentemente valorativa y, por tanto, puede no encontrarse exenta de controversias en determinados supuestos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso en que se declara probado que una persona ha firmado un documento y se plantean dudas sobre si, a partir de tal firma, debe entenderse transmitido el conocimiento del contenido de dicho documento, pues no resulta inimaginable que alguien haya firmado sin antes leer[1113]. Lo mismo sucede en los supuestos en que consigue acreditarse una *transmisión* a personas próximas al autor, pero no directamente a éste[1114]. Son éstos casos en que, pese a que se han puesto a disposición del conocimiento del sujeto determinados datos, existen dudas sobre si este realmente ha llegado a captarlos. Ello muestra que tampoco es éste un ámbito que se halle exento de posibles casos-límite[1115].

[1113] El TS en su sentencia de 31 de diciembre de 1992 (A 10550, ponente Díaz Palos) basa la prueba del conocimiento en el hecho de que el acusado hubiera firmado un documento.

[1114] Cfr. la STS de 14 de julio de 1986 (A 4323, ponente Díaz Palos): «la reiterada afirmación, leit motif de todo el recurso, de que [el acusado] ignoraba la pendencia del juicio ejecutivo y existencia del decreto de embargo cae por su base por lo ya dicho de que tales actos procesales fueron notificados a su esposa en el domicilio conyugal y a una vecina del inmueble, como del hecho de que se siguiera también el juicio contra su hermano Federico, con la consiguiente intercomunicación de ambos». Un problema similar en la STS (Sala 5.ª) de 25 de octubre de 1995 (A 7619, ponente Pérez Esteban): un soldado condenado por abandono del servicio de armas alega en casación no haber tenido conocimiento de que el día que se ausentó del cuartel tenía asignado el servicio de retén. El Tribunal no admite tal alegación, afirmando que «la Sala de instancia declaró probado el cumplimiento de esa exigencia de publicidad del nombramiento» (se colgó una lista en el tablón de avisos) y que «en tal situación no puede alegar desconocimiento de su nombramiento quien (...) no cumple voluntariamente su obligación de enterarse de los servicios que le corresponden». La desafortunada argumentación de la Sala —por confusión evidente entre el efectivo conocimiento y el «deber conocer»— lleva a un resultado correcto (afirmación del dolo) por una vía errónea. El conocimiento no puede atribuirse al sujeto con base en una *transmisión* que no ha quedado acreditada, pues no se da por probado que el sujeto leyera la lista expuesta. En este caso, la atribución del conocimiento que exige el dolo sólo puede llevarse a cabo de acuerdo con la idea de que todo soldado que se ausenta del cuartel sin prestar atención a la lista de servicios es consciente de la posibilidad de que le haya sido asignado alguna tarea. De este modo no se adopta una *transmisión previa* como presupuesto aplicativo de la imputación, sino una característica personal del individuo, como es su condición de soldado (cfr. *infra* XV).

[1115] En el caso de la firma de documentos concurren dos valoraciones contrapuestas: por un lado, la idea de que el sujeto que firma con total libertad expresa ante los demás que se da por enterado del contenido del documento. Que en algunos casos, por desinterés o indiferencia, se firme sin haber leído no afecta en principio a la valoración social de que ha existido una *transmisión de conocimientos*. Según esta perspectiva, quien firma se hace responsable de las posibles divergencias entre el sentido social del hecho y su auténtica realidad psicológica (cfr., al respecto, *supra* X.2.A). Sin embargo, existen situaciones en que la firma adquiere un mero carácter rutinario y en que ya no es tan evidente que se conozca el contenido de los documentos (p. ej., el caso del empresario que una vez por semana firma la documentación que preparan sus subordinados). En estos últimos supuestos, el sentido social del hecho deja de resultar inequívoco y el conocimiento no puede imputarse por no estar plenamente acreditada la *transmisión*.

XIV. LA EXTERIORIZACIÓN DEL PROPIO CONOCIMIENTO

XIV.1. PLANTEAMIENTO

Junto con los *conocimientos mínimos* y las *transmisiones de conocimientos*, una tercera forma de imputación imaginable concurre en aquellos supuestos en que un sujeto exterioriza —de palabra o por actos concluyentes— que cuenta (o ha contado) con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo la conducta típica. En este sentido, existen reglas sociales de imputación de conocimientos que toman como presupuesto aplicativo tales actos de exteriorización, es decir, que responden a la estructura «si el sujeto ha exteriorizado que conoce A, debe serle imputado el conocimiento de A». También en este ámbito, que engloba la tradicionalmente denominada «confesión del acusado», se trabaja con reglas de imputación. Las habituales afirmaciones de la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de que en estos últimos casos se cuenta con una «prueba directa» han sido ya desacreditadas en otro punto de este trabajo[1116]. El hecho de que nunca pueda contarse con la garantía absoluta de que los conocimientos que el sujeto declara haber poseído vayan a coincidir con aquéllos con los que realmente cuenta o ha contado, impide hablar, aunque exista una confesión, de perfecta averiguación de la realidad psíquica.

Uno de los puntos que debe analizarse en este apartado pasa por determinar ante qué situaciones puede afirmarse que concurre una *exteriorización*. La fijación de este concepto no parece demasiado problemática en aquellos supuestos en que el sujeto de la imputación, con sus propias palabras o por escrito, es quien afirma contar con determinados conocimientos. La cuestión resulta, sin embargo, más compleja cuando se trata de establecer qué formas de comportamiento, más allá de las declaraciones explícitas, pueden ser consideradas igualmente *exteriorizaciones*.

[1116] Cfr. *supra* VII.3.B.

También en este punto se está ante un problema eminentemente valorativo y no exento de situaciones-límite. No obstante, antes de analizar esta problemática, lo primero que debe establecerse es qué requisitos en general debe cumplir una *exteriorización* para que pueda servir como presupuesto aplicativo de una regla de imputación.

XIV.2. CLASES DE EXTERIORIZACIONES SEGÚN SU UBICACIÓN TEMPORAL

Con respecto al hecho objetivamente típico, las *exteriorizaciones de conocimientos* pueden situarse en tres *momentos* distintos: antes, durante y después de la realización de dicho hecho. Como se mostrará seguidamente, de la ubicación temporal de la *exteriorización* dependen los requisitos que ésta debe cumplir para que, a partir de ella, pueda considerarse inequívoco que un sujeto ha contado con determinados conocimientos. Es decir, en función de la ubicación temporal de las *exteriorizaciones* varían los requisitos para una correcta imputación. Las situaciones posibles son tres:

a) *El sujeto exterioriza que cuenta con determinados conocimientos antes* de la realización delictiva. Un buen ejemplo para mostrar esta estructura de imputación se da en el ya comentado «Caso de la correa de cuero» (*Lederriemenfall*)[1117]:

> *Los dos acusados planearon apoderarse de las pertenencias un tercero dejándole antes sin sentido tras apretarle el cuello con una correa de cuero. Esta opción fue descartada al caer en la cuenta de que con el empleo de semejante instrumento podían causar la muerte de la víctima por asfixia, por lo que decidieron que sería mejor intentar provocar su inconsciencia dándole un golpe en la cabeza con un saco de arena. Sin embargo, cuando pusieron en práctica este último método sólo consiguieron despertarle. En ese mismo momento recurrieron a la correa, cuyo empleo provocó la muerte de la víctima.*

En un supuesto como éste los acusados exteriorizan el conocimiento de la capacidad letal del empleo de la correa en un momento previo a la comisión del hecho, es decir, cuando discuten sobre qué método resulta más adecuado para dejar inconsciente a la víctima, rechazando el uso del citado instrumento por considerar que podía provocar su muerte. El Tribunal emplea tal *exteriorización* como base fáctica para atribuir a dichos acusados idéntico grado de conocimiento en el momento posterior en que efectivamente llevan a cabo la creación del riesgo que acaba ocasionando

[1117] Cfr. *supra* III.1.

el desenlace mortal[1118]. La regla que emplea el BGH responde a una estructura sencilla: quien exterioriza en un momento previo el conocimiento de determinadas realidades sigue contando con dicho conocimiento en el momento posterior en que efectivamente realiza el hecho típico.

Un análisis detenido de la anterior regla permite apreciar una estructura muy parecida a la de las *transmisiones de conocimiento*[1119]. En efecto, si en éstas se puso de manifiesto que la prueba de que el sujeto había adquirido de otra persona determinados conocimientos servía para imputarle, dados los requisitos pertinentes, el mantenimiento de tales conocimientos en el instante posterior en que realizaba el hecho típico, en el presente caso también se parte de que el sujeto es conocedor de una determinada realidad *con anterioridad al hecho*. La única variación en este caso radica en la base fáctica, pues ésta no viene dada por la acreditación de una transmisión de conocimientos, sino por la *exteriorización* del propio sujeto.

Dado que la estructura de estas *exteriorizaciones* y de las *transmisiones* es prácticamente idéntica, no parecen existir demasiados problemas para trasladar a este punto todo lo que ya se ha expuesto en el Capítulo anterior: *deben imputarse al sujeto los conocimientos exteriorizados con anterioridad al momento de realización del hecho objetivamente típico, cuando la entidad de tales conocimientos, o el breve intervalo de tiempo transcurrido entre exteriorización y realización del hecho, no hagan pensable que se haya podido dejar de contar con ellos.*

Estos requisitos se cumplen en la sentencia del *Lederriemenfall*: dadas las características del conocimiento exteriorizado por los autores acerca de la peligrosidad que suponía el empleo de la correa, no parece posible que hubieran dejado de contar con tal conocimiento en el momento en que hicieron efectivo uso de tal instrumento. Es decir, cuando alguien ha exteriorizado determinados conocimientos respecto a los cuales no parece factible la posibilidad de olvido, debe imputársele también tal conocimiento en el momento posterior de la realización típica. Una vez más el recurso a las valoraciones sociales aporta criterios más firmes que los que podrían suministrar las ciencias empíricas. En el «Caso de la correa de cuero» científicamente no podía descartarse que, dada la excitación del momento, los sujetos no se hubieran vuelto a representar la

[1118] Como afirma acertadamente JAKOBS, *Derecho penal*, p. 328, «si el autor le aprieta el cuello a su víctima con una correa, tras haberle fallado un medio menos peligroso para adormecerla y tras haber descartado el intentar apretarle el cuello debido a su peligrosidad, y la víctima muere de asfixia, estrangulada, el autor sólo actuará con dolo si —como es de esperar por lo general— se vuelve a representar el carácter letal del procedimiento de apretar el cuello al recurrir a la correa tras haber fallado el medio menos peligroso». Las afirmaciones sobre el conocimiento deben referirse, como es evidente, al momento en que el sujeto realiza de un modo efectivo el hecho objetivamente típico.

[1119] Cfr. *supra* XIII.

peligrosidad del medio empleado, con lo que una estricta aplicación del *in dubio pro reo* debería llevar a condenar únicamente por homicidio imprudente.

b) Una segunda situación imaginable en cuanto a la ubicación temporal de las *exteriorizaciones de conocimientos* con respecto al hecho objetivamente típico se da en aquellos *supuestos en que el sujeto exterioriza determinados conocimientos durante la realización de dicho hecho.*

> *Por ejemplo,*
> *Un estudiante decide llevarse unos libros que se encuentran en el asiento posterior del aula. Se considera probado que mientras llevaba a cabo tal apropiación comentó con un amigo suyo que, aunque sabía perfectamente que los libros en cuestión pertenecían a otro compañero momentáneamente ausente, había decidido apropiárselos.*

En casos como éste la imputación no debe plantear demasiados problemas: simplemente se parte de la idea de que quien exterioriza un determinado conocimiento (¡que además es congruente con la realidad objetiva!) es porque lo posee y, de acuerdo con esta regla, le debe ser atribuido. El criterio que rige para estos casos puede expresarse así: *los conocimientos exteriorizados por el sujeto durante la realización del hecho típico deben serle imputados*. En este caso ni siquiera entra en juego, como en el anterior, la posibilidad de olvido, en la medida en que *exteriorización* y realización típica coinciden en el tiempo.

Ciertamente pueden imaginarse configuraciones extrañas de casos en que alguien exteriorice en perjuicio propio un conocimiento que no posee, pero mientras tal divergencia entre lo interno y lo exteriorizado no se traduzca en otros datos palpables que posibiliten variaciones en la imputación, la vigencia de la regla general permanece inalterada. En cualquier caso rige aquí la idea de que el sujeto se hace responsable de lo que declara en su propio perjuicio y, si ello no coincide con la realidad, es una cuestión psíquica que le compete a él. Una vez más, la valoración social aporta una certeza en la resolución de los supuestos que no puede obtenerse de disciplina científica alguna.

c) Una tercera situación posible concurre en aquellos supuestos en que *el sujeto manifiesta a posteriori*, es decir, una vez realizado el hecho objetivamente típico, que durante dicha realización ha contado con determinados conocimientos [1120].

[1120] Con la figura de las *exteriorizaciones del conocimiento* debe conseguir concretarse las afirmaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que atribuye a las «manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal» el carácter de indicios para la «determinación del dolo» (STS de 5 de diciembre de 1991, A 8988, ponente Soto Nieto). De tales manifestaciones sólo interesan las que puedan reputarse *exteriorizaciones del conocimiento* y no cualquier otra manifestación.

> *Por ejemplo,*
> *El acusado atropelló a un peatón causándole la muerte. Ante el Tribunal que le juzga declara haber llevado a cabo dicho atropello con plena consciencia de que creaba un riesgo para la vida del atropellado, pese a lo cual no omitió tal comportamiento.*

En casos como éste concurre lo que tradicionalmente se denomina «confesión del acusado». En otro ámbito de este trabajo ya se ha argumentado que no es posible entender que tal confesión tenga que implicar siempre y necesariamente una plena correspondencia entre el contenido de lo que se declara y los reales conocimientos del acusado [1121]. Ello no quiere decir, sin embargo, que la confesión no desempeñe un papel clave en el juicio definitivo sobre los conocimientos del sujeto, pero su importancia se mide siempre en términos de imputación y no a nivel del pretendido descubrimiento de la consciencia como dato empírico [1122]. Además, no necesariamente toda *exteriorización a posteriori* tiene que venir dada por una confesión autoinculpatoria ante el órgano judicial (ya sea en la fase de instrucción o de juicio oral): también concurre dicha exteriorización, por ejemplo, en los casos en que, a través de declaraciones testificales dignas de crédito, se considera probado que, tras el hecho, el sujeto activo ha reconocido a otras personas haber sido consciente de una determinada realidad en el momento en que llevaba a cabo su comportamiento, pese a que luego se niegue a ratificar tales manifestaciones. En este sentido, lo que verdaderamente importa es que entre los hechos probados objetivos conste una *exteriorización a posteriori*, con independencia de ante qué personas se haya llevado ésta a cabo.

A nivel de valoraciones sociales es indudable que existe una regla según la cual se atribuyen unos determinados conocimientos a quien *a posteriori* confiesa haber contado con ellos, siempre que el hecho de haberlos poseído sea algo que le perjudique, en el sentido de que pueda servir para atribuirle responsabilidad [1123]. La explicación acerca de por qué la sociedad tiende a considerar que cuando alguien se autoinculpa está diciendo por regla general la verdad y, por contra, cuando alguien

[1121] Cfr. *supra* VII.3.B.

[1122] En este sentido, HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 199.

[1123] Así la STS de 31 de octubre de 1992 (A 8629, ponente Ruiz Vadillo): «el procesado reconoce los hechos que se le imputan ante el Juez instructor y ante la propia Sala que le juzga. Reconoce tener conocimiento del deber de ingresar el impuesto y da razones, es decir, se defiende, de por qué no pagó». Sin embargo, el procesado invoca en su recurso de casación la ausencia de dolo, a lo que contesta el TS que «ha de acentuarse la sorpresa de esta invocación cuando, como ya se ha dicho, en el juicio oral el inculpado confesó los hechos tal y como han sido sustancialmente descritos en la sentencia de instancia».

trata de exonerarse se considera que sus afirmaciones —cuando no se acompañan de pruebas tangibles— no son más que meras excusas sin apenas valor, es algo que merecería un análisis más a fondo que no puede llevarse a cabo en el ámbito de este trabajo[1124]. Pero lo cierto es que debe considerarse indudable que las cosas se ven de este modo y que, por tanto, esta visión debe impregnar también una imputación de conocimientos basada en las valoraciones sociales. El contenido de la regla de imputación es, por tanto, evidente: *los conocimientos con los que un sujeto manifiesta haber contado en el momento de realización de la conducta típica deben serle imputados siempre que el hecho de haber contado con ellos sea algo que le perjudique*[1125].

XIV.3. EXTERIORIZACIONES EXPLÍCITAS Y EXTERIORIZACIONES POR ACTOS CONCLUYENTES

Establecidos los casos en que una *exteriorización de conocimientos* resulta trascendente a efectos de imputación, conviene analizar a continuación en qué situaciones es posible entender que concurre, desde un punto de vista social, un acto de *exteriorización*. Como ya se ha afirmado, no existen demasiados problemas para entender que ésta concurre en aquellos supuestos en que el acusado declara explícitamente cuales son (o fueron) sus conocimientos en el momento del hecho, ya sea de palabra o por escrito. En tales casos puede hablarse de *exteriorizaciones explícitas.*

Por ejemplo,

Se acusa a un sujeto de estafa por haber abandonado una gasolinera autoservicio sin pasar por caja tras haber llenado el depósito de su automóvil. El Tribunal da por probado, con base en la declaración de algunos testigos (variante 1), que el acusado comentó con una persona que le acompañaba su voluntad de no pagar. Otro supuesto imaginable (variante 2) es aquél en que, interrogado por la policía, el sujeto reconoce arrepentido haber sido consciente de que abandonaba la gasolinera incumpliendo el deber de pagar.

En las dos variantes planteadas de este supuesto de hecho concurre una *exteriorización explícita* y el conocimiento confesado debe ser atribuido al sujeto en el momento (simultáneo o anterior) de realización del hecho objetivamente típico, de acuerdo con las reglas ya explicitadas anteriormente.

A diferencia de los supuestos anteriores, las *exteriorizaciones por actos concluyentes* concurren en aquellos casos en que, sin que exista una declaración explícita del sujeto acerca de qué es lo que conoce o conoció en el momento de los hechos, a partir del modo en que tal sujeto se ha comportado, en dicho momento o con posterioridad a él, es posible deducir que cuenta o contaba con determinados conocimientos, de tal modo que, desde un punto de vista valorativo, se interpreta su conducta como una *exteriorización*[1127]. Una vez más debe exigirse que, desde una perspectiva social, exista univocidad en tales valoraciones: cuando no resulte evidente que la conducta puede ser interpretada como una *exteriorización* le deberá ser negado tal carácter. A modo de ejemplo se introducen otras dos variantes al supuesto anteriormente expuesto en que un conductor abandona una gasolinera sin haber pasado por caja:

[1124] Ya FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, 14.ª ed. a cargo de C.J.A. Mittermaier, Giessen, 1847, trad. R. Zaffaroni e I. Hagemeier, 2.ª ed., Buenos Aires, 1989, § 584, afirmaba: «la declaración de un inculpado, en la medida en que contenga una circunstancia fáctica que lo beneficie, no merece por lo regular ningún crédito, pero cuando afirme una circunstancia que le sea desfavorable hace plena prueba». Este punto de vista se plasma en el art. 1232 CC: «la confesión hace prueba contra su autor». Con todo, no quiere transmitirse la idea de que el contenido de este precepto pueda trasladarse sin más al proceso penal y que deba servir para la prueba de cualquier hecho: cuando se trata de acreditar hechos objetivos, otros indicios pueden desvirtuar una confesión. Sin embargo, en lo que respecta a la determinación de hechos subjetivos, esta regla rige por principio: cuando un sujeto de quien ya ha sido probada una realización objetivamente típica, declara haberla llevado a cabo con ciertos conocimientos, éstos deben serle atribuidos.

[1125] Esta regla puede presentar algunas excepciones en los supuestos en que concurre lo que aquí se denominan «*exteriorizaciones patológicas*» (cfr. *infra* XIV.4).

[1126] Supuesto de hecho planteado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 38, quien afirma que en casos como éste la jurisprudencia alemana suele afirmar la existencia de una estafa, aunque «en el caso en que los acusados no hayan confesado, la prueba del dolo de la estafa topa con notables dificultades». Si faltan otros datos objetivos entiende este autor que sólo concurren sospechas sobre las que no puede fundamentarse la atribución del dolo. Cfr. al respecto la sentencia del BGH de 5 de mayo de 1983 (*NJW*, 1983, p. 2827), en la que se enjuicia un caso de abandono de gasolinera sin pasar por caja y en que se afirma el dolo del autor. Cfr. también los comentarios de FREUND a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156 ss), en *StV*, 1991, p. 26. Sobre las dificultades que comporta determinar si en ejemplos como el expuesto *supra* concurre un hurto o una estafa, cfr. BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 289.

[1127] BAUER, *Abhandlungen*, p. 282, hace referencia al valor indiciario de «la forma de comportarse que muestra la consciencia del dolo delictivo». La idea se expresa con claridad en la STS de 12 de abril de 1991 (A 2704, ponente Bacigalupo Zapater) en referencia al conocimiento de la antijuricidad de un hecho, afirmándose que, «por regla general, el desconocimiento de la antijuricidad de un hecho, del cual el autor tuvo razones para considerar penalmente prohibido, no es de apreciar cuando el autor toma precauciones que sólo son explicables a través de ese mismo conocimiento». En este caso no puede hablarse de una *exteriorización* de conocimientos *explícita*, sino deducida a través de la interpretación de ciertas formas de comportarse.

Variante 3: *las cámaras de seguridad del establecimiento muestran cómo, tras llenar el depósito, el acusado mira repetidamente a su alrededor y sube al coche con gran tranquilidad. Sin embargo, al ver que se acerca corriendo y gritándole un empleado de la gasolinera, pone rápidamente el vehículo en marcha y abandona el lugar a una velocidad tal que está a punto de arrollar a diversos clientes.*

Variante 4: *las cámaras de seguridad del establecimiento simplemente muestran que, antes de subir al vehículo, el acusado vuelve la cabeza hacia la caja, a continuación se introduce en el automóvil y abandona la gasolinera a velocidad normal.*

La solución de ambas variantes depende, por lo que respecta al dolo, de que en ellas pueda interpretarse la conducta del acusado como una *exteriorización de conocimientos* desde el punto de vista social. En el primer caso parece evidente que debe entenderse que tal exteriorización sí concurre, pues la única explicación comprensible del extraño comportamiento del acusado pasa por entender que éste intentaba huir a toda costa sin pagar, lo que implica el conocimiento de que estaba incumpliendo su deber[1128]. Por contra, en la segunda variante es muy dudoso que el simple hecho de girar la cabeza hacia atrás pueda ya considerarse una muestra de la consciencia concreta de que se debía pasar por caja. En casos como éste, y faltando otra base objetiva, deberá negarse la imputación pues, desde un punto de vista social, son imaginables otras explicaciones, como puede ser la del simple olvido[1129].

Las imputaciones de conocimientos basadas en *exteriorizaciones por actos concluyentes* pueden encontrarse con una cierta habitualidad en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en una sentencia del Tribunal Supremo, que resuelve un caso de alzamiento de bienes, se afirma que «de los dos juicios ejecutivos instados por el Banco tenía así mismo noticia la acusada, en cuanto que la misma presentó escritos en ambos juicios anunciando su oposición a la ejecución»[1130]. La presentación de los escritos de oposición se interpreta en este caso como muestra inequívoca de que la acusada era conocedora de los dos juicios ejecutivos que pesaban sobre sus bienes. En los delitos contra la propiedad industrial la misma jurisprudencia atribuye el valor de *exteriorización por actos concluyentes* al hecho de que el producto fabricado por un industrial reproduzca de manera exacta o prácticamente idéntica determinadas cualidades de otro producto o creación para los que se hallan inscritos con anterioridad determinados derechos sobre la propiedad industrial. Las valoraciones de que se sirve el citado Tribunal en estos casos se basan en la idea de que determinadas casualidades no se entienden socialmente posibles y que, para realizar una imitación tan perfecta, el segundo fabricante necesariamente tuvo que actuar conociendo la existencia previa de un producto prácticamente igual[1131]. La fabricación del producto idéntico se interpreta, en consecuencia, como una *exteriorización del conocimiento*[1132].

Evidentemente, tampoco este ámbito está libre de supuestos-límite para los que resulta difícil aportar criterios definitivos y en que tampoco

[1128] FREUND, *Normative Probleme*, p. 38, considera que las dudas sobre la prueba del tipo subjetivo son superables en los casos en que se constata la adopción, por parte del cliente, de precauciones objetivas para engañar al personal de la gasolinera. Cfr., igualmente, la STS de 20 de junio de 1994 (A 5211, ponente Carrero Ramos), en la que se atribuye el valor de *exteriorización* al hecho de que un sujeto que acababa de recibir un paquete con droga huyera velozmente al percibir la presencia de la policía.

[1129] Bastante cuestionable la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de noviembre de 1997 (*AP-Audiencias*, (2) 1998, ponente Araujo García) en la que se interpreta como indicio de que un cazador conocía que acababa de abatir una presa cuya caza no estaba autorizada, el hecho de que escondiera dicha presa en la parte posterior de la prenda que vestía. La atribución no resulta en cualquier caso inequívoca, pues no puede excluirse un *dolus subsequens* (el acusado se dio cuenta de qué ejemplar había abatido después de dispararle). De todos modos, en la sentencia se emplean otros argumentos más sólidos para afirmar el dolo (cfr. *infra* XVI.3).

[1130] STS de 31 de diciembre de 1992 (A 10550, ponente Díaz Palos). Cfr., asimismo, la STS de 15 de octubre de 1988 (A 7926, ponente Bacigalupo Zapater): «la denuncia de los créditos en el expediente de suspensión de pagos viene a demostrar, en este contexto, todo lo contrario de lo que pretende el recurrente. En efecto, permite acreditar su conocimiento de los créditos cuya ejecución frustraba con la enajenación de los inmuebles».

[1131] Cfr. la STS de 6 de junio de 1990 (A 5141, ponente Carrero Ramos): «la coincidencia de detalles entre los modelos fabricados por la entidad con derechos registrados anteriormente y los de los procesados, incluido el uso de los géneros con la marca y dibujo de aquélla estampados permitió al Tribunal *a quo* inferir la intencionalidad». Cfr., asimismo, la STS de 22 de julio de 1993 (A 6352, ponente Delgado García): «*tan clara es la imitación* y tan conocida es en el mercado la ginebra Larios, que no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser reputada delictiva» (cursiva añadida).

[1132] Sobre delitos contra la propiedad intelectual, cfr. la STS de 28 de mayo de 1992 (A 4394, ponente García Miguel): «la deducción hecha por el Tribunal de instancia respecto a que ha concurrido tal elemento del injusto [el conocimiento] ... ha de estimarse como completamente lógica y conforme con el modo de suceder las cosas en la vida ordinaria, pues no es admisible la alegación hecha por los recurrentes, sin hallarse amparada por prueba alguna, de que la casi total coincidencia entre los temas, composición, coloración, ambientación, etc. entre dos obras artísticas no es suficiente para apreciar el plagio dado que es perfectamente posible la concepción de la misma obra en dos mentes simultáneamente, y si bien es cierto que pueda surgir en dos o más personas distintas una misma idea como aquella a la que se refiere el recurrente, lo que no es concebible ni admisible es que sea absoluta la coincidencia de todos los demás pues de admitir tal tesis no sería posible jamás admitir la existencia del plagio». Cfr., igualmente, la STS de 14 de febrero de 1984 (A 1129, ponente Díaz Palos): «sin necesidad de recurrir en esta materia al *dolus in re ipsa*, repudiado por esta Sala —S. de 6 de abril de 1968—, es lo cierto que basta con recordar el *modus operandi* del procesado al presentar la cinta magnetofónica usando la figura del autor de las canciones originales, la leyenda, tipografía y colores elegidos, a que se ha hecho antes referencia, para comprender sin más que se tenía plena conciencia y voluntad de que se quería imitar la obra usurpada».

una referencia a las valoraciones sociales arroja siempre soluciones incontrovertidas. El criterio por el que, en cualquier caso, debe guiarse el aplicador jurídico es el de la univocidad del sentido social: cuando ésta falte deberá renunciarse a la imputación. Sin embargo, a tal efecto no debe equipararse valoración social a certeza científica. Determinados riesgos de error que impiden formular leyes con validez científica sobre el conocimiento ajeno se tienen socialmente por *quantité négligeable* y no deben impedir, en consecuencia, la imputación.

Por último debe precisarse que un acto de *exteriorización* sólo sirve para atribuir conocimientos si puede ser valorado como un acto *libre* y que revista una *mínima seriedad*. Por descontado, las *exteriorizaciones* de un sujeto obtenidas mediante cualquier tipo de coacción no tienen valor alguno y tampoco aquéllas realizadas en un contexto de abierta jocosidad.

XIV.4. EXTERIORIZACIONES PATOLÓGICAS

Las afirmaciones del apartado anterior dan paso al análisis de unos supuestos especialmente complejos: aquéllos en que determinadas *exteriorizaciones* realizadas por un sujeto tras la conducta típica parecen exclusivo fruto de un extraño interés de éste por ser condenado penalmente y de serlo, además, por hechos que, desde una perspectiva social, se valorarían como inocuos de no añadirse a ellos la declaración del acusado en su propia contra. En el curso de este apartado tales *exteriorizaciones* se calificarán de *patológicas*, aunque este término no se emplee en su acepción médica más estricta, sino en un sentido profano, referido a lo que en sociedad se valora como comportamiento anormal o enfermizo por parte de un individuo [1133].

Por ejemplo,

Un conductor acude a una comisaría acusándose de tentativa de homicidio por haberse representado mientras conducía que estaba generando un riesgo concreto de muerte para el conductor que le precedía en la carretera, al haber reducido por debajo del límite permitido la distancia de seguridad entre ambos automóviles y haberse mantenido por debajo de dicho límite hasta que el otro conductor aceleró y le dejo atrás.

[1133] Loos, Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993 (*JR*, 1994, p. 510 ss), en *JR*, 1994, p. 513, entiende que es posible explicar algunas confesiones autoinculpatorias a través del sentimiento de culpabilidad del autor, lo que puede llevar a que éste afirme haber sido consciente de realidades que ni tan siquiera recuerda. Esta posibilidad no debe privar a las *exteriorizaciones* de su valor general para la imputación del conocimiento, pues difícilmente puede llegar a determinarse cuándo alguien miente por sentimiento de culpabilidad y la duda llevaría a negar siempre el valor a la *exteriorización*. Sin embargo, cuando la sospecha de que concurre uno de estos supuestos adquiera proporciones tales que afecte al sentido social del hecho será conveniente desarrollar excepciones a la regla general.

Encontrar un tratamiento adecuado para supuestos como éste parece una tarea especialmente compleja. Por un lado es indudable la vigencia de la regla de imputación según la cual, las *exteriorizaciones de conocimientos* que van en contra de uno mismo llevan a la imputación de tales conocimientos; sin embargo, y por otro lado, una condena por tentativa de homicidio en casos como el expuesto parece a todas luces excesiva, pese a ser cierto que, desde un prisma objetivo, el sujeto ha creado efectivamente un riesgo jurídicamente relevante y que, de acuerdo con su confesión, se le puede imputar el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta. Desde la perspectiva del mero desarrollo de las reglas expuestas hasta ahora se hace imposible dar una solución convincente a estos supuestos o, mejor dicho, la única solución coherente pasa por afirmar que los conocimientos deben ser imputados al sujeto y que, efectivamente, el caso expuesto debe considerarse un supuesto de tentativa de homicidio. Sin embargo, esta solución no resulta en absoluto convincente.

Proponer un tratamiento adecuado para situaciones como la anterior sólo parece posible si se atiende a los fundamentos del sentido social como criterio en que debe basarse la determinación procesal del dolo. En otro ámbito de este trabajo ya se ha puesto de relieve la idea de que sólo hace falta replicar con la pena de los delitos dolosos a aquellos hechos que, desde una óptica social, pueden ser interpretados como negaciones conscientes de la vigencia de una determinada norma penal [1134]. En el caso de las *exteriorizaciones ex post* en sentido autoinculpatorio es precisamente este dato lo que muy a menudo da pie a la valoración social de que el hecho ha sido realizado de forma consciente: en no pocos supuestos, el contar con una confesión del sujeto disipa las dudas existentes sobre las representaciones con que contaba éste en el momento de llevar a cabo su comportamiento. En estos casos, la *exteriorización* tiñe con el color de la consciencia un comportamiento que, analizado por sí solo, podría dar pie a interpretaciones equívocas. La importancia de las confesiones *ex post* viene dada, en consecuencia, por su capacidad para precisar, o incluso variar, el sentido de las valoraciones sociales con respecto a determinados hechos [1135].

Las anteriores ideas son las que aconsejan dispensar un tratamiento especial a aquellos supuestos en que un hecho tiene, ya en su aspecto objetivo, un carácter perturbador mínimo (sobre todo por la escasa relevancia del riesgo creado, pese a ser éste no permitido), y en que la de-

[1134] Cfr. *supra* V.2.

[1135] Cfr. *infra* XVII.4.A.1.

claración del sujeto en su propia contra puede interpretarse como fruto de un comportamiento rayano en lo patológico[1136]. En estos casos, la curiosa *exteriorización de conocimientos* por parte del sujeto no parece tener suficiente fuerza como para variar el sentido de las valoraciones sociales con respecto a un hecho que, incluso por sí solo, no resulta especialmente idóneo para ser valorado como una negación consciente de determinadas normas penales. Puede servir aquí de pauta orientadora pensar que se trata supuestos en que, si un observador externo hubiera presenciado los hechos, en modo alguno hubiera visto en ellos indicios de realización delictiva alguna y en que el *tono* delictivo de la conducta sólo se añade *ex post* por efecto de la confesión del acusado en su propia contra.

En consecuencia, puede juzgarse una confesión autoinculpatoria como *exteriorización patológica* en aquellos casos en que da la impresión de que el sujeto desea conseguir que se le imponga una sanción penal que de otro modo nunca le habría sido impuesta, pues nadie habría juzgado su hecho como una posible negación consciente de una norma penal, sencillamente porque ningún observador habría atribuido relevancia alguna a la conducta realizada o, por lo menos, no una relevancia penal. Dado que para la interpretación de determinados comportamientos como perturbadores desde el punto de vista social no rigen los esquemas de interpretación individuales, sino sociales, casos como el anterior no se valoran socialmente como contradicciones conscientes de una norma penal, sino como hechos irrelevantes de los que quiere servirse un sujeto para satisfacer sus anormales deseos de recibir un castigo. Desde un punto de vista preventivo es absolutamente innecesario que el Derecho penal intervenga ante situaciones como éstas.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, conviene introducir una excepción a la regla según la cual las *exteriorizaciones de conocimientos* realizadas en perjuicio propio después del comportamiento típico llevan a imputar tal conocimiento al sujeto en el momento en que éste realizó dicho comportamiento: *en los casos en que la exteriorización pueda interpretarse como expresión de una necesidad patológica de pena por parte del individuo, decaerá su aptitud para fundamentar un juicio de imputación*. De este modo se consigue una solución parcial para una de las críticas que frecuentemente se dirige a las teorías cognitivas del dolo: la de

[1136] FREUND, *Normative Probleme*, p. 122 ss, se ocupa de la relevancia de la duda que, en el ámbito de la «determinación del dolo», suscita la posibilidad de que se manifieste por parte del sujeto una necesidad patológica de castigo, aunque lo que preocupa a este autor es legitimar las posibles discrepancias que se dan en estos casos entre los hechos probados de la sentencia y la auténtica realidad psíquica del acusado. En cualquier caso, *Freund* llega a la conclusión de que cuando el juzgador cuente con indicios de que determinadas autoinculpaciones obedecen a un interés patológico del sujeto por ser condenado, éstas deberán dejarse sin efecto.

que éstas llevan a castigar a las personas excesivamente escrupulosas[1137]. Si se parte de la idea de que las representaciones de riesgos que obedecen a la mera escrupulosidad del sujeto sólo pueden ser imputadas en la práctica si existe una *exteriorización* de tal conocimiento, con la excepción introducida a la regla general de imputación dejan de castigarse como dolosos los supuestos más extremos de escrupulosidad.

[1137] Cfr. la exposición de esta crítica *supra* V.3.B.

XV. LAS CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL SUJETO COMO FUENTE DE ATRIBUCIÓN DE CONOCIMIENTOS

XV.1. CRITERIOS GENERALES

Las diferentes características personales que reúne cada uno de los hipotéticos destinatarios de la imputación son, en la práctica social, una importante base objetiva para que a éstos les puedan ser atribuidos determinados conocimientos[1138]. De hecho, parte de esta idea se ha desarrollado ya al abordar la cuestión relativa a los *conocimientos mínimos en sentido amplio*: en tal caso, a la condición inicial de persona imputable, que lleva a atribuir al sujeto los denominados *conocimientos mínimos en sentido estricto*, se añade la de sujeto «normalmente socializado», que conlleva la atribución de un segundo nivel de *conocimientos*, también de carácter *mínimo* (si bien más amplio)[1139]. A partir de esta base inicial, las diversas características personales que pueda reunir un sujeto devienen una importante base objetiva para la imputación de otro tipo de conocimientos. Se trata, por tanto, de reglas que responden a la estructura «si el sujeto S reúne en su persona las características A,B,C ..., entonces conoce X»[1140].

En sociedad no se supone en todas las personas un mismo nivel de conocimientos, sino que dicha suposición, dejando a un lado los *conoci-*

[1138] La idea de que los roles que desempeña un sujeto en sociedad son fuente de expectativas de conocimientos ha sido desarrollada, en el ámbito de la imputación objetiva, por REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1994, p. 953.

[1139] Cfr. *supra* XII.3.

[1140] Cfr., por ejemplo, las afirmaciones de HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194: «un adulto centroeuropeo normal sabe por regla general, y más aun si despacha en una tienda de armas, qué es una escopeta, cómo debe manejarse y cómo disparar a un blanco. Sabe, igualmente, que un disparo contra otra persona es peligroso para ésta y, según en qué circunstancias, incluso peligroso para su vida».

mientos mínimos, está siempre en función de determinadas particularidades personales de cada sujeto. Así, y por recurrir a un ejemplo, de un anciano prácticamente analfabeto no se espera que recite de memoria la tabla de multiplicar, pero, en cambio, el conocimiento de ésta es algo que se presume en un licenciado en física. Esta forma de ver las cosas impregna, como es evidente, la imputación de conocimientos basada en el sentido social: según qué características personales reúna el sujeto de la imputación se estimará o no conveniente que le sean atribuidos los conocimientos de determinadas realidades[1141]. Dichas características pueden venir dadas por factores muy distintos: la profesión de dicho sujeto, sus estudios, su lugar de procedencia o residencia, sus relaciones personales con otros individuos, su nivel cultural y un largo etcétera[1142].

En la práctica jurisprudencial se encuentran con relativa frecuencia imputaciones de conocimientos basadas en las características personales de los sujetos. Así, por citar un ejemplo especialmente conocido, el Tribunal Supremo acude a ellas en su famosa «Sentencia de la colza», cuando afirma que el carácter venenoso de la anilina es de conocimiento general «entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites» y utiliza esta afirmación para atribuir a los acusados el conocimiento del peligro que implicaba la introducción en el mercado de aceite que había contenido anilina[1143]. En este caso, una característica personal del sujeto (su condición de empresario aceitero) sirve para atribuirle un determinado conocimiento (que la anilina es un producto venenoso)[1144].

[1141] Cfr. los ejemplos aportados por FREUND, *Normative Probleme*, p. 32, sobre la vinculación entre determinados grupos de personas y la experiencia de éstas acerca de los riesgos que se derivan de cierto tipo de conductas.

[1142] Así lo entiende también el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de mayo de 1993 (A 3864, ponente De Vega Ruiz): «es cierto que, *salvo espontáneo reconocimiento*, el dolo ha de inducirse, lícita y racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor de la conducta enjuiciada, *en cuyo análisis no pueden faltar el estudio de la personalidad del agente, sus conocimientos, su formación, su profesionalidad, su situación social y sus intereses* (sean económicos, profesionales, altruistas, etc.), de manera tal que a su través adquieran los jueces un estado anímico de conocimiento cierto respecto a la pretensión del actuante» (cursiva en el original). BAUER, *Abhandlungen*, p. 282, afirma que la «edad, la educación, la capacidad de discernimiento y el nivel cultural del autor» son indicios a tener en cuenta para acreditar el dolo.

[1143] STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater).

[1144] Esta forma de imputación de conocimientos también goza de una indiscutible vigencia en el ámbito del conocimiento de la antijuricidad; así, por ejemplo, en la STS de 12 de abril de 1991 (A 2704, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma que «el conocimiento de la prohibición del favorecimiento de, o la cooperación con la prostitución es, por lo tanto, inherente a la misma información, que una persona, dedicada a la explotación de un local de alterne, tiene habitualmente de los riesgos de su propia actividad». Sobre los condicionantes personales del autor como criterio jurisprudencial para determinar la existencia o vencibilidad de determinados errores de prohibición cfr. FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento*, pp. 231-232.

Otros ejemplos pueden encontrarse en la sentencia de 2 de marzo de 1988, en la que se afirma que el presidente del consejo de administración de una sociedad, cuando la administre de modo efectivo y se trate una compañía de importante actividad, no desconoce «el aspecto fiscal de su gestión económica»[1145]; o en la de 22 de julio de 1993, en la que se sostiene que un empresario siempre conoce bien su sector de actividad, así como los principales productos de la competencia[1146]; finalmente, en la STS de 21 de diciembre de 1993, se afirma que quien ejerce el oficio de puericultora conoce los peligros que se derivan del abandono de un niño de corta edad durante varios días[1147]. Todas estas imputaciones se basan en la profesión que ejerce el acusado en el momento de cometer los hechos: la acreditación del ejercicio de tal profesión como dato objetivo permite imputar conocimientos cuya concurrencia es necesaria para afirmar la realización dolosa de un determinado tipo delictivo[1148].

[1145] A 1520, ponente Moyna Ménguez. Cfr., igualmente, la STS de 14 de abril de 1993 (A 4144, ponente Delgado García): «el acusado actuó con conocimiento y voluntad de alterar la verdad en la forma antes expuesta, como no puede ser de otra manera tratándose de un director de la correspondiente sucursal de la referida Caja de Inversión Sociedad Cooperativa de Crédito (...) que además tenía la especial cualificación de Subdirector de tal sociedad, *con conocimientos evidentes respecto del mecanismo con el que se mueven y manejan los talones bancarios y sabedor, por tanto, de la obligación que le incumbía de atender el cheque de autos*» (cursiva añadida). Cfr., también, la STS de 28 de enero de 1993 (A 211, ponente Soto Nieto): «difícilmente puede acogerse la alegación de error que se formula siendo el recurrente persona que ha trabajado en operaciones de transacción de moneda en un banco, por lo que no es aventurado considerarlo conocedor de la normativa al respecto y de las limitaciones de movimiento de dinero estatuidas».

[1146] A 6352, ponente Delgado García. En esta resolución se atribuye a un fabricante de ginebra el conocimiento de la marca «Larios», afirmándose que «no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser reputada delictiva, máxime *siendo su autor un fabricante de licores que conoce bien el mercado y la gran difusión y publicidad del producto imitado*» (cursiva añadida). Cfr., igualmente, la STS de 11 de julio de 1991 (A 5808, ponente De Vega Ruiz): «el acusado es inversionista en el mundo de la inmobiliaria y vecino de Suiza. Todo ello permite, sin forzamiento alguno, deducir un conocimiento, lógico de otro lado, sobre los pormenores que giran alrededor del tráfico inmobiliario y alrededor, sobre todo, de cuanto comporta la salida y entrada de capital más allá de las fronteras».

[1147] A 9592, ponente Montero Fernández-Cid. En línea similar, la STS de 10 de julio de 1992 (A 6382, ponente De Vega Ruiz) se basa en el dato de que el acusado era vecino de la víctima para atribuirle el conocimiento de que ésta padecía determinados transtornos psíquicos permanentes. Cfr., igualmente, el ATS de 9 de julio de 1997 (A 6546, ponente De Vega Ruiz): el entrenador de un equipo de alevines conoce la edad de los niños que entrena.

[1148] Puede apreciarse el empleo de reglas de este género, entre otras, en la STS de 12 de diciembre de 1993 (A 9600, ponente Puerta Luis), la STS de 28 de setiembre de 1992 (A 7468, ponente Granados Pérez) y la STS de 17 de enero de 1992 (A 226, ponente García Ancos): «se trata de una sociedad de responsabilidad limitada (...) la misma estaba compuesta por dos únicos socios (los ahora recurrentes) quienes tenían que conocer necesariamente y en pura lógica, no sólo los movimientos contables de la empresa, sino también y quizás por más importante, los cambios laborales, máxime cuando éstos llegan a

También en la línea de la imputación de conocimientos a partir de las características del sujeto se encuentra la STS de 2 de febrero de 1976, en la que se declara que «quien es drogadicto, o al menos habitual de la ingestión de la droga tóxica», sin duda «conoce sus efectos perjudiciales, por experiencia personal» [1149]. Por su parte, en la STS de 26 de diciembre de 1994 se afirma que «el acusado, como habitante y trabajador en los términos municipales donde los hechos [diversos delitos contra la propiedad] ocurrieron tuvo que conocer que en la comarca habían tenido lugar sustracciones de estos objetos, pues tales anómalos hechos en las zonas rurales se convierten enseguida en noticia que alarma y se extiende entre sus habitantes» [1150].

En otros supuestos la imputación viene dada por el hecho de haber ocupado el acusado determinados cargos profesionales *antes* de realizar el hecho objetivamente típico. En este sentido, por ejemplo, en la STS de 24 de enero de 1994 se afirma que «advirtiéndose que Cayetano V. había sido durante un tiempo no corto asesor financiero de la Mutua (...) no es creíble que no conociera las facultades de sus distintos órganos» [1151]. En la STS de 15 de abril de 1987 se sostiene que «el recurrente sabía perfectamente las características de la maquinaria de Naveira S.A., por haber estado trabajando en la misma» [1152]. En estos supuestos la imputación se basa,

soluciones tan drásticas y finales como la del despido y del acuerdo conciliatorio entre obreros». Cfr., igualmente, la STS de 30 de mayo de 1990 (A 4596, ponente Ruiz Vadillo): el procesado desempeñó en su empresa diversos cometidos «ocupando desde 1959 el cargo de Cajero, y conocedor, por tanto, de toda la mecánica contable de la referida empresa»; finalmente, véase también la STS de 24 de abril de 1995 (A 2874, ponente De Vega Ruiz): el procesado, ordenanza en un edificio de la Seguridad Social, «por su profesión sabía los trámites y la competencia de las reclamaciones o peticiones formuladas por el público».

[1149] A 303, ponente Escudero del Corral. En la STS de 25 de febrero de 1997 (A 2210, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma que «el tipo de envoltorios en que la droga estaba preparada tiene, como es sabido, unas características tales que una persona familiarizada con la misma no puede haber ignorado de qué se trataba. En todo caso lo cierto es que, al menos, tiene que haber tenido una fuerte sospecha del contenido de los envoltorios y ello es suficiente para configurar el dolo eventual».

[1150] A 10374, ponente Delgado García. En esta última sentencia la expresión «tener que conocer» no se emplea en el sentido del «deber-conocer» propio de la imprudencia, sino en el de efectivo conocimiento. A esta forma de expresarse —bastante habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo— subyace la idea de que, dadas determinadas circunstancias objetivas, el sujeto es por fuerza conocedor de ciertos datos, no siendo posible otra explicación. Cfr., al respecto y entre muchas otras, las SSTS de 30 de setiembre de 1997 (A 6703, ponente Soto Nieto) y de 27 de octubre de 1997 (A 7250, ponente Conde-Pumpido Tourón).

[1151] A 273, ponente Soto Nieto.

[1152] A 4809, ponente Rodríguez López. Cfr., igualmente, la STS de 28 de febrero de 1992 (A 1398, ponente Cotta Márquez de Prado): «el procesado ha dedicado su vida entera a la construcción, siendo por tanto conocedor profundo de todas sus particularidades». Ver también la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater): «la experiencia autoriza a concluir que quien tiene las importantes funciones que los testigos atribuyen al recurrente, así como la experiencia personal acreditada en la materia objeto

esencialmente, en las experiencias que se derivan desde el punto de vista objetivo del hecho de que el acusado haya ejercitado en otras épocas los cargos mencionados.

Los anteriores ejemplos permiten mostrar que las características personales del sujeto como presupuesto objetivo de una imputación de conocimientos responden a dos estructuras posibles: por un lado, integran tal base objetiva las características personales que reúne el sujeto activo en el momento de realizar una conducta típica (p. ej. ser contable de una empresa) y, por otro lado, las características personales que dicho sujeto ha tenido en el pasado (p. ej. haber sido contable de una empresa). Aunque en este último caso el sujeto ya no reúna tales características en el momento de llevar a cabo la conducta típica, éstas siguen teniendo una importancia clave para la valoración social del hecho. Yendo más allá, incluso puede afirmarse que, en la mayoría de supuestos, tal distinción es un tanto artificial, pues toda característica pretérita puede reformularse en una característica actual. Así, por ejemplo, no existe diferencia alguna entre afirmar que el acusado ha ejercido de gerente en una empresa (característica pretérita), o que el acusado reúne en su persona la condición de ex-gerente de dicha empresa (característica actual) para, a partir de ello, imputarle determinados conocimientos.

XV.2. CRITERIOS PARA UNA CORRECTA IMPUTACIÓN BASADA EN LAS CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL SUJETO

Seguidamente conviene analizar los criterios de acuerdo con los cuales puede entrar a valorarse la corrección de una imputación de conocimientos basada en determinadas características personales de un sujeto. El principio básico que debe regir en este ámbito viene necesariamente dado por la afirmación de que *sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características*. Cuando resulte perfectamente imaginable que alguien que reúna determinadas características pueda desconocer ciertas realidades, no puede prosperar la imputación del conocimiento de éstas pues, desde un punto de vista social, ya no resulta posible afirmar de modo inequívoco que el sujeto haya contado con su conocimiento. Esta idea se puede re-

de esta actividad, no puede haber ignorado que las inversiones a las que indujo a sus clientes carecían del respaldo que se ofrecía a las mismas».

sumir afirmando que sólo son imputables por la presente vía los conocimientos básicos que se asocian a determinadas características personales:

> *Por ejemplo,*
> *Al padre que habitualmente convive con su hija de 10 años se le debe imputar el conocimiento de la edad de ésta, de tal modo que, si abusa sexualmente de ella, se entiende que lo ha hecho con el conocimiento necesario para afirmar la comisión dolosa de dicho tipo delictivo. Esta afirmación se explica porque, desde un punto de vista social, forma parte de los conocimientos básicos de un padre que convive con sus hijos el conocimiento de la edad de éstos.*

En no pocas ocasiones, para que sea posible imputar determinados conocimientos, no basta con que se establezca *formalmente* qué características personales reunía un sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho típico, sino que será necesario que dichas características se contextualicen debidamente. Para dicha contextualización puede ser importante, en algunos casos, atender al modo concreto en que en la práctica se han ejercido determinadas posiciones sociales de un individuo. En otras ocasiones puede revestir una especial importancia que las características personales de dicho individuo se contextualicen atendiendo a determinadas experiencias pasadas de éste. Sin una contextualización adecuada, en no pocos casos resulta imposible afirmar que, inequívocamente, un sujeto ha contado con determinados conocimientos.

> Así, por ejemplo, para imputar a alguien el conocimiento de las obligaciones fiscales de su empresa no basta con afirmar que éste ocupaba el cargo de presidente del consejo de administración, pues son perfectamente imaginables supuestos en que tal cargo se ocupe únicamente con la mera función de testaferro, o casos en que el sujeto haya abandonado *de facto* sus funciones desde mucho tiempo atrás. Una contextualización efectiva se consigue determinando, dado el caso, que el sujeto no sólo ocupaba formalmente el cargo en cuestión, sino que, además, ejercía de modo efectivo las funciones ligadas a éste.

Las características personales de un sujeto a efectos de la imputación del conocimiento deben también construirse utilizando criterios amplios. En este sentido, para establecer dichas características no sólo debe atenderse al hecho de que dicho sujeto desempeñe, o haya desempeñado, determinados roles en su vida, sino también al cúmulo de experiencias vividas por éste que se puedan acreditar y que puedan tener trascendencia para la imputación del conocimiento. Esta idea se expresa partiendo de un ejemplo formulado por *Freund*[1153]:

[1153] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 39-40.

> *Se juzga a un individuo por haber viajado en un medio de transporte público sin haber sellado, como es preceptivo, la correspondiente tarjeta de viaje. El acusado alega ante el Tribunal que, simplemente, olvidó hacerlo.*

La solución del presente supuesto depende de la trascendencia que se deba dar al olvido alegado por el sujeto[1154]. Como ya se ha apuntado, desde un punto de vista social no puede descartarse en muchas ocasiones que un sujeto haya olvidado determinados hechos, ya sea de forma momentánea o definitiva. Respecto a ciertos conocimientos es evidente que la posibilidad de olvido es algo que socialmente se entiende imposible (p.ej. que un padre de familia olvide que su hija tiene menos de doce años). Sin embargo, en otros supuestos tal posibilidad no puede descartarse fácilmente y, en consecuencia, impide afirmar de modo inequívoco que alguien haya contado con ciertos conocimientos en el momento de llevar a cabo una determinada conducta.

El ejemplo expuesto debe inscribirse en este segundo grupo de casos: parece indiscutible que, incluso desde un punto de vista social, la posibilidad de que un viajero haya olvidado sellar el título de transporte es una hipótesis que no puede descartarse de antemano: la imputación no es posible a través de la figura de los *conocimientos mínimos* (es perfectamente imaginable que alguien olvide momentáneamente la obligación de sellar la tarjeta sin por ello padecer transtorno psíquico alguno) y tampoco podrá prosperar a falta de *transmisiones previas o exteriorizaciones* en el relato de hechos probados[1155]. En casos como éste, y si no concurren ulteriores circunstancias objetivas, la posibilidad de olvido debe llevar a negar la imputación, pues la mera condición de viajero habitual no es una base fáctica suficiente para excluir un hipotético olvido circunstancial del deber de sellar el título de transporte.

Freund modifica parcialmente el supuesto anterior y plantea un caso en que quien alega tal olvido es una persona que en el pasado ha sido

[1154] Sobre la posibilidad de olvido y su trascendencia a efectos de imputación del conocimiento, cfr. *supra* XIII. Sobre la discusión española acerca de la relevancia penal de los casos de polizonaje cfr. RIVES SEVA, «La estafa de polizonaje. Estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia», *AP*, (1) 1994, p. 265 ss.

[1155] La *imputación sería posible* en el caso de que, por ejemplo, en el momento de subir al transporte público, o durante el viaje, el sujeto manifestara a un acompañante haber sido consciente de la omisión de su deber de validar la tarjeta. En este sentido no bastaría con un «haber caído en la cuenta» *a posteriori*, sino que la *exteriorización* del sujeto debería referirse al grado de consciencia que tuvo en el momento en que empezó a hacer uso del medio de transporte. Podría apreciarse desde luego una *exteriorización* a través de actos concluyentes en aquellos supuestos en que, por ejemplo, el sujeto hubiera saltado las barreras que impedían la entrada al recinto donde se accede al medio de transporte.

ya descubierta viajando sin haber sellado la tarjeta[1156]. En este supuesto parece evidente que, a falta de otros indicios, sí deberá imputarse al sujeto el conocimiento necesario para el dolo: socialmente se entiende que, cuando a la característica de viajero habitual se añade la condición de persona ya previamente acusada por una misma infracción, la posibilidad de olvido desaparece como hipótesis plausible. También aquí una debida contextualización, cuando sea posible, permite llevar a cabo imputaciones de conocimientos que de otro modo no resultan aceptables: la condición de viajero habitual no excluye la posibilidad de olvido; sí excluye, por contra, dicha posibilidad el hecho de que se trate de un viajero habitual *ya juzgado en el pasado por viajar sin haber sellado la tarjeta*[1157].

Determinar en qué casos se admite socialmente una posibilidad de olvido es algo que en muchos supuestos puede resultar controvertido, por lo que puede parecer inapropiado que tal determinación se haga depender de reglas un tanto rígidas —como las propuestas— y tal vez se antoje como más conveniente que la cuestión la resuelva cada juez con sus propios criterios y la inmediación de que éste goza con respecto a la prueba practicada. Sin embargo, en ejemplos como el anterior, también el juez que puede valorar la prueba con total libertad tiene que plantearse en algún momento si considera o no creíble la alegación de un olvido por parte del viajero: si los aplicadores jurídicos no se encuentra vinculados por reglas firmes resulta perfectamente posible que dos supuestos idénticos desde un prisma objetivo se acaben resolviendo de forma contrapuesta, es decir, que en un caso se afirme el dolo del viajero y que en otro se niegue. Un desarrollo (básicamente jurisprudencial) de reglas para este ámbito garantizaría una resolución igualitaria de supuestos de hecho idénticos y, de forma indirecta, facilitaría puntos de orientación a los ciudadanos. Tales reglas asegurarían igualmente que en la resolución de los casos no interfiriesen datos que no tienen ningún valor para atribuir conocimientos como, por ejemplo, el aspecto o actitud del acusado en el momento del juicio oral.

[1156] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 39-40, quien considera que para esta variante del caso es dudoso que valga la explicación de que ciertos *despistes* «a todo el mundo le pueden pasar *una vez*» (cursiva en el original), añadiendo que, cuando el hecho se repite, parece más sencillo afirmar el dolo. Sin embargo, desde su perspectiva determinados aspectos de la personalidad del autor podrían impedir la atribución incluso en estos casos.

[1157] Esta afirmación no debe ser interpretada como una forma encubierta de Derecho penal de autor: no se condena al sujeto por lo que *es*, sino por el hecho de que determinadas circunstancias objetivas dejan en su caso sin plausibilidad a la excusa del olvido momentáneo. Como afirma FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento*, p. 231 (nota 558), en la atribución de conocimientos no se tiene en cuenta «la actitud pretérita del sujeto hacia el Derecho, sino los conocimientos que efectivamente posee a raíz de las experiencias pasadas».

En relación con esta última idea conviene afirmar que, por supuesto, con miras a una correcta imputación no vienen al caso todas aquellas «determinaciones del dolo» que se asientan en ciertas características personales de un sujeto que, por sí solas, no parecen tener valor alguno para indicar cuándo se entiende socialmente que alguien conoce algo. Tal es el caso, por ejemplo, en que el dolo se fundamenta en el dato de que un sujeto ya ha sido ejecutoriamente condenado en otras ocasiones, o de que se trata de «una persona agresiva o violenta»[1158]. Como tantas otras experiencias vitales, condenas o procesamientos previos pueden servir en ciertos casos para imputar conocimientos —como en el ejemplo del viajero antes expuesto—, pero no, sin más, el hecho de que una persona sea un «delincuente habitual»[1159].

Harto cuestionables son también aquellas imputaciones de conocimientos que se basan en la relación existente entre dos o más personas, partiendo de la idea de que, dado lo estrecho de tal relación (p. ej. de parentesco o convivencia), cualquiera de ellas conoce todos los detalles que tienen que ver con la vida de la otra[1160]. Evidentemente, la existencia de una determinada relación entre dos individuos puede servir para imputar ciertos conocimientos (p. ej. todo padre que convive con su hijo conoce la edad de éste), pero no todo conocimiento sobre *cualquier* as-

[1158] Los dos indicios citados *supra* se emplean en la STS de 18 de abril de 1989 (A 3410, ponente Puerta Luis) para inferir un pretendido ánimo homicida. Crítico con esta forma de proceder, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 428. También crítico con algunas atribuciones jurisprudenciales de conocimientos basadas en circunstancias personales del sujeto, SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, pp. 658-659. Entiende este autor que, en contra de lo afirmado en la STS de 14 de diciembre de 1985 (A 6264, ponente Soto Nieto), del hecho de que un sujeto perteneciera al mundo de las drogas no puede inferirse de forma automática que éste tuviera perfecto conocimiento de la ilicitud de la tenencia de armas de fuego.

[1159] En la STS de 27 de octubre de 1993 (A 7874, ponente De Vega Ruiz) se afirma: «la condición moral y las características personales del acusado, delincuente habitual con un amplio historial delictivo, la diversidad de los golpes, su contundencia reiterada y la situación de quien, entre la droga y la prostitución, hubo de soportar los *golpes violentos* durante toda una noche, hacen muy difícil excluir la existencia al menos de dolo eventual» (cursiva en el original). Sin perjuicio de que los tres últimos indicios empleados en esta resolución sí puedan tener alguna trascendencia para afirmar el dolo, no se ve cómo del hecho de ser «delincuente habitual» pueden inferirse, en una situación concreta, ciertos conocimientos o intenciones.

[1160] Así, en la sentencia de 24 de junio de 1992 (A 5859, ponente Delgado García) se afirma lo siguiente: «sólo hubo respecto de él [el acusado] un delito de receptación, porque se aprovechó para sí del dinero sustraído por su hija, estimando acreditado "el conocimiento de su procedencia, pues no podía pasar desapercibido para el padre el volumen desorbitado de los ingresos de su hija, ni el origen de las cantidades que le fueron entregadas"». Por contra, en la STS de 8 de marzo de 1993 (A 1988, ponente De Vega Ruiz) se afirma que «la convivencia familiar no puede justificar la presunción de conocimiento en cuanto a los actos ideados o ejecutados por el compañero/a».

pecto de la vida de la persona con quien se mantiene tal relación[1161]. También en estos supuestos, la imputación deberá depender de la posibilidad de contextualizar debidamente las características personales del sujeto[1162].

XV.3. LAS DELEGACIONES DEL CONOCIMIENTO

La progresiva complejidad de las relaciones sociales lleva a que, cada vez más a menudo, los sujetos no se ocupen por sí mismos de obtener el conocimiento exacto de todas las circunstancias que concurren en la situación en la que van a llevar a cabo un comportamiento, sino que, de modo más o menos frecuente, deleguen la obtención de tales conocimientos en terceras personas y confíen, en adelante, en lo que éstas les comuniquen. Estas situaciones, que en el ámbito de este trabajo

[1161] Cfr. la STS de 14 de septiembre de 1992 (A 6725, ponente Ruiz Vadillo), en que, con respecto a un caso de alzamiento de bienes, se afirma que no toda esposa, por el mero hecho de serlo, conoce las finalidades (en este caso de defraudación de los acreedores) que llevan a su marido a alterar el régimen económico matrimonial. Por contra, en la STS de 11 de noviembre de 1991 (A 8032, ponente Delgado García), se considera que una esposa sí conoce la intención de su marido de insolventarse en perjuicio de sus acreedores, basando la atribución de tal conocimiento en «el parentesco existente entre ambos con la intimidad que ello supone y que necesariamente tenía que ser de cordialidad y buen trato cuando Máximo accedió a poner el piso a nombre de Emilia, lo que sería inconcebible si en el matrimonio no hubieran existido buenas relaciones». La última imputación debe reputarse desafortunada, pues no es en absoluto inimaginable que uno de los dos cónyuges desconozca totalmente el porqué de determinados negocios y se limite a prestar su consentimiento: la confianza matrimonial no tiene por qué llevar solamente, como entiende el Tribunal, a que los dos cónyuges conozcan siempre el fin último de determinados actos negociales, sino que también otorga plausibilidad a la hipótesis de que, debido a tal confianza, uno de ellos preste por indicación del otro su consentimiento para tales actos sin cerciorarse plenamente de la finalidad de éstos. Tal imputación sólo se hace posible si se completa o contextualiza debidamente la característica formal de cónyuge. En cualquier caso los dos ejemplos son muestra evidente de cómo dejando por entero la «determinación del dolo» en manos de la pura convicción judicial se puede llegar a resultados contradictorios en casos estructuralmente idénticos, sin que, desde el sustrato teórico en que se apoyan tales planteamientos, pueda afirmarse que una de las dos soluciones tenga que reputarse incorrecta: se legitima el contrasentido de que un mismo supuesto tenga a la vez dos soluciones correctas distintas.

[1162] Muy crítico con el valor indiciario que cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a las relaciones familiares o de convivencia, BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 85 ss. Afirma este autor (*ibidem*, pp. 85-87), en referencia a la STS de 11 de noviembre de 1991 (cfr. nota anterior), que «aún partiendo de unas relaciones matrimoniales íntimas y cordiales tanto cabe inferir razonablemente la conclusión sostenida por el Tribunal Supremo (por ejemplo, en el seno de una relación de pareja igualitaria y participativa) como una conclusión diametralmente opuesta y exculpatoria según la cual se produzca una tajante división del trabajo en el interior de ese matrimonio, conforme a la cual por decirlo en términos llanos, los "negocios" sean cosa del marido y la "casa y los hijos" cosa de la esposa».

serán designadas con el término *delegaciones de conocimientos*, son especialmente evidentes cuando la obtención de un determinado conocimiento se encomienda, por parte de un profano, a un experto en ciertas materias.

> *Por ejemplo,*
> *Un empresario ganadero remite a un veterinario pruebas de las reses sacrificadas para su análisis sanitario. El veterinario contesta que la carne se encuentra en perfecto estado, lo que no es cierto. La carne se introduce posteriormente en el mercado y diversas personas resultan intoxicadas al consumirla.*

En este supuesto concurren dos factores objetivos que deben ser tomados en cuenta para una posible imputación de conocimientos. En primer lugar, un *acto de delegación* por parte del empresario ganadero, quien renuncia a conocer por sus propios medios las condiciones sanitarias de la carne y confía a un especialista la obtención de tales conocimientos. En segundo lugar, el veterinario comunica al delegante los resultados de sus averiguaciones, en un acto de comunicación que responde a la estructura de las ya descritas *transmisiones de conocimientos*[1163].

De acuerdo con la anterior estructura pueden darse dos situaciones distintas. La primera de ellas concurre en los supuestos en que el conocimiento que el especialista transmite al delegante concuerda con la realidad: en tal supuesto, y si se cumplen los requisitos para una imputación basada en una *transmisión previa*, deben atribuirse a dicho delegante los conocimientos recibidos[1164]. Éste sería el caso, por ejemplo, en que el veterinario comunicara al empresario ganadero que la carne que pretendía comercializar no era apta para el consumo humano, pese a lo cual este último decidiera distribuirla. En este caso la conduc-

[1163] Cfr. *supra* XIII.

[1164] Muy interesante al respecto la STS de 18 de enero de 1994 (A 30, ponente Martínez-Pereda Rodríguez): se acusa al consejero delegado de una entidad financiera de delito de usura (conducta despenalizada con la entrada en vigor del actual Código Penal), por haber firmado un contrato en que se materializaba un préstamo abusivo con prevalimiento de la angustiosa situación de la víctima. El acusado declara «que no intervino en las operaciones previas a la concesión del préstamo (...) siendo su ratificación posterior un mero acto de representación y no decisión, tratándose, por otra parte, de un acto más de las numerosas operaciones de la entidad», ya que la negociación fue llevada a cabo por un «representante libre» de la financiera. El Tribunal Supremo contesta que, dada «su condición de Consejero Delegado de la entidad financiera», y de «artífice de la operación que no pudo realizarse sin su conocimiento y consentimiento», el acusado era sabedor «por el agente o intermediario» de las circunstancias en que se realizaba el préstamo. El TS deduce también el conocimiento del acusado a partir de su «profesión de economista» y del hecho de que estaba «facultado para toda clase de operaciones relativas al giro y tráfico de la Compañía».

ta creadora de riesgo por parte del empresario debería reputarse consciente de acuerdo con las reglas de la imputación del conocimiento basadas en una *transmisión previa*: simplemente no se entiende posible que un empresario al que se ha comunicado que su carne está en mal estado olvide tal dato en el momento de introducirla en el mercado[1165].

Una segunda situación posible concurre en aquellos casos en que el conocimiento que se transmite al delegante no concuerda con la realidad, es decir, en que se le transmite un conocimiento erróneo[1166]. En tales supuestos no será posible imputar al delegante el conocimiento necesario para el dolo, a no ser que la afirmación sobre tal desconocimiento pueda ser desvirtuada por otras vías, como sería el caso en que se constatase una *exteriorización* o una *transmisión* posterior de los conocimientos correctos. Así, en el ejemplo expuesto no se podría imputar al empresario ganadero el conocimiento de estar vendiendo alimentos en mal estado[1167]. Sin embargo, la plausibilidad de tal desconocimiento podría ser eficazmente descartada si, por ejemplo, algunos minoristas le hubieran expresado sus serias dudas sobre el estado de la carne y, no obstante ello, el empresario no la hubiese retirado del mercado. En este caso se le debería imputar (vía *transmisión de conocimientos*) la consciencia de la peligrosidad del producto comercializado.

Todas estas afirmaciones deben servir para poner en tela de juicio posibles afirmaciones que, sobre todo en el ámbito de la empresa, partieran del principio de que toda persona que se encuentra en lo más alto

[1165] Cfr. el caso resuelto por la STS de 1 de marzo de 1993 (A 1880, ponente Delgado García): el alcalde de un municipio consulta al delegado provincial de Política Territorial de su Comunidad Autónoma en qué condiciones resulta lícita la venta de unos terrenos de su propiedad al propio municipio, condiciones que luego no se cumplen en el momento de llevar a cabo la compraventa.

[1166] Cfr. la STS de 5 de mayo de 1994 (A 9341, ponente Díaz Palos): «los conocimientos de los acusados limitados al aspecto industrial de la confección hizo que delegaran la llevanza de los libros (...) en asesores que se encargaron de asentar en tales libros los asientos pertinentes, si bien lo hicieron de una manera irregular». Sigue el Tribunal afirmando que «se considera a los quebrados como totalmente profanos en la materia contable, incapaces, por tanto, de verificar cualquier tipo de control en lo que hacían los contables». Cfr., también, la STS de 19 de diciembre de 1983 (A 6588, ponente Gómez de Liaño y Cobaleda): «el procesado absuelto actuó en la creencia de que podía fabricar los objetos a causa del asesoramiento que le habían dado varios Ingenieros Industriales, quienes le informaron de que no tenían novedad las patentes y los modelos de los querellantes, por hallarse anticipadamente divulgados y pertenecer al dominio público, y ello implica que se ponga de manifiesto la inexistencia del segundo requisito sobre la culpabilidad que reclama la infracción penal ante el error de uno de sus elementos».

[1167] En este ámbito resulta interesante el supuesto resuelto en la STS de 2 de diciembre de 1993 (A 9231, ponente Cotta Márquez de Prado), relativo al conocimiento de la antijuricidad: los miembros de un consistorio municipal consultaron a especialistas si una determinada forma de contratación administrativa resultaba delictiva, a lo que éstos contestaron —erróneamente— en sentido negativo.

de una pirámide organizativa conoce, precisamente por ocupar tal posición, todo aquello que tiene que ver con el funcionamiento de la estructura que dirige. Estos planteamientos pasan por alto la actual realidad del mundo empresarial, en donde el empresario ya no es una persona que controle personalmente cada pequeño acto que involucre a su compañía, sino que a menudo delega en sus subordinados un elevado número de tareas, variando la entidad y número de tales delegaciones, como es lógico, en función del tamaño de la empresa. Una de estas formas de delegación se da en los casos en que el empresario renuncia a conocer por sí mismo una determinada realidad y delega tal averiguación en un subordinado, quien le comunica *a posteriori* los resultados obtenidos, pero sin que el primero los someta a posteriores verificaciones.

Así, por ejemplo, no es impensable que cuando el director general de una sociedad firma el impreso de liquidación de un determinado impuesto que ha sido preparado por el departamento de fiscalidad, pueda partir de que dicha cantidad está correctamente calculada y no se le podrá imputar un conocimiento correcto por el mero hecho de ser el delegante. La imputación sólo podrá llevarse a cabo si concurren ulteriores datos objetivos como, por ejemplo, que la base imponible resulte tan ínfima con respecto al nivel de actividad de la empresa que no resulte creíble que el empresario no haya sido consciente de su inexactitud, o la acreditación de posibles *transmisiones* o *exteriorizaciones del conocimiento* sobre la incorrección de lo que se firma:

> *Por ejemplo,*
>
> *Una empresa realiza de modo habitual vertidos contaminantes a un río. Cuando da la orden de realización de cada vertido, su director general parte de los datos que le suministran diversos químicos. Si en un caso concreto los químicos comunican (erróneamente) que el potencial contaminante de lo que se va a verter no supera los límites reglamentariamente permitidos no puede imputarse al empresario tal conocimiento. Caso distinto sería si, después del primer vertido, la administración comunicase al director que se han superado los límites permitidos. Los vertidos posteriores de la misma sustancia y en las mismas cantidades deberían ser imputados ahora como realizados conscientemente.*

Situaciones en que también concurre una base objetiva insuficiente para la imputación se dan en aquellos supuestos en que el empresario no sólo delega en sus subordinados la obtención de ciertos conocimientos, sino, yendo incluso más allá, la capacidad de ejecución de determinados actos. La estructura de la delegación de conocimientos no rige en este supuesto, pues no necesariamente tiene por qué darse por parte del subordinado una *transmisión* de información al superior sobre todas las conductas realizadas, ni tampoco es este último quien realiza la conducta

típica. En estos casos suele afirmarse que el empresario conserva ciertos deberes de vigilancia que le sitúan en posición de garante de las actuaciones de sus subordinados[1168]. Sin embargo, la infracción dolosa de tales deberes sólo concurrirá si mediante *transmisiones previas* o *exteriorizaciones* es posible entender que el empresario ha sido conocedor de la conducta de sus subordinados y no la ha impedido, pero no en caso contrario.

Por ejemplo,

El director de una sucursal bancaria inicia una campaña de obtención de inversores a los que promete (de modo engañoso) determinadas contraprestaciones. En el caso de que por parte del banco se haya conferido al citado director plena autonomía para realizar operaciones de captación de clientes, quien realiza la conducta típica dolosa es el delegado y no el director general de la entidad. Éste sólo podría ser condenado si, siendo posible imputarle el conocimiento del comportamiento de su subordinado (vía transmisión o exteriorización), no hiciera nada para impedirla. En estos casos no basta con imputar tal conocimiento partiendo de la mera afirmación de que el empresario es siempre conocedor de todos los actos que se desarrollan en el seno de su empresa: cuando hay delegaciones de capacidad de acción tal regla de imputación pierde su vigencia.

Lo expuesto en este apartado obedece a la idea ya expresada de que la posición social de un sujeto como fuente de imputación de conocimientos no es algo que pueda construirse de manera formal, sino que exige atender siempre al contexto en que se desarrolla la puesta en práctica de tal posición. Por este motivo, son escasos los conocimientos que se pueden imputar a alguien a partir de la mera condición de empresario; una ampliación de las posibilidades de imputación sólo pasa por acreditar que esta posición se ejerce en determinados contextos (p. ej. «empresario que controla todos los actos de la pequeña empresa que dirige», «empresario que ha delegado la ejecución de determinados actos en otras personas», etc.)[1169].

[1168] Sobre la existencia, en determinados supuestos, de tal deber de vigilancia, cfr. la STS de 5 de mayo de 1994 (A 9341, ponente Díaz Palos). Interesantes también en este ámbito las consideraciones de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, vol. I, «Teoría general», Zaragoza, 1985, p. 378 ss; SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, p. 14 ss; FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa», trad. J.M. Paredes Castañón, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 110 ss y PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, p. 138 ss, esp. p. 177 ss, con abundantes referencias bibliográficas.

[1169] Interesantes al respecto los Fundamentos Jurídicos 32.º y 47.º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater), donde incluso en el caso de empresas pequeñas donde todo «transcurría ante los ojos de los acusados», el Tribunal Supremo niega el dolo y sólo afirma la imprudencia, pues tales acusados no se encargaban específicamente de llevar a cabo la actividad que resultó ser peligrosa.

XV.4. EL PROBLEMA DE LA IMPRUDENCIA DIRIGIDA EN SUPUESTOS DE DELEGACIONES DE CONOCIMIENTOS

El fenómeno de la delegación de conocimientos puede dar pie a situaciones en que sea el propio delegante quien, para evitarse complicaciones, prohíba a sus subordinados que, en determinados casos, le suministren algún tipo de conocimientos y quien, con idéntica finalidad, renuncie deliberadamente a ejercer sus facultades de vigilancia, dando pie a unas situaciones que pueden describirse de un modo especialmente plástico con la expresión de que el empresario «prefiere no saber nada» sobre algunas actividades que se desarrollan dentro de su empresa. Resulta muy discutible que estas situaciones —que pueden designarse con el término «*imprudencia dirigida*»— puedan ser equiparadas a los casos de dolo, pues en ellas falta el conocimiento que se considera necesario para la imputación dolosa. Pese a ello, la estructura de ambas situaciones se antoja similar desde el punto de vista de las necesidades de sanción penal[1170]: difícilmente puede afirmarse que quien no conoce porque no quiere conocer fracase en su planificación individual y que no niegue con su desconocimiento deliberado la norma penal que venga al caso. Sin embargo, debe admitirse que con el concepto usual de dolo algunos desconocimientos «buscados» pueden ser una forma idónea para ejercer ciertas actividades sin pechar con las responsabilidades que de éstas puedan derivarse.

En la doctrina alemana suele negarse la posibilidad de equiparación entre dolo e imprudencia dirigida de acuerdo con el § 16 del StGB, según cuyo tenor literal el dolo decae en todos aquellos supuestos en que un sujeto *no conoce* alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal[1171]. Resulta en este sentido indiscutible que en los casos de impru-

[1170] El término «imprudencia dirigida» es empleado por JAKOBS, «Sobre el tratamiento», pp. 138-139, quien suele designar también estos fenómenos con la expresión «ceguera ante los hechos», cfr. EL MISMO, *Derecho penal*, p. 313. Este último término proviene de MEZGER, «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», *Kohlrausch-FS*, Berlín, 1944, p. 184, quien proponía que ciertos casos de «ceguera ante los hechos» recibieran el tratamiento del dolo.

[1171] SCHILD, *JA*, 1991, p. 51, afirma que, pese a que la normativización de la voluntad en el dolo es una opción teórica relativamente extendida, la normativización del conocimiento se suele rechazar porque el texto de la ley (§ 16 StGB) exige expresamente tal conocimiento (cfr. *supra* I.1). Cfr., igualmente, JAKOBS, «El principio de culpabilidad», pp. 377-378, quien afirma en relación al § 16 que «esta regulación del derecho vigente no puede justificarse, porque sin razón alguna trata igual cosas desiguales: por un lado, el desconocimiento de quien no tiene interés alguno en conocer, y por otro, el error de quien

dencia dirigida falta al sujeto el conocimiento que requiere el dolo[1172]. Menos clara parece la respuesta si se atiende al texto del Código Penal español, en cuyo art. 14 simplemente se habla de «error sobre un hecho constitutivo de infracción penal». Así, no parece descabellado afirmar que quien no conoce porque no quiere conocer no se encuentra propiamente en una situación de error[1173]. En cualquier caso, tampoco la equiparación entre dolo e imprudencia dirigida resulta una solución exenta de problemas, pues en este último supuesto debe acreditarse que el empresario ha buscado de forma deliberada su situación de desconocimiento, como única forma de contradecir la previsible alegación de que tal desconocimiento se debe a la imposibilidad de controlar todas y cada una de las actuaciones que se ejecutan en el seno de la estructura empresarial que se dirige.

La problemática simplemente puede ser apuntada, pues su desarrollo exigiría un profundo análisis que va más allá de los objetivos de este trabajo. En cualquier caso, no resulta evidente que la equiparación teórica entre dolo e imprudencia dirigida lleve *per se* a resultados más satisfactorios que un concepto de dolo entendido en términos meramente cognitivos. De hecho, no parece errado afirmar que en la mayor parte de los casos, si el empresario evita que le sean transmitidos determinados conocimientos es porque se representa la posibilidad de que algunas actividades de sus subordinados se salgan de los cauces marcados por la ley[1174]. La atribución del conocimiento de tal posibilidad basta para afirmar el

quiere saber». Ver también LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, pp. 802-803.

[1172] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313: «la ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa: a tenor del § 16.1, inciso 1, StGB, si hay desconocimiento de la realización del tipo se excluye el dolo, sin que importe el motivo del desconocimiento. De este modo, el límite del dolo se determina, al menos en un lugar, rígidamente según hechos psíquicos (conocimiento, desconocimiento), pero no según la valoración de estos hechos».

[1173] Cfr. FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento*, p. 315: «resulta sugerente y útil desde distintas concepciones, la idea de que el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone interés. Quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no se encuentra en error».

[1174] En otro orden de cosas, y a modo de ejemplo, al recluta que abandona el cuartel sin haber leído por indiferencia la lista en que se le asignaba un determinado servicio se le debe atribuir el conocimiento de la posibilidad de dicha asignación y, por tanto, una realización dolosa del delito de abandono de servicio de armas (art. 144 CPM). Cfr. la STS (Sala 5.ª) de 25 de octubre de 1995 (A 7619, ponente Pérez Esteban). En muchos casos la voluntad de no conocer es sólo voluntad de no conocer *más*, pero se parte de un conocimiento inicial suficiente para la imputación dolosa.

dolo en los términos en que éste ha sido definido en este trabajo, aunque es evidente que esta solución no sirve cuando el delegante ha renunciado a conocer en general y no en referencia a una concreta conducta. Una solución de más largo alcance sólo pasaría, *de lege ferenda*, por incriminar las omisiones gravemente negligentes de los deberes de vigilancia en el seno de las actividades empresariales[1175].

[1175] La idea de equiparar el castigo de determinadas imprudencias especialmente graves no se descarta por ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 12, n.º marg. 31, aunque añada este autor que ello «no modificaría en absoluto el generalmente mayor merecimiento de pena de aquél que actúa con dolo eventual».

XVI. LA IMPUTACIÓN DEL CORRECTO «CONOCIMIENTO SITUACIONAL»

XVI.1. CUESTIONES GENERALES

La imputación dolosa requiere que al sujeto que ha realizado una conducta objetivamente típica sea posible atribuirle una plena consciencia de la situación en la que ha actuado, siempre que los elementos que conforman dicha situación tengan relevancia desde el punto de vista del tipo penal. Cuando falte tal conocimiento no podrá afirmarse la plena congruencia entre representación y realidad en que se basa el dolo[1176]. En gran parte de las infracciones penales el conocimiento tiene que referirse a circunstancias objetivas perfectamente acotadas por el propio tipo (p. ej. en el delito de receptación el sujeto debe ser consciente de estar adquiriendo un determinado bien y representarse que éste puede provenir de la comisión previa de un delito). Una situación más compleja se plantea, sin embargo, en los denominados tipos resultativos, en los que el objeto de conocimiento debe ser el riesgo de acaecimiento de un resultado que va implícito a la conducta que se realiza[1177]. Una correcta consciencia de tal riesgo no sólo depende de que el sujeto sepa que la conducta efectuada resulta en abstracto peligrosa, sino de que conozca además diversas circunstancias que conforman la situación en que la está llevando a cabo.

Por ejemplo,

Aunque la conducta «disparar» sea en abstracto apta para causar la muerte de otra persona, no puede afirmarse que siempre que se lleva a cabo tal conducta se esté creando un peligro para una vida ajena: quien practica el tiro al blanco con su fusil en un campo perfectamente vallado no crea por regla general riesgo alguno. Bien distinto es el supuesto en que se dispara conociendo la presencia de otro individuo entre las dianas.

[1176] Excepción hecha, claro está, de los supuestos de tentativa inidónea.

[1177] Argumentos para justificar que en los tipos de resultado el objeto del conocimiento es el riesgo, y no el resultado mismo, en *supra* V.

Para que pueda afirmarse que con una conducta se crea un riesgo efectivo y concreto de producción de un resultado es necesaria la concurrencia de dos factores: en primer lugar, que la conducta resulte apta *bajo determinadas condiciones* para dicha producción (p. ej. disparar es una conducta con la que, dadas determinadas circunstancias, es posible matar; no lo es, por contra, invocar a los dioses para que provoquen una muerte); en segundo lugar, que en el caso concreto concurran las condiciones bajo las cuales la conducta en cuestión adquiere concreta aptitud lesiva (p. ej. la conducta de disparar sólo es apta para causar una muerte si dentro de las posibles trayectorias de la bala se encuentra una persona). Cuando en un supuesto de hecho confluyen una determinada conducta y las condiciones que la hacen apta para originar un resultado, la valoración social entiende que concurre un *riesgo concreto de producción del resultado.*

Trasladados estos requisitos al ámbito del tipo subjetivo, para que pueda afirmarse que alguien ha creado dolosamente un riesgo de producción de un resultado es imprescindible que se cumplan tres requisitos: *en primer lugar*, que el sujeto activo sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado (*correcto conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto*); *en segundo lugar*, que el sujeto sea consciente de que en la situación concreta en la que lleva a cabo tal conducta concurren las circunstancias objetivas que la hacen apta para producir dicho resultado (*correcto «conocimiento situacional»*); *finalmente*, que el sujeto integre los dos anteriores conocimientos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, es decir, que se represente que, si lleva a cabo su conducta bajo las circunstancias dadas, es perfectamente posible que el resultado acaezca[1178].

Por ejemplo,

Para que pueda afirmarse que un sujeto que ha matado a otro de un disparo ha actuado dolosamente debe poder imputarse a dicho sujeto el conocimiento de tres datos: en primer lugar, el conocimiento de que disparar es una conducta apta para matar cuando en las posibles trayectorias de la bala se halla otra persona; en segundo lugar, el conocimiento de que, en la situación concreta en la que efectúa el disparo, se encuentra una persona en las posibles trayectorias de la bala; en tercer lugar, el conocimiento que surge de integrar los dos datos anteriores y que se plasma en un juicio de acuerdo con el cual se advierte que, en caso de disparar, se estará creando un riesgo concreto de alcanzar a alguien y causar su muerte.

[1178] La jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue a menudo entre conocimiento de la peligrosidad en abstracto de una conducta —que sólo da pie a la imprudencia— y conocimiento de la peligrosidad en concreto —en la que se fundamenta el dolo. Cfr., al respecto, las SSTS de 24 de octubre de 1989 (A 7744, ponente García Ancos), de 20 de febrero de 1993 (A 1383, ponente Conde-Pumpido Ferreiro), de 16 de enero de 1995 (A 5, ponente De Vega Ruiz) y de 5 de febrero de 1997 (A 698, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

La imputación del conocimiento del primer dato (aptitud abstracta de la conducta) puede hacerse efectiva, en la gran mayoría de ocasiones, a través de la figura de los *conocimientos mínimos* (p. ej. cualquier sujeto imputable y normalmente socializado sabe que disparar es, en según qué condiciones, una conducta apta para matar), o tomando como base determinadas características personales del sujeto (p. ej. un empresario aceitero sabe que la ingestión de anilina es una conducta apta para causar ciertos trastornos en el organismo humano). Por contra, la cuestión que debe analizarse seguidamente es la que hace referencia a las reglas a través de las cuales es posible atribuir a un sujeto el conocimiento de que, en su situación, concurren las circunstancias que convierten a su conducta en apta para producir un determinado resultado, es decir, *la imputación del aquí denominado correcto «conocimiento situacional»*. Los criterios para la imputación del tercer factor necesario para el dolo en los tipos de resultado —el juicio de concreta aptitud lesiva— serán expuestos en el siguiente Capítulo.

Evidentemente, lo que se diga en este apartado también debe servir para aquellos tipos que no exigen resultado alguno, sino, simplemente, que el sujeto realice una determinada actividad con conocimiento de algunas circunstancias de la situación en que la lleva a cabo. En estos supuestos también resultan válidos los criterios que aquí se aportan para la atribución al sujeto activo de un correcto «*conocimiento situacional*».

XVI.2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL «CONOCIMIENTO SITUACIONAL»

Como se ha dicho, la cuestión a analizar en este apartado son los criterios que deben emplearse para imputar a un sujeto el correcto conocimiento de las circunstancias que conforman la situación en la que lleva a cabo un determinado comportamiento. En algunos casos tal conocimiento puede ser imputado recurriendo a criterios ya conocidos: las *transmisiones* y *exteriorizaciones del conocimiento.*

Por ejemplo,

El sujeto que dispara sabe que posiblemente se encuentra alguien en la trayectoria de la bala porque fue advertido por un tercero antes de disparar (transmisión previa de conocimientos), *o porque antes de apretar el gatillo él mismo demostró con sus palabras que era conocedor de la presencia de hipotéticas víctimas* (exteriorización previa)[1179].

[1179] Cfr., en este sentido, la STS de 18 de noviembre de 1994 (A 9209, ponente Conde-Pumpido Ferreiro) en la que se afirma que «hacer un disparo expresa y voluntariamente dirigido al lugar donde se encontraban personas y habiendo dicho momentos antes "iros

En otros casos la base para la imputación de un «*conocimiento situacional*» correcto puede venir dada por ciertas características personales del sujeto. Así, por ejemplo, a todo conductor se le debe atribuir el conocimiento de que tras una curva o un cambio de rasante sin visibilidad puede aparecer otro automóvil o, a quien envía un paquete-bomba, la consciencia de que éste pasará por las manos de cierto número de empleados de correos. En muchos de estos casos el recurso a las características personales del acusado proporciona criterios suficientes para la imputación del conocimiento de la situación en que se actúa. Sin embargo, pueden presentarse otros supuestos en que no se cuente con una base fáctica que permita imputar tal conocimiento a través de una *transmisión previa*, de una *exteriorización* o de características personales. La posibilidad de imputación de un correcto «*conocimiento situacional*» cuando no pueda recurrirse a los criterios ya expuestos es la principal cuestión que debe analizarse en este apartado.

Cuando se trata el tema del «*conocimiento situacional*» no es necesario entrar a analizar la cuestión relativa a si el sujeto ha sido consciente de sus propios actos en el momento de efectuar el comportamiento típico. El análisis del tipo subjetivo siempre se lleva a cabo con posterioridad al de la acción y, dado que según opinión generalizada, sólo son acciones relevantes desde un punto de vista jurídico-penal aquéllas que se realizan conscientemente, en el ámbito de la imputación de conocimientos se parte siempre de la base de que el sujeto ha obrado con consciencia de sus propios actos, entendido aquí el término «actos» en el sentido de «movimientos corporales»[1180]. Dicha autoconsciencia se atribuirá incluso con anterioridad a los *conocimientos mínimos*: si el sujeto no hubiera actuado con ella (p. ej. por sonambulismo o hipnosis) ya no se habría llegado al nivel de análisis del tipo subjetivo, por ser su acción jurídico-penalmente irrelevante. Más allá de la propia consciencia de su conducta, en el presente apartado se trata de determinar cuándo se puede imputar a un sujeto el conocimiento de los factores objetivos que configuran la situación en que ha actuado.

Por ejemplo,

El único hecho probado radica en que el acusado disparó con un arma de fuego contra unos arbustos, sin que quedase claro si al apretar el gatillo sabía que detrás de ellos se encontraba la persona a quien hirió

de aquí que os pego un tiro", revela, benévolamente considerando, un dolo eventual de alcanzar y, al menos, lesionar a quienes se ocultaban tras el seto al que se dispara». En este caso la imputación del «*conocimiento situacional*» (presencia de personas en una posible trayectoria del disparo) se lleva a cabo a partir de una *exteriorización previa* del conocimiento por parte del autor.

[1180] Cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 192-193, en España, y CRAMER, *S/S*, previo al § 13, n.º marg. 39, en Alemania.

mortalmente. El acusado declara simplemente no haber tenido la más remota idea de que detrás de dichos arbustos se encontraba una persona.

El punto clave para dar un tratamiento adecuado a la cuestión que aquí se plantea pasa por establecer cómo adquiere conocimiento cualquier individuo de los elementos objetivos que configuran la realidad que le rodea. Tal adquisición (a falta de *transmisiones de conocimiento* por parte de otros sujetos, o fuera de los casos en que determinados conocimientos forman parte de la propia experiencia) se materializa a través de la *percepción sensorial*: antes de disparar, el sujeto puede adquirir el conocimiento de que en la posible trayectoria de la bala se encuentra otra persona si la ve con sus propios ojos en tal momento o, aunque no la esté viendo directamente, si la oye hablar[1181]. Como es evidente, rigen también en este ámbito las valoraciones sociales sobre en qué situaciones se considera incuestionable que alguien ha aprehendido sensorialmente algo, y no la constatación de dicha aprehensión como fenómeno psico-físico efectivamente acaecido.

Para poder imputar a un individuo el conocimiento de la ubicación de un objeto es necesario, como presupuesto objetivo, que pueda acreditarse que tal objeto se encuentra en una situación tal que su presencia *por fuerza* ha tenido que haber sido captada sensorialmente por dicho individuo. En este ámbito se trabaja con reglas de imputación del tipo «si el sujeto estaba situado en una posición P con respecto al objeto O, ha conocido necesariamente la ubicación espacial de O». La corrección de dichas reglas exige que la relación existente entre la posición del sujeto y la del objeto sea tal que, desde un punto de vista social, simplemente no resulte creíble que la presencia de dicho objeto no haya sido percibida por el sujeto[1182]. Cuando no pueda descartarse una eventual inadvertencia, la posibilidad de imputación decae.

Por ejemplo,

Debe imputarse al autor de unos disparos el conocimiento de que en la trayectoria de éstos se encontraba otra persona cuando, por ejemplo, dicha persona se hubiera situado ante el autor sin que entre ellos se in-

[1181] Cfr. la STS de 16 de julio de 1990 (A 6725, ponente Díaz Palos): «si en los hechos probados se afirma que tan pronto como oyó el recurrente la voz de ¡Alto Policía!, giró su arma hacia el lado izquierdo del que provenía dicha voz y simultáneamente realizó el disparo en tal dirección, es claro que desde ese momento conocía la cualidad personal de que estaba revestido el policía que así le intimaba para entregarse».

[1182] Un ejemplo en este sentido puede encontrarse en la STS de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater), en la que se sostiene que un sujeto que ha tenido un arma en su poder, cargándola además con proyectiles adecuados, «seguramente ha visto con sus ojos que el número estaba borrado y, por lo tanto, ha tenido conciencia de detentar un arma carente de número» (en referencia a la exigencia del tipo del art. 255.1 CP73).

terpusiera obstáculo alguno que pudiera haber impedido la visibilidad y con una iluminación suficiente. Hace falta además acreditar que el autor dirigió su mirada en la dirección en que se encontraba la futura víctima. Por contra, no será posible tal imputación cuando, dado el caso, entre autor y víctima se interponga un objeto que imposibilite al primero la captación visual de la segunda, o cuando las condiciones de visibilidad impidan una mínima captación visual. En estos supuestos deberán intentarse otras vías de imputación y, si con éstas no se obtienen conclusiones incontrovertidas, la imputación no podrá llevarse a cabo.

Las anteriores exigencias pueden variar cuando la presencia del objeto pueda ser percibida por sentidos distintos a la vista (p. ej. se oye a una persona gritar, aunque no se la ve). En este caso, procederá la imputación cuando, dada la ubicación del sujeto, éste necesariamente haya advertido el lugar en que se encontraba el objeto.

Las anteriores afirmaciones deben someterse, sin embargo, a algunas precisiones. En primer lugar, es evidente que las reglas de imputación que pueden ser empleadas en este ámbito parten de que el sujeto de la imputación es un individuo cuyas capacidades sensoriales funcionan correctamente. Dichas reglas pueden no valer en los supuestos en que entre el *factum* objetivo de la sentencia conste que el acusado padece determinados transtornos en su percepción sensorial, de tal modo que ya no pueda afirmarse de forma inequívoca que no ha podido pasar por alto la ubicación espacial de un determinado objeto[1183]:

Por ejemplo,

Una persona que padece sordera total practica el tiro al blanco contra una diana situada delante de unos espesos arbustos. De detrás de los arbustos, y sin que se llegue a ver a nadie, se oyen gritos pidiéndole que no dispare. Dada la sordera del sujeto, en este caso no podrá serle imputado el conocimiento de que se encontraba alguien tras la diana, a no ser que consten transmisiones previas o exteriorizaciones. La imposibilidad de imputación lleva a negar su correcto «conocimiento situacional» y, por tanto, el dolo de lesiones si a consecuencia del disparo se hiere a alguien.

Una situación parecida a la anterior se da en aquellos supuestos en que son los factores ambientales los que permiten poner en duda que el sujeto necesariamente haya aprehendido sensorialmente los factores objetivos que integraban la situación en la que actuó:

[1183] Cfr., al respecto, FREUND, *Normative Probleme*, p. 32 y SCHEWE, «"Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit», *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 695. En este sentido, en la STS de 12 de julio de 1990 (A 6363, ponente Vivas Marzal) se afirma: «lo cierto es que, en el momento de la acción, hallándose presente, y en actitud cooperante, el acusado Francisco Javier S.H., tuvo que conocer, necesariamente, que uno de sus correos, para la mejor ejecución del hecho punible, estaba exhibiendo, con fines intimidatorios, una navaja, *circunstancia que sólo pudo ignorar siendo invidente o disminuido psíquico en grado agudo*» (cursiva añadida).

Por ejemplo,

El acusado disparó en dirección a unos arbustos en los que se encontraba otra persona a la que alcanzó mortalmente. Dado lo avanzado de la hora en que sucedieron los hechos, la oscuridad prácticamente total en que se encontraba el bosque y la considerable distancia desde la que se disparó no es posible afirmar con certeza que el sujeto necesariamente advirtiera que entre los arbustos se encontraba otra persona[1184].

En supuestos como el anterior resulta evidente que será necesaria una relación de proximidad entre sujeto y objeto más intensa que en los casos normales para poder seguir considerando que, inequívocamente, el primero ha captado la ubicación del segundo, lo que deberá traducirse en unas mayores exigencias con miras a la posible imputación del conocimiento. Sin embargo, la imputación puede mantenerse en todos aquellos supuestos en que, pese a que ya no sea posible afirmar que el sujeto cuenta con una percepción sensorial actual de la situación en que se encuentra un determinado objeto, el escaso tiempo transcurrido entre la percepción previa y la realización del hecho típico indica que la ubicación espacial de dicho objeto no ha podido variar sustancialmente, de tal modo que el sujeto ha tenido por fuerza que contar con que el objeto previamente conocido no haya modificado en lo esencial su posición.

Por ejemplo,

Alguien que se dispone a disparar hacia unos arbustos oye voces tras de éstos y, pocos segundos después, dispara. Aunque en el momento del disparo ya no se oye nada, la proximidad temporal existente entre la percepción sensorial anterior permite mantener la imputación del conocimiento de que tras los arbustos podía encontrarse otra persona. La misma idea sirve para imputar tal conocimiento a quien, por ejemplo, dispara con la luz apagada hacia el lugar donde, pocos segundos antes y con la luz encendida, ha podido ver a otra persona.

Las muy diversas situaciones en que puede plantearse el problema de la imputación de un correcto «*conocimiento situacional*» hacen difícil una descripción más precisa de todas las posibles variantes. En cualquier caso, debe haber quedado expuesto el criterio fundamental a la luz del cual deberá juzgarse la corrección de los diversos juicios de imputación

[1184] Interesante a este respecto la STS de 27 de junio de 1995 (A 4583, ponente Bacigalupo Zapater): si un sujeto dispara en una determinada dirección, rebotando el proyectil y alcanzando a una persona que se encuentra totalmente fuera de la trayectoria previsible de la bala, no puede afirmarse un «*conocimiento situacional*» correcto ni, por tanto, dolo de matar o lesionar. En contra de esta idea la sentencia citada, en la que se afirma el dolo de lesionar y se niega el de matar de acuerdo con la idea de que «el peligro de rebote es adecuado a la experiencia». Sin embargo, si el sujeto hubiera conocido el peligro de rebote debería haber sido consciente de que su conducta era también apta para matar, del mismo modo que lo era para lesionar.

imaginables: *la ubicación espacial de sujeto y objeto del conocimiento debe ser tal que no resulte pensable que el primero no haya advertido la ubicación del segundo.*

XVI.3. IMPUTACIÓN DEL «CONOCIMIENTO SITUACIONAL REFLEXIVO»

En el anterior apartado se han aportado criterios para atribuir a un sujeto la consciencia de la ubicación espacial de determinados objetos. En tales supuestos procede imputar cuando la ubicación del objeto sea tal que su presencia por fuerza deba haber sido captada sensorialmente por el destinatario de la imputación. Sin embargo, y junto con estos casos, existen otros en que para afirmar el dolo no basta con que un sujeto perciba por sus sentidos la ubicación de un objeto, sino que es necesario que conozca determinadas características de tal objeto a partir de un acto intelectual que va más allá de la mera percepción sensorial, pues el conocimiento de tales características requiere una cierta reflexión o valoración de datos previamente aprehendidos a través de los sentidos [1185].

> *Por ejemplo,*
> *El acusado vendió cierta cantidad de droga a un sujeto de diecisiete años de edad. Ante la posible aplicación del subtipo agravado del art. 369.1º CP (facilitación de drogas tóxicas a menores de edad), debe establecerse si dicho acusado se representó que su comprador era menor de dieciocho años* [1186].

A falta de *exteriorizaciones, transmisiones de conocimientos* o de un estrecho vínculo entre los dos sujetos que permita atribuir al acusado el conocimiento de la menor edad del comprador, la posible atribución de los conocimientos requeridos por el subtipo agravado debe analizarse en el ámbito del «*conocimiento situacional*». En este sentido, no basta con que el sujeto activo sea consciente de estar vendiendo droga a otra persona, sino que es necesario que, a partir de determinadas características externas del comprador, llegue a la conclusión de que éste es (o puede

[1185] Desde luego no se pierde de vista que todo conocimiento exige cierta valoración o reflexión (p. ej. quien oye una voz tras unos arbustos debe realizar un acto de valoración para deducir que, si se ha oído tal voz, es porque tras los arbustos se encuentra una persona). Sin embargo, y partiendo de esta idea, es posible diferenciar entre dos situaciones: unas en que la valoración va prácticamente implícita a la percepción sensorial y otras en que es necesario un acto intelectual más detenido por parte del sujeto. Desde el punto de la psicología esta división puede parecer arbitraria; pero tiene indudable arraigo en el esquema social de interpretación.

[1186] Un supuesto como éste se resuelve en la STS de 15 de noviembre de 1997 (A 7862, ponente García Ancos).

ser) menor de edad. La idea de la captación sensorial no resulta suficiente en estos casos, pues la edad de una persona no es un dato que pueda captarse de forma inmediata por los sentidos, sino que exige una cierta reflexión. En estos supuestos es necesario, en primer lugar, que el sujeto haya captado sensorialmente determinadas características objetivas del citado comprador y, en segundo lugar, que el conocimiento de tales datos hayan llevado al sujeto activo a juzgar correctamente su edad. La imputación del primer tipo de conocimiento se reconduce a los criterios ya expuestos para la cuestión del «*conocimiento situacional*».

La problemática que debe abordarse en este ámbito es la que hace referencia al segundo momento, es decir, a las dudas que pueden surgir acerca de si, aparte de haber captado sensorialmente ciertos datos objetivos, el sujeto se ha valido de ellos para realizar correctamente determinadas valoraciones o reflexiones. Cuando se acude al inequívoco sentido social como criterio clave en esta materia, las posibles imputaciones de conocimiento deben respetar una exigencia evidente: *es necesario que, a la luz del conocimiento (previamente imputado) de determinados datos objetivos, desde un punto de vista social no se entienda posible que el sujeto haya dejado de realizar una determinada valoración o reflexión.*

En este sentido, no resulta imaginable, por ejemplo, que quien ha vendido droga a un comprador de doce años de edad haya dejado de representarse la posibilidad de que éste tuviera menos de dieciocho años. Esta hipótesis sólo podría aceptarse en aquellos supuestos en que la apariencia de dicho comprador hubiese sido tal que, desde una perspectiva social, se entendiera posible haberle considerado (erróneamente) mayor de edad [1187].

La idea del «conocimiento reflexivo» tiene un gran interés en todo aquello que respecta a una modalidad delictiva en que la problemática de la «determinación del dolo» presenta una especial importancia práctica: *el delito de receptación y las conductas afines a éste* (art. 298 ss CP),

[1187] Lo que no siempre tiene por qué admitirse aunque el comprador esté cerca de los dieciocho años, como parece entender el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 1997 (A 7862, ponente García Ancos) cuando afirma que «es imposible aceptar que el encausado pudiera prever de modo ni siquiera aproximado que la venta (mínima venta) de la droga la estaba realizando a un menor de edad, dado que éste tenía prácticamente 17 años». Cfr. en este ámbito las consideraciones de ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 28, acerca del conocimiento de la edad de la víctima en los delitos sexuales. Cfr. también sobre este tema DE VICENTE REMENSAL, «Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial», *PJ*, 8 (1987), p. 77: «la percepción, al menos probable, de la edad, es aprehensible muchas veces a simple vista, y sobre todo cuando se trata de sujetos que rondan los doce años, salvo, claro está, en los casos en que un precoz y excesivo desarrollo físico origine una gran desproporción entre la edad real y la aparente». Sobre el conocimiento de la condición de oligofrénica de la víctima de un delito de abusos deshonestos, cfr. la STS de 30 de octubre de 1980 (A 3654, ponente Huerta y Álvarez de Lara).

unos tipos delictivos cuya efectiva aplicación requiere que el sujeto activo haya sido consciente de que determinados bienes guardan relación con la comisión previa de ciertos delitos en los que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice [1188]. En estos supuestos no basta con que el sujeto sea consciente de que adquiere un determinado objeto, sino que a partir de ciertas características de éste le debe poder ser imputado el conocimiento de su origen delictivo. El principal indicio en que suele basarse la jurisprudencia para afirmar en estos casos el conocimiento es el bajo precio («precio vil») pagado por el producto, lo que puede plasmarse en una regla de acuerdo con la cual «cualquier persona que compra objetos a muy bajo precio se representa por lo menos la posibilidad de que éstos provengan de la previa comisión de un hecho delictivo» [1189]. Sin embargo, si esta regla no se complementa adecuadamente resulta aplicable únicamente a aquellos (escasos) supuestos en que el precio pagado sea tan ridículo que resulte inimaginable que cualquier comprador no se haya planteado por lo menos la posibilidad de que el objeto proviniera de un hecho delictivo [1190]. En los restantes supuestos no puede des-

[1188] Sobre el dolo en el delito de receptación, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 36. Sobre los datos en que suele basarse la jurisprudencia española para afirmar que el autor de un delito de receptación o blanqueo de dinero es conocedor de que los bienes que adquiere provienen de una comisión delictiva previa, ver PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994, pp. 237-238. Una perspectiva de la problemática en Alemania, en ARZT/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 4, Bielefeld, 1980, p. 123. Según estos últimos autores, los indicios más habituales para afirmar el dolo son el irrisorio precio de la cosa y la anómala relación entre el vendedor y los productos que éste ofrece (p. ej. un vagabundo que vende cámaras fotográficas). Sobre los problemas que planteaba la antigua regulación alemana, en la que bastaba con que, de acuerdo con las circunstancias, el autor hubiera «debido suponer» que los bienes procedían de la comisión previa de un delito, cfr. BOCKELMANN, «Der Nachweis des Hehlervorsatzes», *NJW*, 1954, p. 1745 ss. Cfr., igualmente, VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986, p. 141 ss, haciendo referencia al Derecho suizo.

[1189] Sobre el indicio del «precio vil» en la prueba del dolo de los delitos de receptación, cfr. MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 151. Especialmente interesante la STS de 13 de diciembre de 1990 (A 9482, ponente De Vega Ruiz): «la experiencia enseña que quien vende fuera de situaciones habituales objetos por precios reconocidamente inferiores a los normales, afirma, casi de una manera concluyente, que tiene razones no confesables para renunciar a lo que sería el precio justo». Cfr., igualmente, entre otras muchas, las SSTS de 7 de noviembre de 1997 (A 7844, ponente Granados Pérez), 3 de diciembre de 1997 (A 8863, ponente Martín Canivell) y 12 de diciembre de 1997 (A 8793, ponente Granados Pérez). Sobre otros indicios de los que se vale la jurisprudencia en estos casos cfr. CARMONA SALGADO, «La receptación», en MARTÍN PALLÍN (dir.), *Delitos contra la propiedad: aspectos problemáticos*, Madrid, 1995, p. 259 ss.

[1190] En este sentido, cfr. la STS de 30 de marzo de 1990 (A 2661, ponente Bacigalupo Zapater), en la que se infiere el conocimiento de que el objeto adquirido podía provenir de la previa comisión de un hecho delictivo a partir de la enorme desproporción entre el valor del objeto y el precio pagado.

cartarse la hipótesis de que el comprador haya considerado especialmente ventajosa la cantidad exigida, pero sin haber reparado en el posible origen del bien [1191].

En cualquier caso, el conocimiento debe atribuirse por principio en aquellos supuestos en que el objeto que se adquiere revista unas características que socialmente se asocien incontrovertidamente a un origen delictivo [1192]. También puede resultar determinante desde el punto de vista social el hecho de que el objeto de la compraventa sea uno de los habituales objetivos de la delincuencia patrimonial, o el dato de que haya sido adquirido en lugares poco habituales para la venta de determinados productos [1193]. A menudo, sólo podrán obtenerse criterios de imputación con incontrovertida vigencia social si al dato del precio se añaden circunstancias como las citadas. En cualquier caso, también en este ámbito resulta necesario que se desarrollen por la jurisprudencia reglas que permitan determinar de forma regular qué factores objetivos deben concurrir para que se considere inequívoco que un sujeto se ha representado por lo menos la posibilidad de que el objeto que adquiere procede de la previa comisión de un hecho delictivo. La frecuente concurrencia de datos objetivos bastante similares debe permitir que tal tarea pueda llevarse a cabo sin demasiadas dificultades.

Finalmente, conviene hacer mención expresa de los casos en que la imputación de un correcto «*conocimiento situacional reflexivo*» requiere la concurrencia de dos requisitos: percepción sensorial de determinadas circunstancias y ciertas características personales del sujeto de la imputación. En estos supuestos se parte de la idea de que sólo determinadas personas que reúnen suficiente cualificación sobre algunas materias son capaces de valorar de forma correcta ciertos conocimientos percibidos. O,

[1191] Cfr. la interesante STS de 18 de noviembre de 1993 (A 8640, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se distinguen los supuestos en que un objeto se vende a un «precio vil» («indicio gravemente incriminatorio y capaz de hacer aflorar el delito de receptación» caracterizado por la «situación de vileza, mezquindad o despreciable valoración económica de la cosa vendida») de los casos en que simplemente se vende a un «buen precio», en que este dato no tiene prácticamente ningún valor para atribuir a un sujeto el conocimiento del origen del objeto adquirido. Una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la «determinación del dolo» en los delitos de receptación en BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, pp. 78-79.

[1192] Así la STS de 7 de junio de 1997 (A 4875, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se atribuye a un sujeto el conocimiento del origen delictivo de los diecisiete radiocasetes que poseía a partir del hecho de que todos ellos tuvieran los cables arrancados.

[1193] El sentido social del hecho no es desde luego el mismo cuando el objeto de la compraventa es, por ejemplo, una radio de automóvil que cuando se trate, dado el caso, de un libro usado y dicho sentido también cambia dependiendo de que el lugar de adquisición sea un comercio dedicado a la venta de objetos como el adquirido o, por contra, la compra se materialice en plena calle.

dicho a la inversa, que sólo en los sujetos que no cuentan con dicha cualificación se acepta la posibilidad de desconocimiento.

Por ejemplo,

Quien abate ejemplares de una especie cuya caza no está autorizada expresamente realiza la conducta prevista en el art. 335 CP. La realización dolosa de este tipo requiere que el cazador conozca que el espécimen contra el que dispara forma parte de tales especies. Tal conocimiento es muy dudoso en el caso en que quien realiza los disparos sea un cazador con escasa experiencia, pero puede imputarse cuando se trate de un cazador muy experimentado y conocedor de las especies que habitan en una determinada zona y de sus características[1194].

Con respecto al delito de receptación, ciertas características personales del sujeto pueden permitir imputarle el conocimiento del origen delictivo de determinados objetos, una imputación que no sería posible en otros casos. Así, por ejemplo, en el supuesto en que alguien compra un reloj robado a bajo precio, el sentido social del hecho cambia notablemente en función de si el comprador es un especialista en relojes o un absoluto profano en la materia[1195]. También en este ámbito la adición de ciertas características personales del sujeto al indicio del «precio vil» debe permitir obtener criterios de atribución del conocimiento con inequívoca vigencia social.

[1194] Cfr. la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de noviembre de 1997 (*AP-Audiencias,* 2 (1998), ponente Araujo García). Un cazador abate un mirlo común, especie cuya caza no está autorizada. El tribunal acredita el dolo a partir del dato de que el acusado era un cazador con más de treinta y cinco años de experiencia. La alegación de que confundió el mirlo con una malviz no prospera, por no ser éstas «dos especies confundibles y menos para un cazador experto, al distinguirse por el color, por el vuelo y por el canto».

[1195] Interesante a este respecto la argumentación de la STS de 9 de junio de 1992 (A 4893, ponente Barbero Santos): «es evidente que una persona que desde hace más de un cuarto de siglo se dedica a la compraventa de libros antiguos, que quien se los vende —en 20, 30 ó 40 veces— se niega a identificarse —ni le firma un recibo haciendo constar que son de su propiedad—, que lo adquirido fue, al menos, diez obras de los siglos XV al XIX, y un conjunto de 4.073 láminas del siglo XVIII y 1.714 y 1.984 grabados en color blanco y negro, también del siglo XVIII, valorado en 56 millones de pesetas, y por lo que abonó de 800.000 a un millón de pesetas, que tenían el sello del Museo de Ciencia que hace desaparecer para evitar su identificación, conoce plenamente que tales obras tienen una procedencia ilícita». También resulta interesante la STS de 17 de febrero de 1992 (A 1192, ponente Puerta Luis), en la que se recurre como base indiciaria para afirmar el dolo de receptación al hecho de que el acusado fuera un «economista» y estuviera «introducido en el mundo de los anticuarios».

XVII. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS PREVIAMENTE IMPUTADOS EN UN JUICIO DE CONCRETA APTITUD LESIVA: DETERMINACIÓN DEL DOLO DEL RESULTADO

XVII.1. PLANTEAMIENTO

Los diversos criterios desarrollados en los Capítulos anteriores permiten resolver no pocos de los supuestos que pueden presentarse en la práctica. Cuando en tales supuestos concurran los datos objetivos que hacen posible aplicar alguna de las reglas de imputación del conocimiento que responden a las estructuras ya expuestas, podrá afirmarse el dolo del sujeto con respecto a aquellas circunstancias del tipo cuyo conocimiento venga atribuido por dichas reglas. La suficiencia de estas últimas parece especialmente evidente cuando se trata de determinar la concurrencia de dolo respecto de tipos penales en que las circunstancias que deben ser abarcadas por el conocimiento del sujeto tienen una existencia efectiva anterior o simultánea al momento de realización del hecho típico.

Por ejemplo,

Para el dolo del delito de hurto (art. 234 CP) basta con que el sujeto sepa que la cosa de la que se apropia es una cosa mueble ajena y, además, que dicha apropiación se lleva a cabo sin la voluntad del propietario. Para afirmar el dolo del empleado de un supermercado que se lleva a su casa una parte de la mercancía basta con recurrir a las reglas de imputación según las cuales, todo empleado sabe que las mercancías del supermercado no le pertenecen y sabe también que su propietario no permite que nadie se apropie de tales objetos sin su autorización.

Por otra parte, y como se ha expuesto ya en el Capítulo anterior, en determinados tipos penales —los tipos de resultado— no basta con que el sujeto conozca aisladamente determinadas circunstancias, sino que es

necesario que estos conocimientos singulares se integren en un juicio que atribuya a una conducta, en la concreta situación en que ésta se lleva a cabo, la aptitud de producir el resultado requerido por el tipo. Son éstos tipos penales en que una circunstancia —el resultado— aún no existe en el momento en que el sujeto actúa, por lo que lo más que puede exigirse respecto a él es un juicio de previsión. Dicho juicio debe formarse a partir de la integración del conocimiento de dos factores: en primer lugar, la consciencia de que, en general, la conducta que se realiza supone, bajo determinadas circunstancias, la creación de un riesgo apto para producir un específico resultado; en segundo lugar, un «*conocimiento situacional*» correcto, es decir, la consciencia de que concurren en el caso concreto las circunstancias objetivas que hacen que el comportamiento resulte apto para causar el resultado típico[1196]. Sólo si son imputables al sujeto ambos conocimientos, y sólo si se le puede imputar también la integración de éstos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, puede afirmarse la concurrencia del grado de previsión necesario para afirmar la existencia de dolo con respecto al resultado.

Por ejemplo,

Para afirmar el dolo de homicidio no basta con que el sujeto conozca, por una parte, que un disparo con arma de fuego es en general un medio apto para causar la muerte y, por otra, que delante de él se halla una persona. Además del conocimiento de estos dos factores aislados, en el caso concreto ambos datos deben integrarse en un juicio de acuerdo con el cual, el sujeto advierte que, si efectúa un disparo en la dirección en que se encuentra la otra persona, estará realizando una conducta apta para provocar su muerte.

Cuando consiga acreditarse que, pese a haber conocido aisladamente los factores de riesgo, el sujeto no los ha integrado en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, faltará el conocimiento necesario para que pueda afirmarse que ha existido dolo con respecto a la causación del resultado de muerte y, como mucho, concurrirá una realización imprudente[1197]. Di-

[1196] Cfr. en este sentido OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., Berlín, Nueva York, 1996, p. 68 y, en general, *supra* V.2, V.4 y XVI.1. FREUND, *Normative Probleme*, p. 33, afirma que «aunque el autor "conociera" en el momento del hecho la peligrosidad general para la vida de su conducta, no puede establecerse todavía que *in concreto* también realizara tal valoración, pues pudo haberse representado circunstancias que hicieran posible una valoración incorrecta». Cfr. también KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991, p. 541, donde se afirma que para la consciencia del hecho no basta con el conocimiento de un peligro en abstracto: además hace falta que en el momento de actuar el autor cuente seriamente con una inminente lesión del bien jurídico.

[1197] Así, la sentencia del BGH de 31 de mayo de 1994 (*NStZ*, 1994, p. 484), donde se afirma que «en el caso concreto es imaginable que quien conoce todas las circunstancias que convierten su acción en un comportamiento peligroso para la vida, no sea sin embargo consciente —a consecuencia por ejemplo de una merma psíquica— de que su conducta puede conducir a la muerte de la víctima». Este razonamiento debe tenerse por correcto, aunque la apelación ejemplificativa a la concurrencia de una «merma psíquica» resulte harto discutible (cfr. *supra* X.2.C.2 e *infra* XVII.2.B).

cha acreditación, como es evidente, no puede pasar por intentar averiguar si el juicio de aptitud lesiva efectivamente se ha materializado en lo intrincado de la psique del sujeto, sino por ver si, acreditados determinados datos objetivos, procede imputar a dicho sujeto la realización del juicio requerido.

En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se ha expuesto que la consciencia de algunos riesgos forma parte de aquel conjunto de conocimientos que, desde el punto de vista social, se entiende que concurre en cualquier sujeto imputable[1198]. Del mismo modo, al hacer referencia a la imputación de conocimientos en virtud de las características personales del sujeto, se ha añadido que el conocimiento de la peligrosidad de determinadas conductas puede formar parte de los conocimientos propios de un individuo de acuerdo, por ejemplo, con la profesión que éste ejerce[1199]. Dichas formas de imputación, sin embargo, sólo permiten atribuir al sujeto el conocimiento *en abstracto* de los riesgos que se asocian a determinadas actividades; por contra, de lo que se trata en este Capítulo es de analizar si dicho sujeto ha constatado la concurrencia de tales riesgos *en la situación concreta* en la que ha llevado a cabo su actuación. El conocimiento en abstracto de la peligrosidad de una conducta no concretado en un juicio sobre la situación en que se actúa no sirve para fundamentar el dolo del resultado, sino sólo la imprudencia[1200].

Por ejemplo,

Se puede imputar a todos los conductores el conocimiento de que realizar un adelantamiento en carretera a pocos metros de un cambio de rasante es una conducta que puede generar un riesgo para la vida de otras personas (los pasajeros del propio coche y los del vehículo que, sin haber sido visto, puede acercarse en sentido contrario). Sin embargo, si finalmente se produce una colisión con muertes no parece descabellado pensar que el conductor pudo no haberse representado que su concreto adelantamiento fuera una conducta apta para provocar varios resultados mortales.

Dicha integración tampoco podrá ser imputada cuando no haya sido posible atribuir al sujeto el conocimiento de determinados «datos situacionales» sobre los que debía apoyarse el *juicio de concreta aptitud lesi-*

[1198] Cfr. *supra* XII.1.

[1199] Cfr. *supra* XV.

[1200] Esta idea se recoge de forma explícita en la STS de 11 de marzo de 1997 (A 1944, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se apunta la vinculación, por un lado, entre peligro representado en abstracto e imprudencia y, por otro, entre peligro representado en concreto y comportamiento doloso. Más referencias jurisprudenciales *supra* XVI.1. Cfr. también *infra* XVII.5 el análisis del dolo de peligro concreto.

va. Así, por ejemplo, la figura de los *conocimientos mínimos* (en sentido estricto) permite imputar al sujeto el conocimiento general de que golpear a otra persona con una piedra en el rostro supone la creación de un riesgo apto para menoscabar su integridad física. Sin embargo, en el caso del paseante que, jugando con su perro a lanzar piedras, lesiona en el rostro a otra persona que aparece repentinamente tras de un árbol, lo que probablemente suceda es que ese conocimiento general con que cuenta el sujeto no haya sido integrado en la situación concreta, al faltar el conocimiento de que en la trayectoria de la piedra se encontraba otra persona. Este desconocimiento da pie a que el sujeto no se representara que con su concreto hecho estaba creando, en tal situación, un riesgo de lesión de la integridad física de otra persona y a que le faltara, por tanto, el dolo del tipo de lesiones. En estos casos basta con acudir básicamente a las reglas de imputación del «*conocimiento situacional*» para negar el dolo del sujeto con respecto al resultado[1201].

Más allá de las anteriores formas de conocimiento, las situaciones que aquí interesan concurren en aquellos casos en que, pese a haber conocido un sujeto todos los factores aislados que le habrían permitido advertir los riesgos ligados a su conducta, se plantea la posibilidad de que, *en la concreta situación* en la que ha actuado, no haya integrado tales factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Tal posibilidad puede ponerse de manifiesto recurriendo al siguiente ejemplo:

> *Imagínese el caso en que un individuo, desde la ventana de su casa, se dedica a practicar el tiro al blanco contra una señal de tráfico que se encuentra en una esquina cercana por la que transitan constantemente peatones. En una de tales ocasiones, el tirador (que por supuesto sabe que, en abstracto, un disparo puede ser mortal para otra persona) advierte perfectamente la presencia de peatones cerca de la señal de tráfico, lo que no le impide disparar. La trayectoria de la bala resulta inadecuada y, en lugar de acertar en el blanco, alcanza mortalmente a un peatón. El acusado declara ante el Tribunal que le juzga que, pese a haber sido consciente de la presencia de peatones, no pensó en la posibilidad de errar el disparo, por lo que tampoco atribuyó a su conducta concreta la aptitud para producir la muerte de otra persona.*

La problemática de la *integración de conocimientos* se refiere esencialmente a casos como el anterior, es decir, a supuestos en que, pese a contar el sujeto con el conocimiento aislado de todos los factores de riesgo (peligrosidad abstracta de un disparo más presencia de personas en las posibles trayectorias del proyectil), se plantean dudas acerca de si dicho sujeto ha integrado ambos factores en un juicio de aptitud lesiva referido a su específica conducta. Los casos en que este juicio no se lleva a cabo, pese a contar el sujeto con los elementos que le deberían haber permitido realizarlo, se designarán en adelante con la expresión *«no integración de la concreta aptitud lesiva»*. Esta situación concurre cuando un sujeto es consciente de que su conducta entraña en general determinados peligros y conoce también la situación en la que actúa, pero llega a la conclusión (errónea) de que su conducta en particular no resulta apta para producir un resultado lesivo en aquella concreta situación: el sujeto se dice así mismo que «esta conducta es generalmente peligrosa, pero en este caso tal peligro no va a materializarse en el resultado»[1202].

> *Por ejemplo,*
>
> *Un conductor que llega tarde a una fiesta conduce a gran velocidad por una carretera de montaña. En una de las curvas, sin ningún tipo de visibilidad, invade por completo el carril contrario, impactando con otro vehículo que se aproximaba en sentido opuesto y causando, a consecuencia del impacto, la muerte de su conductor*[1203].

En este supuesto de hecho no hay problemas para imputar al conductor el conocimiento del riesgo en abstracto que se deriva del comportamiento consistente en invadir el carril contrario en una curva que carece de visibilidad. Tampoco hay problemas para imputarle la representación de la posibilidad de que a mitad de la curva pudiera aparecer repentinamente otro coche. La atribución de ambos conocimientos se basa simplemente en que, desde un punto de vista social, estos datos forman parte del conocimiento general de cualquier persona que cuenta con el permiso de conducir. La cuestión decisiva para afirmar o negar el dolo del conductor estriba, sin embargo, en determinar si éste integró ambos factores de riesgo o si, por contra, entendió que en su supuesto no concurría riesgo alguno, es decir, si no juzgó que su conducta fuera concretamente apta para causar la muerte de otra persona.

Planteándose esta misma cuestión, *Schmidhäuser* afirma que en el supuesto del conductor concurre una «eliminación mental del riesgo», al haber pensado el sujeto activo que en su caso concreto «no iba a pasar

[1201] Cfr. *supra* XVI.

[1202] KARGL, *Handlung und Ordnung*, pp. 541-542, se muestra de acuerdo con la idea de SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2.ª ed., Tübingen, 1984, p. 228, en el sentido de que el fenómeno de la «eliminación mental» (que viene a corresponderse con la idea de *no integración*) no tiene por qué darse exclusivamente en psiques patológicas. Por contra CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 75, entiende que la idea de la «eliminación mental» supone una «ficción inaceptable». Sobre la teoría del dolo defendida por *Schmidhäuser*, cfr. *supra* III.2.

[1203] Caso planteado por SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, pp. 244-245.

nada» [1204]. El problema de esta solución es que no consigue justificar la base teórica en la que se fundamenta: ni se aporta una explicación a nivel empírico (constatación psicológica de la eliminación mental), ni tampoco a nivel de imputación, por lo que los argumentos que se emplean para llegar a la solución final parecen derivarse de una mera intuición *ad hoc*. El recurso empírico plantearía, con toda seguridad, los interrogantes de siempre, por lo que todo indica que sólo el recurso a la imputación social de conocimientos puede arrojar luz sobre esta compleja cuestión [1205]. En consecuencia, lo que procede en este Capítulo es desarrollar criterios que permitan determinar en qué situaciones, desde un punto de vista social, se entiende posible una *no integración de la concreta aptitud lesiva* y en cuáles, por contra, debe imputarse al sujeto la integración de conocimientos necesaria para el dolo del resultado.

XVII.2. CRITERIOS GENERALES

A) ¿Una única regla?

Cuando menos de dudosa debe calificarse la posibilidad teórica de formular una única regla general que permita aportar una solución convincente para todos los supuestos en que se plantean dudas acerca de la integración de la concreta aptitud lesiva de una conducta por parte de quien la ha llevado a cabo. A favor de tal posibilidad podría apelarse a la idea de que el individuo que conoce un riesgo en abstracto y que conoce también todos los datos de la situación en la que actúa, necesariamente tiene que integrar ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, cuando así lo habría hecho cualquier persona racional. En este sentido, puede plantearse la idea de que, en el ámbito de la comunicación social, se parte de que los sujetos imputables son seres racionales y una consecuencia del reconocimiento de tal racionalidad se plasma en la presunción de que el sujeto que conoce todos los datos concernientes a

[1204] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244, afirma que el conductor «quiere llegar en cualquier caso a la fiesta, y no quedarse en el camino a causa de un accidente; prefiere, por tanto, llegar un poco tarde a no llegar en absoluto, por lo que no conduciría tan aprisa si no partiera de que el infortunio, ahora, aquí y de la manera en que conduce, no va a acaecer». HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS*, 1986, p. 250, critica la solución de *Schmidhäuser* afirmando que, si bien el recurso a la eliminación mental puede coincidir en muchos casos con la realidad psicológica del autor, «como argumentación jurídica, no convence».

[1205] La incapacidad de las ciencias empíricas para resolver estos casos es una idea que comparte también PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 494, quien afirma que la eliminación mental del riesgo es un fenómeno que seguramente puede darse en la realidad, pero no está claro «cómo el Derecho penal debe y puede "determinar" semejante interioridad psíquica».

los riesgos propios de una determinada conducta y reconoce a la vez perfectamente la situación en la que actúa, necesariamente debe llevar a cabo un *juicio de concreta aptitud lesiva* cuando el conocimiento de tales factores habría llevado a que un espectador objetivo formulara también semejante juicio. Dicho de un modo expresivo, puede sostenerse que el sujeto racional que conoce todos los factores aislados de una suma, por fuerza conoce también el resultado de ésta.

Dar por bueno el anterior argumento implicaría imputar por principio la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva* a todos aquellos sujetos que hubieran conocido en abstracto el riesgo inherente a su conducta, así como los factores integrantes de la situación en que ésta se ha llevado a cabo. Una única regla bastaría para resolver la «determinación del dolo» en este ámbito: «quien conoce que una conducta es peligrosa bajo determinadas circunstancias y conoce también que tales circunstancias concurren en la situación concreta en la que actúa, realiza por fuerza un *juicio de concreta aptitud lesiva* y, en consecuencia, la causación del resultado se le debe imputar a título de dolo».

La misma vida cotidiana (y a menudo la propia experiencia personal) muestra, sin embargo, que las anteriores afirmaciones no siempre son ciertas. Como afirma *Freund*, «las valoraciones erróneas de las situaciones objetivas no necesariamente tienen que deberse a tendencias enfermizas sino que, más o menos, es algo que le puede pasar a todo el mundo» [1206]. La posibilidad de que, por los motivos que sean, el sujeto haya podido no integrar los factores de riesgo conocidos aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva es algo que no puede descartarse por principio: también desde el punto de vista de la valoración social se admite que, en determinados casos, alguien pueda haber errado en la apreciación del potencial lesivo de la conducta que ha llevado a cabo. Si se acepta esta última hipótesis, lo que conviene analizar entonces es en qué específicas situaciones se admite socialmente la posibilidad de *no integración* [1207]. La existencia de una única regla general que resuelva de un

[1206] FREUND, *Normative Probleme*, p. 37. Añade este autor (*ibidem*, p. 38) que una valoración errónea de la situación concreta «sólo puede excluirse cuando se puede afirmar, de acuerdo con la estructura de la personalidad del autor, sus experiencias previas, etc., que en absoluto podía haber realizado una valoración de la situación que no fuera la correcta».

[1207] De este modo deben poder superarse las críticas que habitualmente se dirigen a las teorías que niegan el dolo cuando el autor «elimina mentalmente» la representación del riesgo, por considerar que, al ser tal «eliminación» indemostrable desde un punto de vista empírico, ésta se acaba afirmando a partir de una interpretación del hecho por parte del juez que se presta a todo tipo de manipulaciones. Cfr., en este sentido, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 77. Cuando deja de interesar el (imposible) descubrimiento del dato empírico de la *no integración*, se hace posible entrar a discutir en qué casos cabe admitir tales ausencias de integración y en qué casos no, y en la medida en que se establezcan criterios con validez general, desaparece la crítica basada en la posibilidad de manipulación.

modo convincente todos los casos imaginables debe ser en cualquier caso descartada y la solución deberá aportarse atendiendo a las diversas circunstancias objetivas que puedan concurrir en cada supuesto de hecho.

B) Criterios generales para la fijación de la base objetiva

Si bien por los motivos acabados de exponer debe descartarse la posibilidad de resolver el problema de la integración acudiendo a una única regla, por contra, sí parece posible aportar una serie de criterios con validez general para dar un tratamiento adecuado a la presente problemática. Estos criterios se refieren, básicamente, a la trascendencia que conviene atribuir a determinados datos objetivos con miras a basar en ellos la imputación a un sujeto de la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva. En este sentido, se trata en primer lugar de determinar qué circunstancias fácticas tienen interés para dicha imputación y, en consecuencia, de descartar todos aquellos datos que no estén en condiciones de proporcionar soluciones inequívocas en este ámbito.

En primer lugar, no viene al caso para la imputación de la integración del conocimiento tomar como base objetiva determinadas características personales del sujeto de la imputación, como todas aquéllas que hacen referencia a si tal sujeto, por regla general, es una persona escrupulosa que tiende a magnificar los riesgos que advierte o si, por contra, se trata de un individuo tan despreocupado que no suele apreciar riesgos allí donde cualquier otra persona mínimamente juiciosa los vería sin demasiadas dificultades. Estas características personales (escrupuloso/despreocupado) pueden tal vez describir cómo se comporta habitualmente una persona, pero no tienen un valor concluyente con respecto a un caso concreto.

Además, apelando exclusivamente a «formas de ser habituales» se pasa por alto la posibilidad de que el escrupuloso ese día no actuara como tal, o de que el despreocupado sí se diera cuenta de la aptitud lesiva de su conducta en aquella ocasión concreta. Una atribución de conocimientos basada en un punto de vista social debe prescindir de estas cuestionables bases objetivas para la imputación, aunque sólo sea por la vaguedad intrínseca a todo juicio de valor sobre la escrupulosidad o la despreocupación de los demás y por lo arbitrario que puede ser determinar en la práctica quién es escrupuloso y quién despreocupado[1208]. Estas

[1208] En contra FREUND, *Normative Probleme*, p. 33, quien entiende que el hecho de que un sujeto tenga una personalidad que le lleve habitualmente a dar poca importancia a ciertos peligros es un factor que no puede dejar de tenerse en cuenta para «determinar» el dolo. También en contra FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 558, quien atribuye a las «disposiciones generales del autor» y a su «actitud fundamental» el carácter de indicio para apreciar una posible infravaloración de riesgos y, por tanto, para negar el dolo. La importancia de determinados aspectos del carácter del autor para la «determinación del dolo» ya fue defendida a finales del siglo pasado por HAGEN, «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), p. 178 (nota 56), al afirmar que «cuando nos encontramos ante un carácter superficial e irreflexivo puede ser creíble que el autor no haya contado con el resultado que se representó como probable, mientras que una forma de ser precavida y escrupulosa da pie a la sospecha de que el autor ha contado con el resultado simplemente posible o incluso improbable».

evidentes dificultades llevan a afirmar que, desde el punto de vista de las valoraciones sociales, conviene partir de que en todo sujeto imputable concurre una idéntica aptitud para integrar en situaciones concretas los riesgos conocidos de forma general[1209].

Con la anterior afirmación se aporta un segundo criterio para dar una solución adecuada a uno de los puntos problemáticos advertidos en el concepto cognitivo de dolo propuesto en la Primera Parte de este trabajo, concretamente, para superar las dificultades que suscita el hecho de que un concepto de dolo basado meramente en el conocimiento pueda llevar a castigar a las personas que tienen tendencia a magnificar la entidad de los riesgos y a privilegiar en desmesura a los despreocupados o a los excesivamente optimistas[1210]. Cuando a la condición de escrupuloso o de despreocupado no se le concede valor alguno como posible base objetiva para la «determinación del dolo», tal problema desaparece o, mejor dicho, queda circunscrito al ámbito de lo meramente teórico.

Llevando el anterior razonamiento hasta sus últimas consecuencias, debe negarse valor alguno a efectos de imputación del conocimiento a la «personalidad del autor» entendida ésta en su sentido más amplio, es decir, como equivalente a las expresiones «carácter» o «forma de ser», especialmente cuando estas últimas no lleguen a concretarse en una posición social definida o en una característica personal objetivable. Aparte de las obvias dificultades para determinar exactamente cuál es la «personalidad» de un individuo, no se ve cómo este dato puede influir en el hecho de que deba considerarse a alguien como más o menos capacitado para una integración idónea de conocimientos singulares[1211]. El rechazo

[1209] La aptitud no debe ser por tanto mayor aunque la conducta del sujeto sea de «brutalidad habitual», o su «carácter nervioso y con sentimiento de superioridad». En sentido contrario la STS de 4 de mayo de 1995 (A 4045, ponente Moner Muñoz).

[1210] Sobre la descripción de tal problema, cfr. *supra* V.3.A y V.3.B. Algunos criterios ya expuestos para su superación en *supra* XII.4. Se coincide plenamente en este punto con QUERALT JIMÉNEZ, «El dolo y el conocimiento de la antijuricidad», en *Elementos subjetivos*, p. 42, quien entiende que de la defensa de un dolo intelectivo «no se deriva que, ante una misma situación, los pesimistas sean castigados por delito doloso y los optimistas por delito imprudente», pues «ello sería Derecho penal de autor. La diferencia tiene que ser normativa: las condiciones del sujeto y las características de la situación serán las que determinarán si hubo conformidad o no; es decir, tales elementos permitirán efectuar el correspondiente juicio hipotético de acuerdo a lo que se considere estándares normales de comportamiento en situaciones similares».

[1211] Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende en alguna de sus resoluciones que no

de estos factores difícilmente objetivables garantiza, además, que no se introduzcan en el ámbito de la imputación del conocimiento criterios propios de un Derecho penal de autor[1212]. Del mismo modo, la actitud del acusado previa a la realización de la conducta típica, no tiene valor alguno para la atribución del conocimiento, salvo que pueda interpretarse de forma inequívoca como una *exteriorización de conocimientos*[1213].

Las *experiencias afortunadas* que un sujeto pueda haber tenido en ocasiones anteriores con respecto a la concreta aptitud lesiva de determinados comportamientos tampoco tienen valor alguno para la imputación de la correcta integración de riesgos en momentos posteriores[1214]. Esta

sólo la «personalidad del agresor», sino también la del «agredido», son indicios a tener en cuenta para inferir el ánimo con que ha actuado un acusado. Cfr. la STS de 5 de diciembre de 1991 (A 8988, ponente Soto Nieto). Este punto de vista resulta inaceptable, a no ser que en algún caso concreto pueda reconducirse a características personales del sujeto que tengan un carácter objetivo. También resulta harto cuestionable la atribución de valor indiciario para acreditar el *animus necandi* al hecho de que los acusados pertenecieran a una banda de *skin heads*, como sucede en la STS de 23 de noviembre de 1996 (A 8683, ponente Montero Fernández-Cid). Muy acertadas las críticas de GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, art. 138, n.º marg. 54, a las sentencias del Tribunal Supremo que recurren a los antecedentes del sujeto como indicio para probar el dolo de éste. En sentido similar, MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Madrid, 1995, p. 50, entiende que derivar la intención homicida de datos como la personalidad del sujeto o sus antecedentes lleva a «la fundamentación de la responsabilidad por la forma de conducirse en la vida de los imputados».

[1212] Un peligro que se observa en las afirmaciones de BAUER, *Abhandlungen*, p. 282, quien atribuye la condición de indicios a considerar para la prueba del dolo a «la reputación del autor, sus inclinaciones, sus anteriores infracciones, etc». En contra de estas afirmaciones HÜRXTAL, *KK*, 2.ª ed., § 261, n.º marg. 64, quien considera que la convicción judicial basada en la prueba de indicios no puede apoyarse en hechos como el de que el acusado ya haya sido condenado con anterioridad por idénticas conductas (aunque, como se ha acreditado *supra* XV.2, dicho dato no puede ser totalmente rechazado cuando implique determinadas experiencias personales de las que se derive un conocimiento). En línea similar FARRÉ TREPAT, «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 84, quien critica el valor indiciario a efectos de «determinación del dolo» que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye en ocasiones a datos como la «destacada peligrosidad del procesado» o los «antecedentes del ofensor que le califiquen como persona más o menos peligrosa, belicosa, agresiva o pendenciera». El peligro de incurrir en argumentaciones propias de un Derecho penal de autor se constata en afirmaciones como las formuladas por ARAGONESES ALONSO, adiciones a MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en material criminal*, 10.ª ed., Madrid, 1979, p. 150: «sin llegar a presunción legal, es lógico que el Juez establezca una presunción de culpabilidad en los delincuentes profesionales que no den clara explicación de su estancia en determinados lugares, o de la falta de precaución de un chiquillo atropellado, especialmente si estaba jugando en el lugar del suceso».

[1213] Así, el hecho de que una persona haya mantenido respecto a otra una relación de desprecio por su integridad física y de constante maltrato durante cierto tiempo no tiene un valor inequívoco para imputar un posterior dolo de homicidio. En sentido opuesto la STS de 4 de mayo de 1994 (A 4045, ponente Moner Muñoz).

[1214] En contra de esta idea FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 557, quien atribuye al hecho de

afirmación se basa en el hecho de que tales experiencias, desde un punto de vista objetivo, no excluyen que el sujeto haya sido también consciente, en las ocasiones anteriores, de la aptitud lesiva del riesgo que estaba creando y que los desenlaces afortunados sólo puedan ser atribuibles al azar. Por expresarlo con un ejemplo especialmente plástico, por mucho que un sujeto haya jugado veinte veces a la ruleta rusa sin que nunca haya salido la bala mortal, no puede entenderse que ha dejado de ser consciente, a partir de un determinado momento, de estar realizando una conducta apta para matar. En este sentido, que la fortuna le haya sonreído en ocasiones anteriores, no tiene por qué repercutir en su valoración del riesgo inherente a tal juego cuando se dispone a jugar por vigésimo primera vez[1215]. Afirmar lo contrario lleva a privilegiar sin razón a los individuos que han adquirido el hábito de comportarse arriesgadamente.

Tampoco debe tomarse en cuenta a efectos de imputación de la integración del riesgo el *estado emocional* en que pueda encontrarse el sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho objetivamente típico. Desde un punto de vista social, lo más que las ciencias empíricas pueden mostrar en este punto es si, en el momento de los hechos, puede considerarse o no al autor como una persona plenamente *normal*. Sin embargo, las actuales valoraciones sociales no entienden que tales ciencias estén en condiciones de aportar resultados inequívocos sobre los conocimientos de un sujeto, que es lo que a fin de cuentas interesa en el ámbito del dolo[1216]. Dado que en dicho ámbito siempre se está ante personas por lo menos parcialmente imputables, éstas deberán ser consideradas sujetos idóneos para crear sentido social con su hecho y, por tanto, para que de acuerdo con las características de este último se les imputen, dado el caso, los conocimientos que procedan[1217].

que el autor haya realizado varias veces un mismo hecho sin que se haya producido el resultado típico la condición de indicio a tener en cuenta para la exclusión del dolo. Más matizado el argumento de HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», trad. M.M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, pp. 929-930, quien afirma que para «determinar» el dolo pueden tener relevancia los «comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual». Desde el punto de vista que aquí se defiende, tal relevancia sólo debe apreciarse en aquellos casos en que ciertos comportamientos previos del acusado puedan valorarse como una *exteriorización de conocimientos*.

[1215] Asunto distinto son aquellas experiencias de las que pueda derivarse un conocimiento efectivo por parte del sujeto (cfr. *supra* XV.2) La estructura de estos casos es, sin embargo, distinta a la de los planteados en este apartado: en los primeros se acredita que, a través de experiencias anteriores, el sujeto ha conocido en un determinado momento una concreta realidad y que, dada la entidad de los conocimientos obtenidos, no ha podido dejar de contar con ellos en el momento posterior de realización del tipo penal. Esta estructura, de indudable vigencia social, es bien distinta a la que se basa en la idea de que cuando un sujeto ha tenido experiencias afortunadas con determinados riesgos llega siempre a un punto en que deja de ser consciente de ellos.

[1216] Sobre esta problemática cfr. *supra* VII.3.A.5.

[1217] Cfr. *supra* XII.5. Conviene dispensar el mismo tratamiento a aquellos supuestos en

La jurisprudencia del BGH es de nuevo un buen ejemplo para mostrar lo inadecuado que resulta mezclar el plano de las afirmaciones sobre el conocimiento y el plano de la capacidad de culpabilidad. Este Tribunal, en su sentencia de 13 de mayo de 1983, se encargó de analizar la posible concurrencia de dolo de homicidio en el siguiente supuesto de hecho [1218]:

> *El acusado lanzó en dos ocasiones cóctels-molotov al interior de viviendas ocupadas por personas, a las que provocó lesiones de diversa índole. El Tribunal dio por probado que el acusado sabía que en el interior de la vivienda se encontraban personas, pero negó su dolo de homicidio al entender que determinadas afirmaciones del perito psicólogo sobre la capacidad de culpabilidad del acusado debían haber sido tomadas en cuenta por el Tribunal de instancia para decidir acerca del tipo subjetivo. El peritaje venía básicamente a decir que el acusado no se representó estar creando un riesgo de muerte para los moradores, pues no tenía muy claro qué es lo que realmente estaba haciendo, más allá de pensar en que quería hacer algo con lo que «pudiera sentirse identificado»* [1219].

La solución a la que llega el BGH no resulta en modo alguno convincente. De acuerdo con ideas que se desarrollarán más adelante, desde un punto de vista social parece indiscutible que un individuo imputable que sabe que en una vivienda se encuentran otras personas y que, pese a ello, lanza un *cóctel-molotov* al interior tal vivienda, es también consciente de estar creando un concreto riesgo para la vida de tales personas y, por tanto, realiza el tipo del homicidio doloso [1220]. Las consideraciones del perito deberán ser tenidas en cuenta en el análisis de la culpabilidad para entrar a valorar si el sentido social creado por el sujeto con su hecho puede serle imputado, plena o sólo parcialmente. Sin embargo, en el ámbito del dolo se analiza exclusivamente si el hecho tiene el sentido social de «realizado conscientemente» y, para tal análisis, las aportaciones de los peritos psicólogos no tienen significación alguna [1221]. Al contrario, su intervención sólo puede tener un efecto perturbador, como puede observarse atendiendo a casos como el reproducido.

De acuerdo con los criterios expuestos, las características personales del sujeto no desempeñan papel alguno para la imputación a un sujeto de un *juicio de concreta aptitud lesiva* o de una posible *no integración*. Ello significa, como ya se ha apuntado, que la valoración social y, por tanto, el Derecho penal, parten de la idea de que todos los sujetos imputables cuentan con una idéntica capacidad de integración correcta de los factores de riesgos singulares. Esta afirmación probablemente resulte aberrante desde el punto de vista de la psicología o de otras disciplinas científicas, pero representa la única vía posible para que el Derecho penal pueda ejercer de un modo adecuado su función, pues no existen criterios asentados que permitan establecer qué sujetos tienen mayor capacidad frente a otros para valorar correctamente los riesgos que crean. En cualquier caso, el ordenamiento cuenta con mecanismos suficientes en el ámbito de la culpabilidad para compensar el hecho de que algunos sujetos puedan haber llevado a cabo su conducta en una situación que se in-

que el autor realiza el hecho bajo la influencia de bebidas alcohólicas; en contra de esta idea FREUND, *Normative Probleme*, p. 142, quien entiende que la ingestión de alcohol puede ser un indicio para excluir la valoración correcta del riesgo por parte del sujeto. En contra también PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 462 ss y la STS de 10 de octubre de 1997 (A 7062, ponente García Miguel), en que se atribuye a la embriaguez del sujeto la característica de indicio relevante para negar el dolo homicida. Más acertada parece la opinión de DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 339 (nota 55), quien se muestra crítica con la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos), donde se niega el dolo de la acusada a causa de determinados «transtornos esquizofrénicos y oligofrénicos, que disminuyen la inteligencia y perturban la voluntad». Afirma con acierto esta autora que «el Tribunal mezcla consideraciones de tipo psicológico que deben ser tenidas en cuenta a la hora de enjuiciar la culpabilidad de la procesada, pero que no deben influir en la calificación del hecho como doloso o imprudente». De acuerdo con esta idea el ATS de 24 de abril de 1996 (A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) en el que se afirma que la ingestión de alcohol «es un extremo que afecta a la culpabilidad del autor» y la STS de 18 de marzo de 1992 (A 2365, ponente García Ancos), en la que se sostiene que la ingestión de bebidas alcohólicas «es cuestión que debe incidir (...) únicamente en el concepto modificativo de la responsabilidad, pero no puede, ni debe convertir (obvio es decirlo) lo doloso en culposo».

[1218] Sentencia del BGH de 13 de mayo de 1983 (*StV*, 1983, pp. 360-361). Cfr., al respecto, FREUND, *Normative Probleme*, pp. 33-34.

[1219] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 33-34, toma este caso como ejemplo de los supuestos en que una «limitada capacidad de asimilación» en el sujeto puede llevar a la negación del conocimiento necesario para el dolo.

[1220] Algo que, al fin y al cabo, admite el BGH en su sentencia de 31 de mayo de 1994 (*NStZ*, 1994, p. 483 ss), en la que se juzga un caso similar al citado *supra* (lanzamiento de *cóctels-molotov* a una casa habitada). Cfr. los comentarios al respecto de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 94. Por contra, en la sentencia de 30 de abril de 1986 (*StV*, 1988, p. 93), el BGH entiende insuficiente para afirmar la existencia de dolo de homicidio el hecho de que el acusado hubiera golpeado con un candelabro en la cabeza de una anciana de 84 años e, incluso, que dicho acusado confesara haberse planteado la conveniencia de llamar a un médico, cosa que, sin embargo, no hizo.

[1221] Así lo había entendido la sentencia de instancia del OLG de Stuttgart, en la que se sostuvo que «la cuestión del dolo eventual la tiene que resolver únicamente el juez, que "el perito se había inmiscuido en un terreno que le está vedado" y que dichos peritos no desempeñan función alguna en lo que atañe a la "determinación del tipo subjetivo"» (pasajes citados por la sentencia del BGH, *StV*, 1983, p. 360). De hecho, en las consideraciones finales de su sentencia, el mismo BGH asegura no ignorar «que la prolija sentencia [de instancia] contiene muchos datos que, ponderados juntamente con las explicaciones del perito, pueden indicar el comportamiento doloso-eventual del acusado». Sin embargo, de acuerdo con la legislación procesal, el BGH se limita a considerar incorrecta la sentencia de instancia por no haberse entrado a valorar en ella las opiniones del perito (*ibidem*, p. 361). A favor de la intervención de los peritos en la fijación de los hechos probados que atañen al dolo y, en especial, elogioso con esta sentencia del BGH, FREUND, *Normative Probleme*, p. 35.

tuye de inferioridad, pero sin que esta situación impida afirmar que el sentido social creado con el comportamiento llevado a cabo haya sido el de realización consciente de una conducta penalmente típica[1222].

Descartada la vía de las cualidades personales como base objetiva adecuada para imputar el juicio de integración de los factores de riesgo, la problemática relativa a dicha imputación deberá solucionarse tomando como presupuesto aplicativo determinadas características de la conducta realizada por el sujeto. Al análisis de esta cuestión se dedican los siguientes apartados.

XVII.3. CONDUCTAS «ESPECIALMENTE APTAS» PARA PRODUCIR UN RESULTADO LESIVO

En el plano de la valoración social algunas conductas se consideran indefectiblemente vinculadas a la creación de un determinado riesgo. Basta con pensar en comportamientos como, por ejemplo, hacer estallar una bomba en un local lleno de personas o golpear con una barra de hierro contra una cristalera. En ambos casos el comportamiento se considera como una realidad indesligable de la creación de riesgos, para la vida en el primer caso y para el patrimonio en el segundo: la *especial aptitud lesiva* de tales conductas es algo que impregna socialmente el significado de éstas[1223]. Esto no sucede, por contra, con otro tipo de comportamientos también arriesgados. Así, resulta evidente que, por ejemplo, conducir un coche genera riesgos para la vida o para el patrimonio ajenos, pero desde el punto de vista social no es ésta una conducta que se valore como indesligablemente vinculada al significado «muerte» o al significado «daños», como sucede, por contra, en el caso de la colocación de artefactos explosivos. Mientras que para esta última conducta es difícil encontrar una razón de ser distinta a la de crear determinados riesgos, para la primera es siempre posible hallar otras explicaciones que justifiquen su realización. Por este motivo, la creación del riesgo queda en un plano secundario cuando se analiza en abstracto el significado de la conducta «conducir» o, en otras palabras, si bien puede considerarse que ésta es una actividad apta para producir, según las circunstancias, un determinado resultado lesivo, desde un punto de vista social no se la considera como *especialmente apta* para tal producción[1224].

Las anteriores consideraciones permiten aislar, de acuerdo con la observación social, dos grupos de conductas. Por un lado existen conductas respecto de las cuales se entiende que reúnen *una especial aptitud para la producción de determinados resultados (conductas especialmente aptas)*. Por otro lado, existen comportamientos que, pese a ser aptos desde un punto de vista objetivo para tal producción, *no se valoran socialmente como necesariamente ligados a la creación de determinados riesgos (conductas arriesgadas neutras)*. Como se tratará de mostrar en los siguientes apartados, esta distinción entre *conductas especialmente aptas* y *conductas neutras* tiene una importancia esencial para la imputación a un sujeto de la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva* requerido por el dolo de los tipos de resultado.

A) Especial aptitud lesiva e integración de riesgos

Una vez puesta de manifiesto la existencia, desde una perspectiva social, de conductas *especialmente aptas* para producir determinados resultados, debe concretarse seguidamente cómo repercute, a efectos de imputación del conocimiento, el hecho de que un sujeto haya realizado una de estas conductas. La regla en tales casos es sencilla: *cuando un sujeto*

[1222] Cfr., al respecto, *supra* X.2.C.2 y XII.V.

[1223] PHILIPPS, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW*, 85 (1973), pp. 34-35 y 38, defiende un modelo según el cual la valoración social de determinados géneros de conductas impregna de entrada la cuestión de la imputación subjetiva. Este autor entiende que el dolo no puede depender exclusivamente de la voluntad del autor, sino que debe interpretarse «como parte de la completa situación de decisión con todos sus aspectos fácticos y normativos». Según la teoría de *Philipps* (cfr. *supra* III.5), «existe dolo cuando el autor se decide conscientemente por una conducta que es incompatible con el ordenamiento jurídico» y, en concreto, deberá apreciarse dolo eventual cuando dicha decisión consciente vaya referida a una conducta «incompatible con las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico». KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 318, se adhiere a las ideas de *Philipps* y lamenta que tales máximas no hayan sido desarrolladas desde un punto de vista dogmático. PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 426, entiende por su parte que «la afirmación del dolo de la acción suele ir respaldada por la experiencia general en un determinado tipo de acciones, que habitualmente en la vida social se hacen con conocimiento del riesgo que entrañan».

[1224] La doctrina también trabaja, aunque sea de modo inconsciente, con dos modelos de conductas (unas *especialmente aptas* y otras no): basta con ver los ejemplos que se utilizan habitualmente para diferenciar los comportamientos dolosos de los imprudentes; cfr. por ejemplo SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», *Sauer-FS*, Berlín, 1949, pp. 240-241. Afirma este autor que quien fuma en la cama y provoca un incendio no tiene «por regla general» la consciencia de una verdadera posibilidad de tal provocación. En cambio (*ibidem*, p. 238) a quien especula con dinero ajeno no se le admite que deje de representarse la posibilidad de causar determinados perjuicios. Interesantes también las consideraciones de KÖHLER, *Strafrecht*, p. 166 y pp. 168-169, quien constata cómo en la práctica la afirmación del dolo se circunscribe a constelaciones de casos en que la peligrosidad objetiva resulta especialmente elevada. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Padua, 1992, entiende que existen comportamientos que por su naturaleza misma están «psicológicamente orientados» y por ello resulta posible en tales casos una deducción del dolo más rápida e inmediata. Interesantes también las consideraciones de MEYER-GOßNER, «Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht», *NStZ*, 1986, p. 49: en conductas como clavar un cuchillo en el pecho de la víctima o apretar durante un buen rato el cuello de ésta no se admiten dudas ni siquiera para afirmar la concurrencia de dolo directo de homicidio.

lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto «conocimiento situacional», se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación.

La razón de ser de esta regla se justifica apelando al hecho de que en sociedad no se considera posible que alguien que lleva a cabo una conducta valorada socialmente como indesligable de la creación de determinados riesgos pueda dejar de representarse su evidentísima aptitud lesiva en el concreto momento de actuar[1225]. En tanto que miembro de la sociedad, se entiende que cualquier sujeto imputable es por fuerza conocedor de aquellos comportamientos que se juzgan especialmente adecuados para producir determinados resultados, de tal modo que, cuando emprende uno de estos comportamientos, la evidencia de la vinculación entre conducta y resultado no le puede pasar desapercibida[1226]. Son éstos casos en que, como afirma en ocasiones el Tribunal Supremo, «*res ipsa loquitur*», «en que negar el dolo es totalmente irrazonable»[1227]. Estas ideas deben desarrollarse a partir del siguiente ejemplo:

[1225] Una realidad que, según KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *ZStW*, 48 (1928), p. 7, «ya advirtieron correctamente los autores del *dolus indirectus* del Derecho común», al afirmar éstos que «para el homicidio doloso bastaba con que el autor golpease a su víctima haciendo uso de instrumentos delictivos peligrosos para la vida, puesto que "*vulnera non ad mesuram dantur*"». Estas afirmaciones no deben tomarse al pie de la letra para cualquier caso imaginable, pero tienen plena vigencia en aquellos supuestos en que haya sido posible atribuir al sujeto el conocimiento de la peligrosidad en abstracto de su comportamiento, junto con un «*conocimiento situacional*» correcto.

[1226] Muy interesante al respecto JAKOBS, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales*, p. 57 ss: «si, por ejemplo, una persona arroja una piedra pesada contra la cabeza de otro ser humano, y sabe esto, conoce también el peligro de una lesión; pues en la vida cotidiana la precipitación de una piedra se vincula en tal medida de modo múltiple con la violencia, la fuerza, el ímpetu, y una cabeza, en igual medida de modo múltiple con la fragilidad, que la suposición de que eso no ocurriría, o incluso la ausencia de toda suposición sobre la consecuencia hablaría de la incapacidad para vivir y, por ello, puede resultar imposible en una persona que conduce su vida de modo al menos en cierta medida aceptable. Formulado de modo drástico: quien al conocer el hecho de que una piedra se encuentra con una cabeza no asocia a ello la consecuencia de una lesión, no vivirá él mismo por mucho tiempo».

[1227] Así, la STS de 20 de marzo de 1997 (A 2117, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en referencia a un supuesto de homicidio en que un acusado disparó a corta distancia contra el abdomen de la víctima y otro le asestó a ésta cinco puñaladas por la espalda. En su Auto de 27 de marzo de 1996 (A 2463, ponente Moner Muñoz) sostiene el Tribunal Supremo que no «admite la menor discusión» la concurrencia de dolo en un supuesto en que «el acusado conoce la potencialidad agresiva del arma utilizada [un cuchillo de grandes dimensiones] y sabía que la dirigía a una parte vital del cuerpo [el hemitórax] con un golpe con una considerable profundidad reveladora de la fuerza empleada». En términos similares el ATS de 24 de abril de 1996 (A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

> *El acusado conminó a punta de navaja a un transeúnte a que le entregase su reloj y todo el dinero que llevase encima. Dado que éste se negó rotundamente a satisfacer semejante exigencia, el referido acusado le asestó diversas puñaladas en el abdomen que le causaron la muerte instantes después.*

Clavar a otra persona un cuchillo en el abdomen es una conducta que en el ámbito de las valoraciones sociales va ligada de modo inequívoco al resultado «muerte» y se considera, por tanto, como un comportamiento *especialmente apto* para producir tal resultado. Si, como es éste el caso, el sujeto clava dicho cuchillo sabiendo que lo hace en el abdomen de otra persona (correcto «*conocimiento situacional*») y sabe que tal conducta es en general peligrosa para producir una muerte (*conocimientos mínimos en sentido estricto*), también sabe por fuerza que su conducta es apta, en aquella concreta situación, para producir un resultado de muerte, sin que tengan ningún valor sus posibles alegaciones afirmando que no se representó estar creando un riesgo que reuniera tal aptitud en la situación concreta, sino sólo un peligro de lesiones. A quien conscientemente emprende una conducta que tiene el inequívoco sentido social «muerte», se le debe imputar el conocimiento de la aptitud lesiva de dicha conducta en la situación concreta en que ha sido llevada a cabo. Desde el punto de vista social no se entiende posible que alguien que realiza una de estas conductas no sea consciente del tipo de riesgo concreto que con ella crea. La *no integración de la concreta aptitud lesiva* es un fenómeno que no tiene cabida cuando estos supuestos se enjuician a la luz del criterio de la valoración social[1228]. Como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de enero de 1991, «la experiencia común de un adulto es que cuchilladas en el abdomen perforan peritoneo, intestinos, arterias mesentéricas, etc. y que eso puede ser mortal y que un cuchillo de cocina tiene longitud suficiente para ello»[1229]. O, como añade

[1228] Estas afirmaciones pueden vincularse a las de los autores que atribuyen notable valor indiciario a determinados comportamientos en el ámbito de la prueba del dolo; así, BAUER, *Abhandlungen*, p. 283, atribuye dicho valor «al medio utilizado [por el autor]» y «a la forma de uso», añadiendo que «los indicios que de aquí surgen resultan a menudo suficientes por sí solos para la plena prueba del dolo». De hecho, este punto de vista puede retrotraerse incluso a la doctrina medieval de los *atrocitas facti*, según la cual el dolo se daba por presunto en conductas abiertamente ofensivas o peligrosas; cfr., al respecto, ENGELMANN, *Irrtum und Schuld*, p. 61 ss.

[1229] A 509, ponente Carrero Ramos. GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, art. 138, n.º marg. 54 ss, critica el habitual argumento jurisprudencial de que, en determinados casos, cualquier persona —y por tanto el autor concreto— se habría percatado de la proximidad de determinados resultados letales, afirmando que «aquello de lo que *cualquier persona* se hubiera percatado no es otra cosa que lo *objetivamente previsible*. Sobre si eso de lo que cualquier persona se hubiera percatado fue lo que *conoció y quiso realmente el autor*, el TS no se molesta en realizar el mínimo razonamiento» (cursiva en el original). Dejando de lado resoluciones poco fundamentadas, debe sin embargo matizarse que la argumenta-

el mismo Tribunal en su resolución de 24 de diciembre de 1991, «cuando el autor ha empleado un arma de fuego y la ha disparado hacia un lugar del cuerpo de carácter vital, el dolo, en tanto que conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado generado por la acción, resulta indiscutible» [1230].

El criterio para establecer en qué situaciones concurre una *conducta especialmente apta para la producción de un resultado lesivo* no debe basarse tanto en la cantidad de riesgo que pueden generar determinados comportamientos, como en el significado social que se les atribuye [1231]. Resulta por supuesto evidente que si ciertos comportamientos se valoran socialmente como inequívocamente creadores de riesgo es porque, también a nivel cuantitativo, comportan la creación de un nivel de riesgo no desdeñable [1232]. Pero ello no es óbice para que conductas que desde el punto de vista cuantitativo pueden generar un riesgo tanto o más elevado que otras, no tengan por qué valorarse desde el punto de vista social como *especialmente aptas* para la producción de un determinado resultado lesivo. Así, por ejemplo, colocar una bomba de potencia media en un lugar muy concurrido puede generar, desde un prisma cuantitativo, un riesgo de muerte inferior al que supone conducir a elevadas velocidades

ción del TS no tiene que considerarse *per se* incorrecta; no, desde luego, en aquellos supuestos en que la conducta reúne tales características que no es explicable una solución distinta a afirmar el dolo.

[1230] A 9632, ponente Bacigalupo Zapater. En esta sentencia se añade: «en el presente caso el autor era consciente de que el arma empleada podía disparar, pues previamente había realizado con ella un disparo. Sabía, además, que la dirigía a una persona y hacia partes vitales del cuerpo. Por otra parte, no se ha probado que haya ocurrido algún hecho que hubiera podido desencadenar el disparo sin intervención del procesado. En tales circunstancias, el dolo, por lo menos eventual, no admite la menor discusión». Un ejemplo similar en la sentencia de la Corte de Casación italiana de 14 de marzo de 1984 (cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 147), en la que se afirma que «el hecho de apuntar y disparar con el arma cargada contra el pecho de la víctima está impregnado subjetivamente y acredita, por tanto, el dolo». Por lo que a la jurisprudencia alemana respecta, DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 26.ª ed., Múnich, 1993, § 15, n.º marg. 11, constatan cómo suele afirmarse dolo eventual en el caso de conductas violentas especialmente peligrosas, aunque en referencia al discutible elemento del «conformarse» (cfr. *supra* III.3.A).

[1231] De especial interés en este punto las consideraciones de SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 205-207.

[1232] El valor indiciario del riesgo creado objetivamente como criterio para la «determinación del dolo» es planteado en términos meramente cuantitativos por PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 498 y RUDOLPHI, *SK*, § 16, n.º marg. 46. MAQUEDA ABREU, «La relación "dolo de peligro" – "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1990 "sobre el aceite de colza"», *ADPCP*, 1995, p. 437, entiende que los desconocimientos no creíbles están en función del grado de aproximación o cercanía de la acción del autor a la lesión y del grado de peligrosidad que la conducta entraña para un determinado bien jurídico. Una mezcla de criterios cuantitativos y cualitativos en FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995, p. 324, quienes entienden que «el dolo eventual deberá excluirse, por regla general, en el caso de riesgos leves y ordinarios y deberá afirmarse cuando concurran riesgos graves y típicos».

por la autopista, en hora punta y bajo los efectos del alcohol [1233]; sin embargo, de la primera conducta se desprende el significado social «muerte», algo que no sucede en la segunda [1234]. De acuerdo con estas ideas, si como consecuencia de estos dos hechos se producen efectivamente muertes, la *no integración* de la *concreta aptitud lesiva* de la conducta y, por tanto, la ausencia de dolo, es algo que cabrá plantearse en el segundo caso, pero no, sin embargo, en el primero [1235].

Es probable que las valoraciones sociales que sirven para establecer qué conductas *no* se consideran *especialmente aptas* para provocar determinados resultados se basen en criterios como su habitualidad o su utilidad social [1236]. En relación con esta idea no debe descartarse la posible

[1233] En este ámbito no debe perderse de vista que la medición de riesgos en términos cuantitativos no es, ni mucho menos, una cuestión que se halle exenta de componentes valorativos.

[1234] FREUND, *Normative Probleme*, p. 35, afirma que el principal indicio para determinar el dolo de homicidio viene dado por la peligrosidad externa de la conducta, aunque tal indicio puede ser desvirtuado por la concurrencia en el supuesto de hecho de determinadas peculiaridades situacionales o personales. Esta idea se comparte plenamente. Sin embargo, los casos que se quieren tratar aquí no están en función de si el riesgo que se crea es objetivamente mayor o menor, sino de si socialmente puede entenderse que la conducta arriesgada resulta o no *especialmente apta* para producir un resultado lesivo. La incompatibilidad de determinadas conductas con las máximas de riesgo vigentes en un determinado sistema jurídico, en el sentido en que las formula PHILIPPS, *ZStW*, 85 (1973), p. 38, no deben estar, por tanto, únicamente conformadas por factores cuantitativos de riesgo, sino básicamente por criterios cualitativos. La práctica se hace evidente eco de estas valoraciones: como pone de manifiesto MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, p. 69, la condena por delito doloso en el ámbito de la circulación rodada es algo sumamente excepcional, por lo que este autor entiende que en dicho ámbito se relajan las exigencias del concepto de dolo, pues de mantenerse éstas debería condenarse por dolo en buena parte de los supuestos.

[1235] Estas ideas se ven ya reflejadas, con matizaciones, en textos tan antiguos como el *Digesto*: «si [el sujeto que mató a un hombre] tiró de espada o lanzó [un dardo], no hay duda de que lo hizo con intención de matar, pero si, en una pelea, golpeó con una llave o con una cazuela, aunque hubiera dado el golpe con un instrumento de hierro, sin embargo, no lo hizo con la intención de matar» (*El Digesto de Justiniano*, trad. A. d'Ors y otros, tomo III, Pamplona, 1975, lib. XLVIII, tít., VIII, frag. 1, pf. 3.º). Crítico con las presunciones del Derecho romano por considerar que no tenían en cuenta todas las circunstancias específicas que pueden concurrir en un supuesto concreto, WENING, «Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte», *NACR*, 2 (1818), pp. 210-211.

[1236] CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 264, pone de manifiesto cómo «la jurisprudencia ante la dificultad insalvable, en muchos casos y, en particular, en los casos de dolo eventual, de probar la existencia del elemento volitivo, se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios totalmente ajenos a éste». Esta autora constata (*ibidem*, p. 278 ss) que el Tribunal Supremo español se sirve de criterios de oportunidad o de conveniencia para determinar si en un caso concurre o no dolo. Por una parte, en los comportamientos «socialmente adecuados» (tráfico, caza ...) se parte de una presunción de imprudencia, mientras que en las actividades «con carácter delictivo» (drogas, robos ...) se parte de una presunción de dolo. Idénticas ideas se recogen también en LA MISMA, «En el límite entre el dolo

influencia que pueda desplegar, en la valoración colectiva de determinados riesgos, la existencia de una cierta habituación social con respecto a ellos [1237]. En cualquier caso, el recurso a tales criterios no debe ni puede interpretarse como una forma de Derecho penal de autor [1238]: no se castiga al sujeto por ser de una determinada manera, sino, siempre y en todo caso, por la clase de conductas que realiza, de cuya valoración social como *especialmente aptas* para producir ciertos resultados lesivos participa necesariamente él mismo en tanto que sujeto imputable miembro de la colectividad [1239].

y la imprudencia», *ADPCP*, 1985, p. 963. La forma de proceder del Tribunal Supremo resulta discutible, sobre todo por emplear en el caso de las «actividades con carácter delictivo» criterios propios de un Derecho penal de autor. Sin embargo, merece la pena constatar cómo en el tratamiento que se da a las conductas «socialmente adecuadas» queda de manifiesto una evidente precomprensión social según la cual, frente a determinadas conductas se admite con mayor facilidad que en otras que el sujeto haya podido no representarse la concreta aptitud lesiva del riesgo de su concreto comportamiento. También son interesantes en este punto las consideraciones de MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 72, quien considera que la proliferación de ciertas conductas arriesgadas hace que desde el punto de vista de la valoración social se dé menos importancia a la peligrosidad específica de cada concreto comportamiento.

[1237] Sobre la idea de riesgos en los que existe habituación social, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 334-335: «gran número de riesgos no permitidos, sobre todo en la circulación rodada, no están referidos a situaciones que con una frecuencia digna de mención se perciban individualmente como posiblemente dañosas, sino que sólo se muestran posiblemente dañosas estadísticamente en virtud de su acontecer masivo». Cfr. sobre este punto EL MISMO, «El lado subjetivo del hecho de los delitos de resultado en supuestos de habituación al riesgo», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, p. 197 ss. KÜHN, «Dolus eventualis bei Verkehrsunfällen?», *NJW*, 1967, p. 24, entiende precisamente lo contrario: la experiencia cotidiana permite aprender a los sujetos que de determinadas maniobras en el ámbito de la circulación rodada se sigue con cierta habitualidad la causación de graves accidentes.

[1238] HAFT, «Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs», *ZStW*, 88 (1976), p. 382 ss (esp. p. 384), afirma que la posibilidad de «eliminación mental del riesgo» es algo que en la práctica se admite en mayor o menor grado en función de la aceptación social del rol en que se actúa: en este sentido, no es lo mismo el riesgo creado por un automovilista que por alguien que, a oscuras y con un arma blanca, lanza cuchilladas a su alrededor. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 89, critica a *Haft* por considerar que sus afirmaciones conducen a un cierto *labelling-approach*. Sin embargo, *Schroeder* parece pasar por alto que *Haft*, más que a tipos concretos de autores, se refiere en realidad a cómo se valoran socialmente determinados tipos de conductas arriesgadas. No se trata por tanto de distinguir, por ejemplo, los actos del «conductor» de los del «matón a sueldo», sino de cómo se valoran socialmente la aptitud lesiva de actividades como la conducción o la de los ataques a otra persona con un arma blanca y de cómo, en este último caso, no se entiende posible que el sujeto que es consciente de los riesgos genéricos de una conducta no lo sea también de la concreta aptitud lesiva de ésta cuando la lleva efectivamente a cabo en determinadas circunstancias.

[1239] En este sentido, parece especialmente oportuno traer a colación las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 429, quien considera que la imprudencia «consiste en un comportamiento *descuidado* que, por representar un riesgo moderado para los bienes jurídicos, pocas veces tiene como resultado la lesión de aquéllos. Que al que se dedi-

Finalmente, conviene afirmar la necesidad de que tanto doctrina como jurisprudencia dirijan sus esfuerzos a seleccionar aquellas conductas que, respecto de determinadas modalidades delictivas, deben considerarse *especialmente aptas* para la producción de ciertos resultados, así como la importancia de que los tribunales se vinculen a tal selección. Ésta parece ser la única forma de evitar resoluciones judiciales abiertamente contradictorias, con las que se atenta a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley.

Un buen ejemplo de estas contradicciones puede encontrarse en las SSTS de 18 de febrero de 1997 y de 19 de junio del mismo año [1240]. En la primera de ellas el Tribunal Supremo da por buenos los argumentos de la Audiencia Provincial cuando ésta afirma que «la brutal agresión que el inculpado dirige en primer lugar contra la cabeza de Esteban P.D. es constitutiva de un delito de homicidio frustrado deduciéndose el *"animus necandi"* del tamaño, forma y dureza del arma empleada (*bate de béisbol*), la zona tan sumamente vulnerable del cuerpo humano a la que el golpe certeramente se dirige (*la cabeza*) y, en especial, a la *enorme violencia del impacto* que se infiere de las gravísimas lesiones y secuelas irreversibles sufridas por el lesionado». Por contra, en la segunda resolución se juzga correcta la afirmación de la Audiencia en el sentido de que los acusados no actuaron con dolo de matar pese a haber agredido a la víctima «de un *modo reiterado y extremadamente violento*» y haberla golpeado «con un palo de *dimensiones similares a un bate de béisbol* en zona tan importante como es la *cabeza* produciéndole hundimiento de cráneo» [1241].

ca a colocar coches-bomba en supermercados repletos de público, al que adhiere artefactos explosivos al pecho de sus víctimas o al que apuñala a un ser humano en partes vitales de su cuerpo, se le pretenda calificar simplemente de descuidado (imprudente), supone emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos» (cursiva en el original). Continúa este autor afirmando que «de todo ello se sigue, argumentando negativamente: si tales comportamientos no son imprudentes, y al mismo tiempo, por su gravedad y como está fuera de discusión, tienen que fundamentar alguna clase de responsabilidad criminal, entonces tienen que ser dolosos». El interés que se desprende de esta argumentación viene dado por el hecho de que en ella se prescinda por completo de referencias a la representación del autor (entendida en sentido psicológico), y que se centre la cuestión en el sentido social de determinados comportamientos, aunque al hacerlo se recurra a argumentos basados fundamentalmente en la cantidad de riesgo creado y no tanto de tipos de conductas arriesgadas.

[1240] A 2323, ponente Conde-Pumpido Tourón y A 5241, ponente Puerta Luis, resp.

[1241] Cursivas añadidas. Contradicciones no menos patentes pueden encontrarse en otras sentencias del mismo TS. Así, ante idénticos indicios objetivos —ataque con golpe único de cuchillo o navaja al hipocondrio de la víctima— en unos casos se afirma el dolo de homicidio (cfr. SSTS de 17 de febrero de 1997 —A 1180, ponente Delgado García— y de 17 de marzo de 1997 —A 2111, ponente Soto Nieto—) y en otros se niega (cfr. SSTS de 25 de junio de 1984 —A 3681, ponente Hijas Palacios—, de 4 de marzo de 1986 —A 1109, ponente Hijas Palacios— y de 10 de marzo de 1995 —A 1828, ponente De Vega Ruiz). Sobre esta temática, cfr. MAPELLI CAFFARENA, en *Delitos contra la vida e integridad física*, pp. 48-51.

B) Problemas específicos

Como va a tratar de ponerse seguidamente de manifiesto, la figura de las conductas *especialmente aptas* para la producción de determinados resultados permite resolver diversos supuestos que tradicionalmente han sido vistos como bastante problemáticos por buena parte de la doctrina.

En primer lugar, este criterio permite dar una solución convincente al denominado «*Caso del tirador inexperto*», habitualmente utilizado para criticar a las teorías meramente cognitivas del dolo[1242]. El sujeto que dispara a gran distancia y sin apenas experiencia puede crear con su acción —disparar apuntando contra otra persona— un riesgo menor en términos cuantitativos que, por ejemplo, el individuo que lanza un cigarrillo mal apagado cerca de unos depósitos de gas altamente inflamables. Sin embargo, si el tirador inexperto sabe que disparar contra otra persona es peligroso para la vida de ésta y conoce igualmente que dentro de las posibles trayectorias de la bala se encuentra efectivamente otra persona, realiza al disparar un homicidio doloso. El tipo de comportamiento llevado a cabo (disparar apuntando a otra persona) se valora desde un prisma social como *especialmente apto* para producir un resultado de muerte, por lo que debe rechazarse la hipótesis de que, al realizarlo, el sujeto haya dejado de realizar un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Los criterios que aquí se defienden permiten afirmar dolo en este supuesto sin tener que acudir al (conflictivo) requisito de la intención. Por contra, en el caso del fumador, resulta planteable una *no integración* de la aptitud lesiva de la conducta llevada a cabo, por lo que todavía no puede afirmarse el dolo[1243]. Debe recalcarse pues, la idea de que *para imputar la realización del juicio de concreta aptitud lesiva se toman en cuenta determinadas cualidades de las conductas y no necesariamente la cantidad de riesgo que con ellas se crea*[1244].

También puede traerse a colación en este ámbito el *«Caso de la correa de cuero» (Lederriemenfall)*[1245]. Como ya se expuso, en este supuesto los autores se habían propuesto dejar sin sentido a la víctima para poder apoderarse de las pertenencias de ésta sin ser molestados, pero no deseaban en absoluto su muerte; al contrario, les interesaba que sobreviviera, pues estaban seguros de que no iban a ser denunciados y de este modo se aseguraban la plena impunidad. Por contra, si se producía la muerte de la víctima era harto probable que la policía iniciase investigaciones. Al ejecutar el plan previsto, trataron de dejar a la víctima inconsciente apretándole fuertemente el cuello con una correa de cuero, lo que produjo su muerte por asfixia. La cuestión relevante para determinar el dolo de los autores pasa por establecer si es posible imputarles el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta para la vida de la víctima.

En este supuesto es posible plantearse *a priori* que los sujetos activos no fueran realmente conscientes de la concreta aptitud lesiva de su conducta. Una buena prueba de ello sería que la posibilidad de no ser descubiertos venía dada, precisamente, por el hecho de que la víctima no muriese, por lo que puede pensarse que realmente no fueron conscientes de que su forma de proceder era apta para provocar un resultado que, a la larga, les iba a acarrear más inconvenientes que ventajas. A ello podría añadirse incluso la circunstancia de que, después de la agresión, se intentaran diversas maniobras para reanimar a la víctima. Sin embargo, el conocimiento de tal aptitud lesiva debe serles imputado de acuerdo con el modo en que socialmente se valora una conducta como la que llevaron a cabo: apretar firme y prolongadamente el cuello de otra persona con un cinturón es una conducta que en el esquema social de interpretación se considera *especialmente apta* para producir un resultado de muerte, por lo que si un sujeto la realiza conociendo las circunstancias en que actúa debe imputársele también el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta[1246]. La idea es expresada con especial nitidez por el Tribunal Supremo español en una de sus sentencias, afirmando que «habiéndose producido la muerte por estrangulamiento resulta difícilmente imaginable que quien oprime el cuello de su víctima con la intensidad y dilación temporal exigibles para provocar la muerte no sea plenamente consciente de que dicho resultado se va a producir»[1247].

El criterio basado en la *especial aptitud* de determinadas conductas para producir un resultado lesivo permite resolver otro grupo de supues-

[1242] Cfr. *supra* II.2.B.

[1243] Sobre los criterios para resolver adecuadamente casos como éste, cfr. *infra* XVII.3 y XVII.4.

[1244] También plantea esta cuestión en términos cualitativos HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639 y el mismo, *JuS*, 1986, p. 253.

[1245] BGHSt, vol. 7, p. 363 ss. Para los hechos y la problemática de este caso, cfr. *supra* III.1.

[1246] Crítico con tal solución desde una perspectiva psicológica, JANZARIK, «Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes», *ZStW*, 104 (1992), p. 79. Otro caso también interesante es el comentado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 141 ss: el acusado subió a un taxi y durante el viaje fabricó un nudo corredizo con el cordel de su abrigo para disponerlo alrededor del cuello de la taxista, dejarla inconsciente y apoderarse de la recaudación. Al poner en práctica su plan, la taxista logró que el nudo no llegara a cortarle la respiración y, mediante gritos de ayuda, consiguió provocar la huida del acusado. Es indudable que en este caso debe condenarse por tentativa de homicidio (o asesinato) al valorarse la conducta realizada como *especialmente apta* para producir un resultado de muerte. El texto de la sentencia del BGH donde se resuelve este supuesto en *StV*, 1984, p. 187.

[1247] STS de 30 de diciembre de 1996 (A 9819, ponente Conde-Pumpido Tourón). El BGH, en su sentencia de 29 de agosto de 1967 (citada por KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, p. 67) afirma que «en un estrangulamiento de varios minutos es ya tan evidente en sí mismo un desenlace mortal que, por regla general, no haría ni falta una determinación específica de que el autor aprobó la muerte de la víctima».

tos a los que la doctrina jurídico-penal ha prestado cierta atención en el curso de las últimas décadas: *los casos de homicidio del compañero sentimental (Intimpartner)*. En estos supuestos, uno de los miembros de una pareja acaba con la vida del otro al comunicar este último sus intenciones de poner fin a la relación sentimental que les había unido hasta el momento[1248]. A diferencia de otras situaciones pasionales, lo que caracteriza a los homicidios del compañero sentimental es la aparente frialdad de ánimo con que suele proceder el autor[1249]. Sin embargo, en estos supuestos también se plantean dudas acerca del dolo del sujeto, en la medida en que con el resultado que éste acaba provocando (la muerte de su pareja) consigue precisamente lo contrario a lo que perseguía (no perder a dicha pareja). Por este motivo parece *a priori* cuestionable que el sujeto haya sido realmente consciente de las auténticas dimensiones de su proceder, es decir, que se representara correctamente que su conducta era apta en aquella situación para provocar la muerte de su ser querido.

Sin embargo, tales dudas deben desvanecerse por completo en aquellos supuestos en que la conducta realizada pueda considerarse especialmente adecuada para conducir a un desenlace mortal. Tal es el caso, por ejemplo, del acusado que clavó once veces un cuchillo de 14 cm. a su pareja, de aquél que la golpeó repetidamente en la cabeza con una plancha o de aquel otro que le hundió el cráneo con un golpe de hacha[1250]. Desde luego, en el ámbito de la culpabilidad cabe plantearse la posibilidad de que lo traumático del abandono pueda haber influido de tal modo en el sujeto que, en el momento de cometer el hecho, éste ya no pudiera ser tenido por una persona plenamente *normal*. Ello podrá dar pie a atenuaciones de la culpabilidad a través de eximentes incompletas (art. 21.1º CP), o a la aplicación de la atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de importancia similar (art. 21.3º CP). Sin embargo,

[1248] El interés por el tema proviene básicamente de un trabajo de RASCH, *Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964. Más recientemente vuelve sobre la cuestión SCHILD, *JA*, 1991, p. 48 ss. Cfr. al respecto *supra* X.2.C.2.

[1249] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 49. A la luz de determinadas investigaciones psicológicas se afirma que en estos casos el autor no percibe estar actuando por sí mismo y, desde su perspectiva, el hecho acontece como una realidad completamente ajena a su persona (cfr. *ibidem*, pp. 50-51). Cfr. también PRITTWITZ, *GA*, 1994, pp. 460-462, donde se comenta, entre otras, la sentencia del BGH de 10 de octubre de 1957 (BGHSt, vol. 11, p. 20 ss), en que la cuestión de los estados pasionales se trata como un problema exclusivo de culpabilidad.

[1250] Casos citados por RASCH, *Tötung des Intimpartners*, pp. 16-17 y 28, resp. Cfr. también en este ámbito los argumentos de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 427, en contestación a determinadas afirmaciones jurisprudenciales sobre la dificultad de la prueba de las intenciones de un sujeto: «la mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, está matando intencionadamente, y que ello es así no tiene vuelta de hoja».

el dolo debe en cualquier caso afirmarse, pues desde el punto de vista social los anteriores homicidios tienen el sentido inequívoco de haber sido realizados conscientemente.

También debe imputarse el conocimiento de la concreta aptitud lesiva del comportamiento realizado en aquellos casos en que *el atractivo de tal comportamiento resida precisamente en la creación de riesgo*, es decir, cuando el sujeto activo haya llevado a cabo una conducta cuya única razón de ser sea la creación del riesgo que tal conducta implica. En estos supuestos la evidencia de dicho riesgo es algo que el sujeto necesariamente comparte, pues es la única explicación de su peculiar forma de comportarse. A los «conductores suicidas» que conducen contra-dirección en la autopista a cambio de dinero, o a los que juegan a la ruleta rusa, se les imputa el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, pues es precisamente tal aptitud lo que explica que hayan realizado semejantes comportamientos. El hecho de que el sujeto vaya a recibir fuertes sumas a cambio de realizarlos es un argumento más a favor de estas afirmaciones: él sabe que si puede llegar a recibir tales cantidades es precisamente por lo extremadamente arriesgado de la conducta que debe llevar a cabo, por lo que necesariamente conoce la concreta aptitud de ésta para provocar un determinado resultado[1251].

Más difícil es la solución de aquellos casos en que no es impensable que para obtener cierta diversión los sujetos sólo pretendan habérselas con *riesgos controlados*. Estas modalidades de riesgo se caracterizan, a diferencia de los riesgos fuera de control, por el hecho de que el sujeto dispone de mecanismos de contención frente al peligro que le permiten, hasta el último momento, evitar la realización del riesgo en el resultado. Por ello es posible entender que en estos casos el sujeto tal vez no haya creído encontrarse ante un auténtico riesgo, es decir, no haya juzgado que su conducta fuera realmente apta en esa concreta situación para producir el resultado lesivo, precisamente porque él mismo estaba dispuesto a evitar tal producción y creía contar con medios suficientes a tal efecto. En estos casos no debe descartarse completamente que el sujeto no haya integrado correctamente la representación del riesgo objetivamente existente, a causa del grado de control que creía conservar sobre dicho riesgo, aunque la conducta parezca *especialmente apta* para la producción del resultado. En cualquier caso, desde el punto de vista social

[1251] Cfr., al respecto, las afirmaciones de SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida"», *La Ley*, 3 (1988), p. 972 ss. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 328, afirma por su parte que «si el atractivo de un juego reside en el riesgo de realización del tipo ("ruleta rusa"), por lo general los jugadores tienen dolo». En sentido similar HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 332, afirma que, en el caso concreto del «conductor suicida», éste no sólo es consciente del riesgo, sino también de que «la situación constituye, precisamente, una de las premisas de la apuesta que previamente ha aceptado».

es necesario, para aceptar la *no integración* en estos casos, que el grado de control que conserve el sujeto sobre el riesgo creado tenga una entidad tal que sus esperanzas no puedan considerarse meramente ilusorias.

Así, por ejemplo, en el caso en que unos sujetos se dedican a arrojar troncos desde un puente al cruce de una autopista para conseguir un rato de diversión, su conducta supone la creación de un riesgo incontrolado y a la vez apto para causar un accidente, pues los autores son por fuerza conscientes de que, una vez lanzado el tronco, ya no está en sus manos evitar que el riesgo creado se materialice en el resultado, al no conservar recurso alguno a tal efecto[1252]. Una situación distinta se da, por contra, en el supuesto resuelto en la sentencia de 7 de abril de 1983 por el BGH alemán[1253]:

> *Después de fumar unos «porros» de hachís, tres jóvenes decidieron poner en práctica para divertirse una peculiar modalidad de «ruleta rusa». Después de sortear a cuál de ellos le iba a corresponder el papel de víctima en dicho juego, al perdedor del sorteo se le dispuso una soga alrededor del cuello, cuyos extremos fueron atados a la rama de un árbol. Seguidamente fue empujado por uno de los otros jóvenes, perdiendo el apoyo sobre el suelo y elevándose sobre éste unos 35 cm., hasta caer poco después, sin que quedase claro si tal caída se debió a una rotura de la cuerda o a que el nudo se deshizo. Tras caer, uno de los otros dos jóvenes le liberó del nudo que todavía le apretaba la garganta*[1254].

Si bien a primera vista parece que en este supuesto la razón de ser de la conducta no es otra que la creación de un riesgo y, por tanto, no

[1252] Cfr. los comentarios a este caso (juzgado por el Tribunal del Jurado de Francfort d.M. el 24 de julio de 1972) en NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *ZStW*, 85 (1973), pp. 430-431 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 274.

[1253] Reproducido en *NStZ*, 1983, p. 365.

[1254] El *Landgericht* de Siegen condenó a los dos jóvenes como autores de una tentativa de homicidio. El BGH revocó tal decisión al entender que no quedaron suficientemente probados los requisitos del dolo de homicidio, esto es, que los autores hubieran sido conscientes de que su conducta creaba un riesgo para la vida del otro joven y que consintieran en el acaecimiento del resultado representado como posible al continuar actuando. Respecto al primer elemento el BGH afirma que «los acusados eran aún muy jóvenes y sólo querían jugar a un juego, aunque fuera peligroso. Ninguno de ellos podía haber pensado razonablemente hasta el sorteo de la víctima en un desenlace mortal de dicho juego y, por tanto, dado el caso, incluso en su propia muerte. Los acusados no tuvieron conocimiento alguno de la posibilidad del acaecimiento inmediato de una muerte por desnucamiento, sino que más bien pensaban, lo que el *Landgericht* tiene en cuenta a su favor, "que la muerte se produciría por asfixia", que el ahorcado "viviría unos segundos más mientras moviera las piernas", como "habían visto en la escena de un ahorcamiento en una película". *D.* estuvo muy poco tiempo en el aire. Tras la caída *S.* le deshizo inmediatamente el nudo que le apretaba el cuello». El BGH entiende que el tribunal de instancia debía haberse planteado también si el consumo de hachís había disminuido las capacidades cognitivas de los acusados, cosa que no hizo.

cabe duda de que los participantes en tan peculiar divertimento eran conscientes de ello, atendiendo a los hechos no puede descartarse que, en realidad, tales sujetos sólo creyeran habérselas con un riesgo bajo control. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que se conservara (aparentemente) un nivel de control sobre el riesgo que no permite descartar que los acusados realmente se creyeran en condiciones de evitar que éste pudiera llegar a materializarse en el resultado. Si su valoración hubiese resultado errónea y a consecuencia del juego se hubiese provocado la muerte del tercer joven, sólo se podría entender cometido un homicidio imprudente.

En estos últimos casos, sólo una *exteriorización del conocimiento* hace posible cambiar el sentido de la imputación. En referencia al ejemplo expuesto, debería imputarse la creación dolosa de un riesgo de muerte si se pudiera acreditar a través de *exteriorizaciones* de los autores, por ejemplo, que el juego no era más que una mera artimaña para simular la muerte accidental del compañero. Estas ideas se recalcan con el siguiente supuesto de hecho:

> *Un padre juega con su hijo de corta edad a lanzarlo al aire y cogerlo con las manos, con tan mala suerte que una de las veces le fallan las manos, cayendo el niño al suelo y lesionándose. En este caso el sujeto activo sólo puede ser castigado por lesiones imprudentes pues, desde un punto de vista social, el juego se basa en la creación de un riesgo bajo control, al que han fallado unos mecanismos de contención en principio aptos para evitar la producción del resultado. Sólo las manifestaciones del sujeto en el sentido de haber dejado conscientemente caer al niño podrían variar la valoración social del hecho*[1255].

Tiene cierta importancia, para dar una solución adecuada a casos como los expuestos, determinar adecuadamente cuándo desde un punto de vista social no es posible admitir que el sujeto sólo haya creído estar ante un riesgo controlado[1256]. Tal posibilidad debe descartarse, como ya se ha apuntado, cuando desde un punto de vista objetivo el sujeto no conserve ninguna capacidad de contención del riesgo que permita atribuirle la representación de un mero riesgo bajo control y no de un riesgo descontrolado y a la vez apto para producir la lesión. Éste es el criterio que permite dar una solución adecuada al supuesto en que los autores se dedican a lanzar troncos al cruce de una autopista o en que juegan con una pistola a la ruleta rusa: la *no integración* de la aptitud lesiva del

[1255] Esta idea se desarrolla más a fondo *infra* XVII.4.A.1.

[1256] El Tribunal Supremo afirma en la denominada «sentencia de la colza» (STS de 23 de abril de 1992, A 6783, ponente Bacigalupo Zapater) «la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar». En este punto se trata de decidir en qué situaciones se admite la creencia del sujeto de que el riesgo está bajo control y en qué casos no.

riesgo creado no se tiene por posible en estos casos, pues el sujeto no cuenta con mecanismos que permitan evitar que, una vez creado el riesgo, éste se materialice en el resultado[1257].

Idéntico tratamiento debe ser dispensado a aquellos supuestos en que, también desde un plano objetivo, las capacidades de control que conserva el sujeto sean ínfimas en comparación con el grado de riesgo creado con la conducta. De este modo se resuelve el caso de los «conductores suicidas»: puede ser que el conductor confíe en su habilidad al volante para sortear a los coches con los que va a cruzarse, pero, en comparación con el riesgo que se crea, este mecanismo de control tiene desde la perspectiva social tan poca entidad que ni se plantea siquiera la posibilidad de que sirva como base a un sujeto imputable para creer que sólo se encuentra ante un riesgo bajo control. Tampoco en este caso se admite socialmente la hipótesis de una *no integración* de la aptitud lesiva del riesgo creado.

Finalmente, debe añadirse que con la regla aquí expresada se consigue dispensar también un tratamiento adecuado a los supuestos que la doctrina suele denominar de *«confianza irracional en el no acaecimiento del resultado»* o, más adecuadamente, de *«desconocimientos o no integraciones irracionales de riesgos»*, a los que ya se ha dado una solución parcial al tratar la cuestión relativa a los *conocimientos mínimos* en aquellos supuestos en que ciertas alegaciones de desconocimiento se referían a la consciencia de la aptitud lesiva en abstracto de determinadas conductas[1258]. Lo que procede analizar ahora son los desconocimientos irracionales de la *concreta aptitud lesiva* de ciertos comportamientos. Tal análisis se acomete recurriendo al siguiente ejemplo:

> *Un sujeto coloca un artefacto explosivo de gran potencia en una vivienda. A través de diversos datos objetivos se imputa al sujeto el conocimiento genérico de que colocar tales artefactos es peligroso en general para la vida de los demás e, igualmente, la consciencia de que en la vivienda habitan personas. La bomba explota produciéndose una víctima mortal. El sujeto alega no haberse representado peligro alguno, pues una vidente le vaticinó que no iba a morir nadie con esa concreta explosión.*

Ante un supuesto como éste basta con repetir ideas ya expuestas: si el protagonista del ejemplo puede ser considerado imputable le deberá ser atribuido el conocimiento de la concreta aptitud lesiva del comportamiento llevado a cabo, pues colocar un potente aparato explosivo en una vivienda es una conducta que se considera *especialmente apta* para producir la muerte de otras personas y en estos supuestos no se entienden posibles las *no integraciones* de la concreta aptitud lesiva cuando se conoce la peligrosidad abstracta de la conducta y se tiene además un *«conocimiento situacional»* correcto[1259]. Como en el caso de los *conocimientos mínimos,* la única hipótesis plausible para negar el dolo sería la plena inimputabilidad del acusado[1260]. Por contra, si el acusado es imputable se le debe atribuir el conocimiento del riesgo concreto y, por tanto, el dolo de homicidio, de acuerdo con ideas ya expresadas por *von Wick* en 1857:

> quien conoce un hecho como lógicamente necesario o altamente probable no puede alegar que su fe contradijo a su conocimiento, pues tal contradicción presupondría una enajenación mental. Ciertamente lo que sucedería es que no se podría condenar al autor por dolo, pero no sólo por tales motivos, sino también porque, por supuesto, se le debería declarar inimputable. Quien empuja a otro desde una alta torre y alega no haber creído que tal empujón iba a provocar una lesión, o está mintiendo o se encuentra en una situación de enajenación mental[1261].

[1257] De esta misma opinión SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 238. Cfr. igualmente KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906, p. 30: «la esperanza o la convicción del autor de poder evitar el resultado representado sólo puede excluir el dolo si cuenta con una base objetiva (...) la simple esperanza en la suerte o en el cielo no puede nunca eliminar el dolo». *Ibidem*, p. 33: «no es la fe lo decisivo para excluir el dolo, sino si esta fe tiene un fundamento objetivo».

[1258] Cfr. *supra* XII.4.

[1259] Cfr., al respecto, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639: «cuando se ha captado un peligro cualificado éste no puede pasar a considerarse inofensivo mediante un irracional "no querer ver", "excluir", "eliminar mentalmente", "tomar a la ligera", "confiar en la buena suerte"». La cualificación del peligro es planteada por este autor a través de su distinción entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* (cfr. *supra* IV.2.C), pero la idea es perfectamente trasladable a aquellas conductas que, desde un punto de vista social, resultan *especialmente aptas* para producir un determinado resultado: ante tales conductas no se admiten *no integraciones* de la representación de riesgo. También interpreta la cuestión de la confianza en términos valorativos y no psicológicos KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 316, constatando con curiosidad que, pese a afirmar la jurisprudencia que lo que debe probarse es aquello que realmente ha pasado por la cabeza del autor, se acaben resolviendo los casos con un criterio objetivo consistente en decidir en qué casos no se admite una confianza en la no realización del tipo.

[1260] Aunque de acuerdo con ideas ya expuestas *supra* XII.5, en los casos en que se dé tal inimputabilidad propiamente no será necesario llegar a analizar la cuestión del tipo subjetivo, pues las conductas de los plenamente inimputables se consideran, ya de entrada, penalmente irrelevantes.

[1261] VON WICK, *ACR*, 1857, p. 607. Estas ideas pueden vincularse a juristas muy anteriores, como *Baldo*, quien ya afirmaba que aquél que «con la intención de herir emplea un arma que según su naturaleza y la forma en que se utiliza es adecuada para causar la muerte, debe darse cuenta de la posibilidad del desenlace mortal»; KLEE, *Der dolus indirectus*, pp. 11, matiza que este «deber darse cuenta» no se refiere al desconocimiento propio de la imprudencia, sino al deber-conocer del sano sentido común, pues la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter peligroso de determinadas acciones cuando éste es de conocimiento general, sino en el error sobre la existencia de las circunstancias fácticas que dan pie a la existencia de peligro. Contra la idea de que la mera esperanza o confianza del autor, es decir, «la arbitrariedad subjetiva de éste», pueda servir para trazar la frontera entre dolo e imprudencia, *ibidem*, p. 30.

Así, socialmente no se entiende posible que alguien en plenitud de sus facultades mentales, que conoce en abstracto que una bomba es un medio apto para acabar con la vida de seres humanos, y que conoce también que en el lugar en que ha colocado dicho artefacto se encuentran personas, deje de representarse que al actuar de este modo está llevando a cabo una conducta concretamente apta para producir un resultado de muerte [1262].

Una vez expuesta la idea de la *especial aptitud* de determinadas conductas con respecto a la producción de ciertos resultados lesivos y analizada ésta en diversos supuestos, conviene abordar seguidamente la exposición teórica de la figura de las *conductas (arriesgadas) neutras*, aquéllas en que, a diferencia de las *especialmente aptas*, sí se otorga en principio plausibilidad a la invocación por parte del sujeto de una incorrecta integración de los factores de peligro reconocidos.

XVII.4. «CONDUCTAS NEUTRAS» DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU APTITUD LESIVA

Las ideas expuestas en el apartado anterior llevan a imputar a un sujeto el *juicio de concreta aptitud lesiva* que requiere el dolo del resultado cuando se considere que su conducta resulta *especialmente apta* para producir un determinado resultado lesivo. Sin embargo, la anteriores modalidades de comportamiento sólo constituyen una pequeña parte de entre todas aquéllas que pueden presentarse en la práctica. Junto a éstas existe una gran cantidad de conductas en que, pese a haberse imputado previamente al sujeto el conocimiento de un riesgo en abstracto y de todas las características objetivas de la situación en que ha llevado a cabo su comportamiento, desde el punto de vista de la interpretación social no parece posible descartar por completo la posibilidad de que no se hayan integrado ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Se trata, por tanto, de comportamientos en los que socialmente no tiene por qué ser inimaginable una *no integración* de la aptitud lesiva del riesgo que con ellos se crea.

[1262] El punto de vista aquí defendido viene a coincidir en buena medida con la idea expresada por *Herzberg* (cfr. *supra* IV.2.C), según la cual en determinadas creaciones de riesgo se estima irrelevante el hecho de que el sujeto haya podido confiar o no en el no acaecimiento del resultado. Sin embargo, se discrepa de la postura de este autor en cuanto a que el criterio para determinar cuándo es inadmisible tal confianza sea la *cobertura* del peligro creado. En este sentido, las conclusiones tampoco se alejan de los puntos de vista que defienden que la confianza del autor sólo sea capaz de excluir el dolo en los casos en que tal confianza pueda reputarse racional, aunque se discrepe en los criterios de fundamentación y en la terminología de estas posturas (cfr. *supra* III.3.C y V.3.B).

El término «*conducta (arriesgada) neutra*» va a emplearse en este trabajo para designar aquellos comportamientos que, desde la óptica de la valoración social, no siempre se consideran inequívocamente ligados a la creación de un determinado riesgo. Frente a dicho riesgo, las *conductas neutras* tienen un carácter, si bien no completamente ajeno (lo que podría llevar a excluir la imputación objetiva), tampoco especialmente idóneo por lo que respecta a su aptitud para producir un determinado resultado. Cuando concurre una de estas conductas es socialmente imaginable que durante su ejecución se haya producido por parte del sujeto una *no integración* de la aptitud lesiva del riesgo, posibilidad que no se admite, por contra, en las conductas *especialmente aptas*, pese a que con ambas se cree un riesgo jurídicamente relevante y el resultado causado sea, por tanto, objetivamente imputable a quien las haya realizado.

La conducción de automóviles es, probablemente, uno de los casos más evidentes de *conducta neutra* con respecto a resultados como la muerte, las lesiones o los daños. Si bien es indiscutible que a tal actividad se le puede asociar la creación de determinados riesgos para la vida, la integridad física o el patrimonio, lo cierto es que no son sólo estos riesgos lo que desde el punto de vista social impregna las valoraciones acerca del acto de conducir, sino también las indudables ventajas que éste comporta para el conjunto de la sociedad [1263]. Junto con la anterior, pueden apuntarse otras conductas que son valoradas como *neutras* respecto a ciertos resultados, como, por ejemplo, propinar un puñetazo a alguien, construir una casa o comercializar un producto comestible son *neutros* con respecto al resultado muerte: en función de la forma de ejecución de las anteriores conductas podrá ser objetivamente imputado el resultado en cuestión, pero ello no querrá decir que desde el punto de vista social pasen a considerarse conductas *especialmente aptas* para pro-

[1263] LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977, p. 174, constata esta doble valoración en los modos de proceder más comunes de la policía, cuando ésta trata de esclarecer hechos presuntamente delictivos. Así, afirma este autor, que a quienes provocan un accidente con el coche la policía no les suele preguntar, para probar un hipotético dolo, si no saben que conducir a determinadas velocidades crea un riesgo para la vida de los demás, pregunta que sí suele dirigirse a quienes han realizado conductas como disparar o estrangular: «ello se debe a que los puños, un cuchillo o un fusil se reconocen como armas homicidas, pero no, sin más, un automóvil. La diferencia radica igualmente en que los puños, el fusil o un cuchillo se emplean para hacer daño a otros, un objetivo que, por regla general, no forma parte de las intenciones de un automovilista». Este autor se muestra crítico con esta forma de proceder, pues entiende que con este tipo de interrogatorios se pasa por alto que también en los primeros casos el autor puede haber dejado de representarse, en su concreta situación, la peligrosidad de su comportamiento. Otra opinión en KÜHN, *NJW*, 1967, p. 24, quien no entiende justificable que a los conductores se les trate por principio como autores imprudentes, incluso en aquellos casos en que realizan maniobras sobre las que se conoce perfectamente que son la causa habitual de numerosas muertes.

ducir tal resultado[1264]. Por este motivo sólo merecen el calificativo de *conductas peligrosas neutras*.

Como se desprende de los anteriores ejemplos, la consideración de un comportamiento como *especialmente apto* para la originación de un resultado o, por contra, como *neutro*, exige que éste sea puesto en relación con determinados resultados. Así, por ejemplo, propinar a otra persona un golpe en el rostro con el puño cerrado es una conducta *especialmente apta* para causar determinadas lesiones, si bien sólo puede considerarse una *conducta neutra* con respecto al resultado muerte[1265]. En segundo lugar, para que pueda calificarse una conducta de *neutra* es igualmente necesario que ésta sea debidamente contextualizada. Volviendo el ejemplo de la conducción de automóviles, ésta será considerada una *conducta neutra* siempre que objetivamente se desarrolle dentro de unos cauces en que parezca plausible la posibilidad de *no integración* de la aptitud lesiva de los riesgos que con ella se crean. Por contra, dicha *no integración* no se entenderá posible cuando el sujeto conduzca de tal modo que, ya en el plano de lo objetivo, sea imposible explicar su forma de actuar sin pensar en la creación del riesgo por sí mismo. Son éstos casos en que el sujeto lleva a cabo una conducta en principio *neutra* de un modo tan poco habitual y tan evidentemente orientado a la creación de un riesgo, que ésta pasa a convertirse en un comportamiento *especialmente apto* para provocar un determinado resultado lesivo.

Por ejemplo,

Una no integración de la concreta aptitud lesiva parece posible en los supuestos en que un conductor provoca un accidente mortal al realizar un adelantamiento peligroso o al no mantener la preceptiva distancia de seguridad con el vehículo que le precede. Sin embargo, tal falta de integración no parece posible en el caso en que el conductor persigue con su coche a un peatón, saliéndose incluso de la calzada, entrando en unos jardines y causando finalmente su muerte arrollándole contra una pared. En este último caso el autor convierte su coche, incluso desde el prisma objetivo, en un «arma para matar», por lo que ya no puede considerarse que su conducta sea meramente neutra con respecto al resultado de muerte.

[1264] Acertadamente, la STS de 21 de enero de 1997 (A 193, ponente Soto Nieto): «de los motivos y antecedentes sólo puede extraerse la conclusión de originación de un incidente simple y un querer dirimirlo por la fuerza o razón de los puños. De ahí que afirme el Tribunal que no hubo dolo directo para acabar con la vida del fallecido (...) no se estima discurriera por su mente [del acusado] que su acción pudiera desencadenar la muerte de la persona a quien dirigió su puño».

[1265] En una línea similar, en la STS de 15 de octubre de 1990 (A 8072, ponente García Miguel) se entiende que en la acción de rociar a otra persona en la cara con ácido fluhorídrico puede no darse la representación de posibilidad de un resultado letal.

La distinción entre conductas *especialmente aptas* y *conductas neutras* tiene una especial importancia en todo lo que respecta a la finalidad que se debe conseguir con la sanción penal. Así, en el caso del primer tipo de conductas, las valoraciones sociales consideran imposible que un sujeto imputable no haya conocido, en su situación concreta, que estaba realizando una conducta concretamente idónea para provocar un determinado resultado. Por este motivo, una resolución judicial que sostenga lo contrario —basándose, por ejemplo, en afirmaciones de determinadas disciplinas científicas— emite a la sociedad un mensaje que ésta no puede comprender. En el caso de las *conductas neutras* se produce el fenómeno inverso: la sociedad puede comprender perfectamente que en este género de comportamientos el sujeto no haya realizado un *juicio de concreta aptitud lesiva*, pues desde el punto de vista de la colectividad no se considera que éstas sean conductas que de forma inequívoca se realicen siempre con consciencia de los riesgos concretos que suponen. En este caso *la negación del dolo es asimilable por la sociedad y, por tanto, debe ser la regla general*, excepto en aquellos casos en que a la mera conducta se agreguen una serie de circunstancias concomitantes que tiñan con el tono de la consciencia su realización. Al análisis de los supuestos en que la concurrencia de una *conducta neutra* en el plano objetivo no debe impedir la apreciación de una realización delictiva dolosa se dedica el siguiente subapartado.

A) La imputación del juicio de concreta aptitud lesiva en las conductas neutras

Como se ha avanzado en el apartado anterior, *la regla general que debe regir para determinar el tipo subjetivo de conductas (arriesgadas) neutras es la no imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y, por tanto, la imputación del resultado a título de imprudencia.* Sin embargo, cuando junto a la conducta concurran determinadas circunstancias objetivas, esta regla general puede dejar de regir[1266]. El análisis de tales circunstancias se aborda a continuación.

A.1. Conductas neutras y exteriorización del conocimiento

Aunque el sujeto realice una conducta que tenga el carácter de *neutra* en lo que respecta a su aptitud para provocar un determinado resulta-

[1266] Este planteamiento, en realidad, no es del todo nuevo. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 214-216, ya distinguía entre aquellos comportamientos que implicaban en sí mismos una intención criminal («casos en que la materialidad solo tiene un significado y fin posibles») de aquellos otros en que no se da tal implicación. En este último caso, la intención debe ser acreditada a través de otras circunstancias.

do lesivo, a dicho sujeto *deberá serle imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente idónea para producir el resultado en cuestión cuando, durante o después de su realización, haya exteriorizado que efectivamente realizó el juicio de concreta aptitud lesiva requerido por el dolo de los delitos de resultado*, es decir, cuando haya puesto de manifiesto que al realizar el hecho integró correctamente el conjunto de factores de riesgo conocidos[1267]. Estas ideas se desarrollan a continuación de acuerdo con el siguiente ejemplo:

> *Impactar frontalmente contra otro coche en la carretera no es un comportamiento que pueda juzgarse especialmente apto para producir un resultado de muerte: son perfectamente imaginables casos en que alguien impacte de este modo con otro vehículo sin hacerlo de forma consciente. Sin embargo, si tras el impacto uno de los dos conductores reconoce haber sido consciente del concreto peligro creado, por haber intentado, por ejemplo, causar de este modo la muerte del otro conductor, deberá serle imputado el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta realizada y concurrirá, por tanto, un homicidio doloso*[1268].

Estas afirmaciones permiten salvar algunos de los puntos débiles que se constatan en las denominadas «teorías objetivizantes» del dolo[1269]. Así, cuando *Herzberg* afirma, por ejemplo, que aunque el sujeto conozca determinados peligros (*cubiertos*), éstos resultan siempre inidóneos, ya en el plano de lo objetivo, para fundamentar una imputación dolosa, olvida que las declaraciones del sujeto afirmando haber sido plenamente consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta en el momento de realizarla, pueden hacer variar claramente el sentido social de un comportamiento que, prescindiendo de tal afirmación, podría parecer realizado de modo inconsciente. Algo parecido sucede con los planteamientos defendidos por *Puppe*: métodos que *a priori* pueden antojarse como totalmente inapropiados o irracionales para la causación de un determinado resultado pueden dejar de parecerlo si, de acuerdo con los objetivos expresados por el autor, resultan ser la vía escogida para dicha causación, siempre que se trate, por supuesto, de conductas que comporten, en el

[1267] Sobre los fundamentos básicos de la *exteriorización del conocimiento* y la imputación de éste, cfr. *supra* XIV. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 560, atribuye a las afirmaciones del autor posteriores al hecho «sobre su situación psíquica en el momento del hecho», un importante valor indiciario, como entienden en general la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.

[1268] Interesante el caso resuelto en la STS de 14 de diciembre de 1994 (A 9377, ponente Carrero Ramos): puede llegar a interpretarse como *conducta neutra* con respecto al resultado de muerte el hecho de que un automóvil esté a punto de arrollar a un peatón tras subir al bordillo y superar diversas islas peatonales. Sin embargo, el dolo debe imputarse cuando entre los hechos probados consta que uno de los ocupantes del vehículo gritó «tira para delante, llévatelo».

[1269] Cfr. *supra* IV.2.

plano objetivo, la creación de un peligro típicamente relevante[1270]. En ambos casos bastaría una *exteriorización* de tales conocimientos para que la valoración social del hecho cambiase radicalmente y pudiera imputarse al sujeto la creación de un riesgo siendo consciente de su concreta aptitud para producir un resultado lesivo.

> *Por ejemplo,*
>
> *Un empresario de la construcción se niega a suministrar a uno de sus operarios el equipamiento necesario para garantizar su seguridad cuando éste trabaja a grandes alturas, a lo que dicho trabajador no se opone por miedo a perder su puesto de trabajo. Un día el operario cae de una altura superior a 50 metros, produciéndose su muerte instantánea.*

Si únicamente fuera éste el *factum* de la sentencia parece que concurriría, como mucho, un homicidio imprudente. Dejando a un lado el correspondiente delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP), podría imputarse al empresario el conocimiento de los peligros que en abstracto se derivan del hecho de que sus trabajadores no actúen con el equipamiento necesario, pero sería perfectamente aceptable la hipótesis de que en su caso específico el empresario hubiera pensado que no iba a pasar nada, es decir, que no integrase correctamente la concreta aptitud lesiva de su conducta. *Herzberg* hablaría en este caso de «peligro *cubierto*» y *Puppe* de «estrategia inidónea para la causación del resultado de muerte». Sin embargo, la valoración de la situación cambia por completo si, dado el caso, el empresario declara arrepentido ante el Tribunal que le juzga que siempre fue consciente del riesgo que corría su trabajador, pero que le tenía muy poca simpatía y que, negándole las medidas de seguridad, albergaba la esperanza de que algún día se precipitara al vacío produciéndose su muerte. Es indudable que el tipo de conducta arriesgada llevada a cabo el sujeto es un factor clave para decidir acerca del dolo de éste, pero no debe pasarse por alto que hechos simultáneos o posteriores a la realización de tal conducta pueden hacer cambiar la valoración social de ésta, en principio considerada inconsciente, pasando a entenderse que ha sido realizada con plena consciencia y, por tanto, dolosamente[1271].

[1270] El análisis de la causación de muertes y lesiones a consecuencia de un impacto frontal entre automóviles lleva a pensar inicialmente en imprudencia, pero la valoración del caso cambia si entre los hechos probados consta que uno de los conductores expresó a su acompañante su intención de causar la muerte de ambos. Cfr., en este sentido, el caso comentado por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, reimp. 1988, pp. 212-215, tomado de la STS de 20 de abril de 1977 (A 1689, ponente Díaz Palos).

[1271] A lo que se une el hecho de que tanto *Herzberg* como *Puppe* (cfr. *supra* IV.2.C y IV.2.D, resp.) exigen para el dolo el conocimiento por parte del autor del tipo de riesgo que está creando con su comportamiento, sin que quede claro si tal exigencia debe inter-

El punto débil de las teorías de *Puppe* y *Herzberg* radica en pretender convertir lo que es habitual en la praxis en una regla general no sujeta a excepciones[1272]. Cierto es que, en la práctica, casi nunca se darán confesiones autoinculpatorias como la del ejemplo anterior y, cierto es también, que las creaciones de determinados riesgos se considerarán casi siempre inconscientes, sobre todo en aquellos ámbitos de la vida en que su creación sea bastante frecuente. Pero el que se niegue la consciencia de la concreta aptitud lesiva en tales supuestos puede venir dado en un buen número de casos por la falta de una base fáctica suficiente para atribuir al sujeto tal consciencia y no por el hecho de que tales riesgos sean en sí mismos siempre inidóneos, ya en el plano objetivo, para fundamentar una realización típica dolosa. En consecuencia, cuando exista base fáctica para atribuir el conocimiento —que en este caso vendrá dada por la *exteriorización*—, deberá apreciarse, incluso en el caso de las *conductas arriesgadas neutras*, una comisión dolosa. Que pocas veces en la práctica se cuente con tal base fáctica no impide plantearse la posibilidad teórica de su existencia, por lo que no es adecuado afirmar que determinados riesgos, pese a ser jurídicamente relevantes, excluyan *siempre y en todo caso* en el plano objetivo cualquier posibilidad de una condena por delito doloso.

En cualquier caso, son trasladables a este punto las consideraciones ya expuestas según las cuales la imputación debe descartarse cuando la *exteriorización* del conocimiento concreto del riesgo parezca únicamente consecuencia de una escrupulosidad patológica por parte del sujeto de la imputación y no permita alterar el sentido social del hecho como socialmente inocuo[1273].

A.2. Captación de la proximidad del resultado lesivo

Estructuralmente distintos a los supuestos acabados de exponer, pero merecedores de un idéntico tratamiento, son aquellos casos en que, pese a que no puede entenderse que la conducta realizada por el sujeto sea *especialmente apta* para producir un determinado resultado, se considera que durante la realización del hecho dicho sujeto ha captado necesariamente a través de sus sentidos lo que eran datos evidentes de la proximidad de la realización del riesgo creado en el resultado, es decir, muestras incuestionables de la concreta aptitud lesiva de la conducta. *Si pese a tal captación el autor no ha desistido de su comportamiento, debe ser-*

pretarse como una cuestión a resolver mediante valoración (imputación) o a través de la averiguación de un dato psicológico.

[1272] En tal sentido la crítica de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 930 (nota 92) a *Herzberg*, calificando su postura de «esquemática».

[1273] Cfr. *supra* XIV.4.

le imputado el conocimiento concreto de la aptitud lesiva de su conducta y, por tanto, la causación dolosa del resultado. En estos casos se descarta la posibilidad de que se haya producido una *no integración* de la aptitud lesiva, precisamente porque el mismo hecho le muestra a su autor la idoneidad del peligro que está creando para producir un resultado y lo hace, además, de un modo tan evidente que desde la óptica social no se entiende posible una interpretación errónea.

> *Por ejemplo,*
>
> *Propinar con el puño diversos golpes en la cara de una persona adulta y sana es, desde el punto de vista de la valoración social, una conducta que está inequívocamente vinculada a la creación de un riesgo para la integridad física de ésta, es decir, una conducta especialmente apta para producir unas lesiones, pero no una muerte. Sin embargo, si después de los primeros golpes se manifiestan rasgos evidentes del peligro de muerte (pérdida de consciencia, vómitos de sangre ...) y, pese a ello, el sujeto sigue golpeando, deberá atribuírsele el conocimiento de la concreta aptitud de su comportamiento para producir un resultado mortal*[1274].

En estos supuestos, si bien en el instante inicial de realización de la conducta no puede descartarse la posibilidad de que el sujeto no haya valorado correctamente la aptitud lesiva de su comportamiento, la forma en cómo éste se ha desarrollado hace que, a partir de un determinado momento, ya no sea admisible una hipotética *no integración* de su concreta aptitud lesiva. Para que concurra esta estructura es necesario que el hecho pueda ser valorado como una *conducta neutra*. Si la conducta inicial es *neutra* y, al aparecer los síntomas inequívocos de proximidad del resultado, el autor se detiene, no es posible imputarle el conocimiento necesario para el dolo[1275]. Por contra, si la conducta desde el primer momento tiene el carácter de *especialmente apta* para producir el resultado en cuestión deberá afirmarse que concurre un supuesto de tentativa y posterior desistimiento.

[1274] Cfr. el supuesto que resuelve la STS de 23 de noviembre de 1996 (A 8683, ponente Montero Fernández-Cid): los acusados advirtieron que una de las personas a las que acababan de agredir «respiraba dificultosamente», pese a lo cual siguieron golpeándola.

[1275] Cfr. la STS de 25 de septiembre de 1967 (citada por ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 409): «X conducía un autobús detrás de un ciclomotor sin prestar la debida atención a la circulación, al manejo del mismo y a las distancias reglamentarias que deben guardarse entre los vehículos —y todo ello pese a llevar roto el freno de pie. El autobús llegó a golpear al ciclomotor hasta tres veces, derribándole en la última y atropellando al conductor que resultó muerto». El TS califica el hecho de homicidio imprudente, pese a que parece existir sobrada base objetiva (tres golpes al ciclomotor) para considerar que el conductor del autobús por fuerza integró la aptitud de su conducta para causar una muerte, pese a lo cual siguió actuando. ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p. 408, califica las conclusiones a que llega el Tribunal de «sumamente discutibles».

Por ejemplo,

Si al aplicar un curandero un determinado tratamiento a un paciente (conducta neutra), advierte que los medicamentos suministrados (generalmente inocuos) llevan a que dicho paciente pierda la consciencia y sufra fuertes espasmos y vómitos, decidiendo entonces interrumpir las sesiones, no será posible atribuirle (a falta de exteriorizaciones) que en el momento inicial se hubiese representado la concreta aptitud lesiva de su conducta. Si pese a todo el paciente muere, concurre un homicidio imprudente[1276]*. Por contra, si al advertir los claros signos de proximidad de la muerte el curandero no deja de suministrar medicamentos, el homicidio deberá considerarse doloso, al haber advertido el sujeto la proximidad de la realización del riesgo y, sin embargo, haber seguido adelante con su conducta.*

Distinto es el caso en que alguien vierte cianuro en la copa de la que va a beber otra persona y lo hace conociendo que el cianuro es un veneno mortal y que lo que vierte en la copa es efectivamente cianuro (conducta especialmente apta para causar una muerte). Por mucho que el autor llame a una ambulancia al ver cómo reacciona la víctima tras tomar la bebida, debe afirmarse un homicidio doloso si la víctima del envenenamiento acaba por morir y una tentativa (con desistimiento o no) si consigue salvarse su vida[1277].

A.3. Imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y dinámica comisiva

Un tratamiento similar al propuesto para los casos tratados anteriormente debe otorgarse a aquellos supuestos en que la dinámica comisiva del comportamiento típico hace impensable que el sujeto (que conoce el riesgo en abstracto y las circunstancias de la situación en la que actúa) no haya llegado a realizar un *juicio de concreta aptitud lesiva* acerca de su conducta. Así como en los supuestos en que se da una realización «acelerada» del tipo parece plausible la hipótesis de que un sujeto no

[1276] Por ello sólo debe afirmarse un homicidio imprudente en el caso resuelto en la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos) y comentado por SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona, 1997, pp. 147-149. En este supuesto, una madre hizo ingerir a su hija de pocos meses un gran número de biberones de leche y agua, provocando su muerte por asfixia. Obligar a beber una gran cantidad de líquido es una *conducta neutra* con respecto al resultado de muerte y el hecho de que, al advertir la procesada los vómitos de la niña, no prosiguiera con su comportamiento, es una circunstancia que impide atribuirle el conocimiento exigido por el dolo. La circunstancia de que la procesada sufriera transtornos esquizofrénicos y oligofrénicos no desempeña papel alguno en la «determinación del dolo» (en contra de la opinión del TS). Está de acuerdo con esta última idea DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 338-339 (nota 55), pese a que entiende que el caso debe calificarse de parricidio doloso.

[1277] Sobre la problemática que plantean los supuestos en que se da un comportamiento del acusado, posterior o simultáneo al hecho, dirigido a evitar la producción del resultado se vuelve más adelante en *infra* XVII.4.B.2.

haya sido capaz de integrar todos los factores que conoce en un juicio válido, *en los casos en que dicha realización se prolonga en el tiempo no parece posible sostener que el sujeto no haya integrado correctamente en un juicio de concreta aptitud lesiva todos los factores de la situación que conoce*[1278].

> *Esta regla permite dar una solución al denominado «Caso del aceite de colza»*[1279]*: el prolongado y complejo proceso que va de los contactos iniciales entre empresarios aceiteros hasta la comercialización del aceite hace impensable que, siendo conocedores como eran los acusados de los factores de riesgo singulares, no se representaran que introducir el aceite en el mercado fuera una conducta apta para lesionar la vida o la salud de los potenciales consumidores.*

A esta idea recurre explícitamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de abril de 1995[1280]. En este caso, el ordenanza de un edificio de la Seguridad Social rellenó un impreso con membrete de la Tesorería General de dicho organismo donde se certificaba que un empresario se hallaba al corriente en el pago de ciertas cuotas, un acto para el que dicho ordenanza era totalmente incompetente. La Audiencia Provincial condena al acusado por falsedad imprudente. El Tribunal Supremo replica que tal imprudencia no es posible y que concurre un delito doloso: «*piénsese en la complejidad de los actos llevados a cabo*, piénsese en las condiciones de cultura en relación con los conocimientos profesionales del acusado. Unos y otros excluyen naturalmente el error»[1281].

También en la jurisprudencia del BGH alemán puede verse reflejado este criterio, pues este Tribunal se muestra especialmente estricto en la atribución al sujeto del conocimiento de la peligrosidad de una conducta en aquellos casos en que no concurre «un hecho espontáneo en el que déficits psíquicos, como arrebatos nerviosos, alcoholización o incontrola-

[1278] El *tempo* de la dinámica comisiva suele sostenerse por la doctrina como un dato a tener en cuenta en la «determinación del dolo» y, en este sentido, suele afirmarse que la ausencia del dolo parece siempre mucho más plausible en aquellos supuestos en que la comisión delictiva tiene un carácter tan repentino que el sujeto difícilmente ha podido ponderar los pros y contras de su actuación y, por tanto, a duras penas puede haber valorado correctamente la entidad del peligro creado con su conducta; cfr., al respecto, FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 557-558.

[1279] STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater).

[1280] A 2874, ponente De Vega Ruiz.

[1281] Cursiva añadida. El Tribunal Supremo continúa afirmando que «la Audiencia, dada la trascendencia de su argumentación, debió explicar las razones para llegar a ese error de tipo que anuncia en su sentencia, de otro lado "construida" con encomiable celo. Aunque no queda aclarada la diferenciación, o aplicación en su caso, del error de tipo o el error de prohibición, resulta evidente en base a las declaraciones hechas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de noviembre 1990 y 27 de mayo 1987), que basta para excluir el error la consciencia del agente sobre una alta probabilidad de antijuridicidad en los actos que realiza».

bles obcecaciones emocionales, puedan mermar la correcta valoración de una situación de peligro»[1282]. Para el BGH, la afirmación del dolo resulta mucho más evidente cuando el sujeto ha planeado largamente el hecho, de tal modo que no resulta pensable que haya podido dejar de valorar los peligros que de él se derivan. De afirmaciones como ésta se extrae la idea de que la hipótesis de una *no integración* de la concreta aptitud lesiva se acepta, por regla general, sólo en supuestos en que la dinámica comisiva se desarrolla de tal modo que el sujeto no tiene demasiado tiempo para sopesar los posibles efectos de su actuación y, en consecuencia, no resulta impensable admitir que haya errado sobre la concreta aptitud lesiva de sus actos.

La explicitación de este criterio tiene una importancia clave para el tratamiento de la cuestión del dolo dentro del Derecho penal económico. Parece indiscutible que la forma en cómo los sujetos toman sus decisiones en la actividad económica y empresarial poco tiene que ver, en la inmensa mayoría de ocasiones, con el modo en que se suele proceder, por ejemplo, cuando se llevan a cabo conductas violentas o, incluso, cuando se circula en el ámbito del tráfico rodado, donde la toma de decisiones obedece a menudo a simples impulsos, sin que exista apenas tiempo para reflexionar sobre los posibles riesgos. Por contra, y como afirma *Volk*, «la economía actúa dolosamente», pues quienes operan en el tráfico económico no suelen tomar decisiones de un modo irreflexivo, sino previa planificación y cálculo de los posibles riesgos y consecuencias[1283]. Esta realidad tiene una gran trascendencia a efectos de la imputación del conocimiento: así como puede admitirse la posibilidad, por ejemplo, de que un conductor que sabe que, en general, invadir el carril contrario genera determinados riesgos no haya integrado correctamente dicho conocimiento en el preciso momento en que realizó tal maniobra, en el caso del Derecho penal económico tal posibilidad de desfase entre conocimiento abstracto del riesgo y conocimiento de la concreta aptitud lesiva no parece admisible en casi ningún supuesto.

[1282] Sentencia del BGH de 28 de abril de 1994, *NStZ*, 1994, p. 484.

[1283] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 623. Muy interesante a este respecto la STS de 12 de abril de 1992 (A 5213, ponente Martín Pallín), donde se plantea la aplicación de la antigua circunstancia agravante de premeditación a un delito de alzamiento de bienes, afirmando el Tribunal Supremo, que «la reflexión detenida e insistente sobre la realización de un acto criminal es inherente al proceso ideológico y psicológico generador de un delito de alzamiento de bienes, cuya principal característica radica en elaborar un plan de cierta complejidad jurídica que culmine con la salida de una serie de bienes del patrimonio del deudor (...) la preparación de medios y la ejecución de sus fases sucesivas hacen que la agravante de premeditación resulte incompatible con determinadas clases de delitos contra el patrimonio y especialmente con el alzamiento de bienes». Cfr., en un sentido similar, la STS de 7 de marzo de 1991 (A 1929, ponente Barbero Santos): «una estafa irreflexiva, sin una cierta meditación, no es fácilmente concebible».

En relación con las anteriores afirmaciones, basta con imaginar el caso en que un empresario afirmase haber sido plenamente consciente de que una determinada campaña de publicidad resultaba adecuada *en abstracto* para provocar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (en el sentido del delito publicitario del art. 282 CP), pero no haber contado con tal consciencia en el momento concreto de lanzar dicha campaña. Prescindiendo de la posibilidad de que situaciones como ésta puedan llegar a darse desde una perspectiva psicológica, desde el punto de vista de las valoraciones sociales no cabe duda de que tales desfases no se aceptan como posibles. Ello tiene una notable importancia práctica: como regla general, en el Derecho penal económico basta con imputar al autor el conocimiento de la aptitud lesiva abstracta de una conducta para atribuirle también el conocimiento de su concreta aptitud[1284].

Las diversas formas que puede adoptar la dinámica comisiva alteran el sentido de la imputación en conductas objetivamente bastante similares. En este sentido, y si bien se ha afirmado que conducir es la *conducta arriesgada neutra* por excelencia, en algunos supuestos ello no impedirá que se impute al sujeto el conocimiento del riesgo concreto que se genera con su actuación. Así, por ejemplo, en el caso del conductor que entra girando en una calle a una velocidad no permitida y atropella a un peatón, se admite una *no integración* de la concreta aptitud lesiva de la conducta, pese a ser imputable a tal conductor el conocimiento de que conducir de ese modo es en general peligroso y de que en cualquier momento podía cruzarse un peatón. Por contra, al conductor que estando parado ante un grupo de manifestantes que le impiden el paso decide acelerar para continuar su viaje debe imputársele el conocimiento de la concreta aptitud lesiva (mortal) de su conducta, pues antes de actuar tuvo tiempo suficiente para ponderar los peligros de su comportamiento, sin que se considere posible una *no integración* de la citada aptitud.

[1284] Cfr., al respecto, la STS del 28 de febrero de 1992 (A 1401, ponente Bacigalupo Zapater), en que, en relación con un delito de alzamiento de bienes se afirma que «en la medida en que el autor sabía que los bienes estaban embargados, sabía también que con su enajenación privaría a los acreedores del derecho adquirido mediante el embargo a la ejecución de estos bienes. La realización de la acción en estas condiciones demuestra que ha obrado con conocimiento del perjuicio que causaba y que la representación del perjuicio que causaría no lo disuadió de su acción». *No integraciones* del riesgo concreto no parecen en estos casos posibles. Cfr. también la STS de 31 de mayo de 1991 (A 4017, ponente Bacigalupo Zapater): «el dolo [del delito de alzamiento de bienes] será de apreciar cuando el autor o autores hayan tenido conciencia de realizar operaciones que frustraban la ejecución del crédito del acreedor. Tal conocimiento es indiscutible cuando el autor realiza operaciones simuladas, por precios ficticios y transmisión a parientes próximos de la propiedad de bienes, afectados directamente por la ejecución de un crédito, cuyo pago se sabe incumplido». En sentido similar la STS de 27 de mayo de 1995 (A 3957, ponente Bacigalupo Zapater).

En este sentido no debe perderse de vista que para la imputación del conocimiento de la concreta aptitud lesiva también desempeña un papel importante el grado de certeza con que se puede imputar al sujeto el conocimiento de determinadas realidades. Así, retomando los dos ejemplos anteriores, al primer conductor sólo se le puede imputar el conocimiento de la posibilidad de que un peatón se cruce en la trayectoria de su automóvil, mientras que en el segundo supuesto se le atribuye la certeza de que si acelera va a arrollar algunos peatones. Ello lleva a afirmar que en cualquier caso no se admite la posibilidad de *no integración* de la consciencia de la concreta aptitud lesiva de una conducta en los casos en que, junto con una ejecución del hecho prolongada en el tiempo, el sujeto cuenta con un conocimiento cierto de los factores que integran la situación en la que actúa [1285].

B) No imputación del conocimiento en conductas neutras

De acuerdo con afirmaciones anteriores, *tres concretos presupuestos fácticos llevan a la imputación del conocimiento de la concreta aptitud lesiva de conductas (arriesgadas) neutras: las exteriorizaciones del conocimiento, la captación de indicios objetivos de proximidad del resultado lesivo y dinámicas comisivas prolongadas en el tiempo o realizadas tras una cierta planificación.* Dado que únicamente en tales supuestos parece posible imputar el conocimiento de la concreta aptitud lesiva a quien realiza una *conducta neutra*, en los restantes casos la causación del resultado sólo podrá imputarse a título de imprudencia. En algunas ocasiones podrán permanecer sospechas sobre cuál fue la verdadera representación del sujeto, pero éstas no bastarán para afirmar que su actuación haya supuesto de forma incontrovertida la realización consciente de una conducta apta para producir un determinado resultado [1286].

Por ejemplo,

La acusada, una joven de 19 años que residía en una ciudad distinta a la de sus familiares, oculta a éstos su embarazo y el posterior nacimiento de su hijo. Ante una repentina visita de sus padres esconde al pequeño en un armario tapándole con una gruesa toalla, lo que provoca su muerte por asfixia al cabo de unas horas [1287].

[1285] En este sentido se dirigen las afirmaciones de la STS de 8 de abril de 1984 (citada por ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 408): «el procesado accedió con su vehículo a una plaza y procedió a cruzarla sin observar las debidas precauciones y sin preocuparse de comprobar si algún otro vehículo entraba en la plaza por su derecha. Los resultados ocasionados por la colisión fueron imputados por la Audiencia a título de imprudencia temeraria. El TS confirmó la sentencia puntualizando que si el procesado hubiera continuado su maniobra pese a ver venir otros vehículos "el hecho podría constituir un delito intencional"».

[1286] FREUND, *Normative Probleme*, p. 38, entiende, como la mayor parte de la doctrina, que las meras sospechas no bastan para afirmar el dolo.

En este supuesto concurre una conducta (ocultar en un armario a un recién nacido tapado con una toalla durante algunas horas) que no puede considerarse *especialmente apta* para producir un resultado de muerte y que, en consecuencia, debe valorarse como un *comportamiento neutro* a efectos de la imputación del conocimiento de su concreta aptitud lesiva para la vida de la víctima. El hecho de que no conste una *exteriorización* por parte de la acusada sobre el conocimiento de tal aptitud, el hecho de que ésta no haya captado en momento alguno datos que expresaran la proximidad del acaecimiento del resultado letal y el que la dinámica comisiva se haya desarrollado de modo especialmente repentino, impiden que se impute a la acusada la correcta integración del concreto riesgo de muerte que concurría en tal situación. Por este motivo sólo debería ser condenada como autora de un homicidio imprudente.

Por todos los motivos citados, tal vez se antoje superfluo el análisis de la cuestión acerca de la no imputación del conocimiento en el caso de las *conductas neutras*, pues, por pura lógica, para la no imputación basta con que no se constate en un supuesto de hecho la existencia de aquellos factores objetivos necesarios para la efectiva imputación. Sin embargo, en los siguientes subapartados van a ser analizadas dos cuestiones que desempeñan un papel de cierta importancia en la actual praxis de la determinación procesal del conocimiento necesario para el dolo. Por una parte, el tratamiento que merecen aquellos supuestos en que la creación de ciertos riesgos parece especialmente irracional si se valora desde el punto de vista de los objetivos últimos del autor. Por otro lado, el valor que debe atribuirse al denominado «comportamiento posterior del acusado» a efectos de la «determinación del dolo».

B.1. La irracionalidad de los medios

A menudo suele afirmarse que la dogmática jurídico-penal trabaja con un esquema de sujeto exageradamente racional, con un modelo de persona fría y calculadora que en escasas ocasiones concurre en la reali-

[1287] Caso citado por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 333-345, quien entiende que se trata de un supuesto de homicidio doloso, lo que se justifica con base en una correcta aprehensión de la situación de peligro por parte de la acusada y en la decisión de ésta contra el bien jurídico, entendiendo que, «en este caso, los intereses personales de la madre, sus máximas de riesgo y sus objetivos se anteponen a la integridad del bien jurídico amenazado (la vida del niño), a la norma que lo protege y a la consideración por el ordenamiento (expresión de la voluntad general de la sociedad) de este bien jurídico como extremadamente valioso y digno de la especial protección que el Derecho penal otorga».

dad[1288]. Sin embargo, en el contexto que aquí interesa —la comunicación social— no parece en absoluto desencaminado entender que, entre los partícipes en dicha comunicación, se da la atribución recíproca de un cierto grado de racionalidad[1289]. De acuerdo con tal atribución, se considera que todas las personas orientan sus actuaciones en pos de determinados objetivos y que, para la consecución de éstos, realizan aquellas conductas que parecen adecuadas a tal fin, evitando a la vez aquellas otras que les alejan de éste o que les pueden ocasionar graves perjuicios.

En consonancia con la anterior idea, parece posible plantearse que un sujeto no haya sido verdaderamente consciente de lo arriesgado de su proceder cuando la creación de riesgo que ha llevado a cabo mediante su comportamiento parezca completamente irracional y desproporcionada a la luz del fin último para cuya consecución ha sido realizado dicho comportamiento[1290]. Estas situaciones se dan de modo especialmente evidente cuando con su hecho el sujeto no crea únicamente un riesgo que pueda dañar intereses ajenos, sino también intereses propios, especialmente cuando los hipotéticos perjuicios tengan un alcance que se antoje excesivo comparados con la entidad del objetivo ambicionado por dicho sujeto[1291].

[1288] Cfr., en este sentido, KÖHLER, *JZ*, 1981, p. 36 y EL MISMO, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 42, quien sostiene que en la vida cotidiana la mayoría de las decisiones no responden propiamente a una estrategia, sino que se toman tras «una corta reflexión». Cfr. también PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 462, donde se afirma expresamente que «nuestro sistema penal se basa en la imagen racional del hombre que tiene el Derecho penal» y LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 174 ss. Cfr. también al respecto KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 30 ss.

[1289] En esta línea las afirmaciones de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 9: «así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales —los únicos que aquí interesan— sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible».

[1290] BAUER, *Abhandlungen*, p. 283, atribuye valor indiciario para la prueba del dolo «al motivo y fin del hecho, en especial al interés [del autor] en el resultado». Más modernamente, MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 151, atribuye el valor de indicio, entre otros, a «la causa para delinquir».

[1291] Cfr., al respecto, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 54, quien pone de manifiesto la tendencia que existe en la doctrina a negar la voluntad en el dolo cuando el autor se comporta de tal modo que, si el riesgo se realiza en el resultado, él mismo puede verse perjudicado en sus propios intereses. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 34, quien atribuye al hecho de que el sujeto genere riesgos que le son indeseables la cualidad de «importante indicio» para afirmar que no ha contado con el conocimiento que exige la imputación dolosa, lo que no sucede, por ejemplo, cuando los resultados le sean indiferentes. Según las afirmaciones de LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 176 y 198, esta situación puede darse en muchos homicidios pasionales, en que «si los autores hubieran previsto las consecuencias de su actuación no habrían cometido el hecho»; cfr. también KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 25 ss.

Sin embargo, y como se intentará mostrar seguidamente, no son éstos criterios que sirvan de un modo concluyente para interpretar desde un punto de vista social el grado de consciencia con que se ha llevado a cabo un comportamiento[1292]. Ello se aprecia de modo evidente retomando dos ejemplos ya conocidos: *el caso del conductor que llega tarde a una fiesta* y el *del homicidio del compañero sentimental*[1293]. Un análisis detallado de estos dos supuestos permite afirmar que se da en ellos una estructura similar, pues *a posteriori* puede determinarse en ambos casos que la realización del tipo penal ha acabado siendo para el autor un medio irracional de acuerdo con su objetivo: el conductor difícilmente llegará a tiempo a la fiesta tras verse implicado en un accidente mortal y quien mata con un hacha a su compañera sentimental no conseguirá prolongar la relación amorosa que les unía, como era supuestamente su deseo. La irracionalidad de la conducta intermedia puede plantear dudas acerca de si el sujeto fue realmente consciente de que tal conducta era apta en aquella situación concreta para provocar una muerte.

El criterio de la irracionalidad es, sin embargo y ya de entrada, demasiado laxo para formular afirmaciones concluyentes. Para empezar, de acuerdo con este criterio debería negarse el dolo en la mayor parte de casos imaginables, pues si se atiende a todos los efectos posibles que pueden derivarse de la realización de un tipo penal (incluida la sanción) una gran parte de realizaciones típicas pueden ser valoradas como irracionales, pues los perjuicios que pueden acarrear al sujeto son a menudo muy superiores a los beneficios que éste perseguía al realizarlas.

> *Por ejemplo,*
>
> *Un sujeto atraca a punta de navaja a un transeúnte. Éste se niega a entregar su dinero, a lo que responde el primero clavándole el arma en el abdomen y provocando su muerte. En este caso, la causación de tal muerte puede verse como un medio totalmente irracional, pues los perjuicios que pueden derivarse para su autor (proceso, sanción ...) serán, a buen seguro, muy superiores a los beneficios que pudiera haber obtenido con la cantidad de dinero que quería sustraer a la víctima.*

Otro problema de este punto de vista viene dado por la duda sobre si la irracionalidad debe ser determinada con carácter general o *ex post*. Así, por ejemplo, conducir a grandes velocidades para no llegar tarde a una fiesta puede ser visto *ex post* como un medio totalmente irracional para conseguir semejante objetivo si el accidente efectivamente se produce; pero si el conductor tiene buena suerte y consigue llegar a tiempo

[1292] En el ámbito de la discusión histórica se daba sin embargo gran importancia al hecho de que pudiera encontrarse el motivo de la actuación del autor para afirmar el dolo de éste. Cfr. las posturas recogidas en HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 78 ss.

[1293] Cfr. *supra* III.2 y XVII.2.B.

porque no se ha cruzado con ningún otro coche por el camino, ya no parece que la forma en que ha conducido siga pareciendo tan irracional, pues, de hecho, le ha servido para alcanzar su objetivo. El criterio de la racionalidad es, por tanto, un criterio voluble, en la medida en que las apreciaciones que de él se derivan pueden ser muy distintas en función de datos como el efectivo acaecimiento del resultado, un factor del que, sin embargo, no parece posible extraer ninguna conclusión que permita establecer el grado de consciencia con que ha actuado un sujeto. Por todo ello, tal criterio no parece estar en condiciones de suministrar pautas firmes para imputar o dejar de imputar conocimientos. Por contra, tales pautas sí se aportan de modo mucho más convincente con las reglas expresadas en los apartados anteriores.

La jurisprudencia del BGH alemán, en el caso concreto del delito de homicidio, emplea para la afirmación del dolo un criterio que plantea ciertas semejanzas al de la irracionalidad de los medios empleados. Así, cuando dicho Tribunal no encuentra un motivo comprensible, o un interés personal, para explicar por qué un sujeto ha dado muerte a otra persona, suele negar que éste haya actuado con dolo de homicidio, pues entiende que ante toda muerte ajena existe una elevada barrera inhibitoria *(Hemmschwelle)* que no puede considerarse traspasada más que en aquellos casos en que sea posible encontrar un motivo claro por el cual el sujeto haya querido causar la muerte de la víctima[1294]. Cuando no sea posible encontrar tal motivo, entiende el BGH que sólo podrá afirmarse la existencia de un dolo de puesta en peligro, pues faltarán datos que hagan posible entender que el sujeto se resignó o aprobó la producción del resultado[1295].

El ya de por sí discutible planteamiento de este Tribunal (exigencia del cuestionable elemento volitivo del «aprobar» o el «resignarse») lo es más aun si se tiene en cuenta que el criterio de la «Hemmschwelle» se hace prevalecer en la práctica a *exteriorizaciones* evidentes del conocimiento o al dato de que la acción que ha llevado a cabo el sujeto tenga socialmente el inequívoco carácter de *especialmente apta* para producir un determinado resultado[1296]. Con este criterio, conductas que desde el

[1294] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 135 y OTTO, «Der Vorsatz», *Jura*, 1996, p. 473.

[1295] Sobre la teoría de la «Hemmschwelle», cfr. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 92; SCHUMANN, «Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH», *JZ*, 1989, p. 429, con abundantes referencias jurisprudenciales; PUPPE, «Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH», *NStZ*, 1992, p. 576 ss y LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 130 y n.º marg. 135-138. Cfr. también ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 73-74.

[1296] Cfr. los ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana por ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 74. Abundantes referencias jurisprudenciales sobre la cuestión en CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 87. Crítico con la teoría en general, a la que califica de «vaga», OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, p. 80 (nota 34). El mismo OTTO, *Jura*, 1996, p. 474, reprocha a la teoría de la «Hemmschwelle» que acabe llevando a soluciones distintas en casos

punto de vista social tienen el carácter de *especialmente aptas* para producir un resultado de muerte no reciben la pena prevista para el homicidio doloso, simplemente porque no es posible encontrar un motivo por el que el autor haya provocado la muerte de otra persona[1297].

Otro criterio totalmente superfluo para la imputación del conocimiento es el basado en la circunstancia de que durante la realización del tipo el sujeto haya puesto en peligro intereses propios, un hecho que, sin embargo, ciertas perspectivas consideran importante indicio para negar el dolo[1298]. Tampoco este dato tiene un carácter lo bastante inequívoco para negar la imputación de conocimientos, pues son perfectamente planteables supuestos en que, pese a haber puesto en peligro intereses propios, sea posible entender que el autor ha sido perfectamente consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta. El sujeto puede haber actuado tras ponderar todos los peligros que podían derivarse de su actuación, tanto para los demás como para sí mismo, y haber resuelto que, pese a arriesgar sus propios intereses, le merecía la pena correr tal riesgo. Por este motivo, el dato de que se hayan puesto en peligro intereses propios no tiene por qué excluir necesariamente la consciencia del peligro de intereses ajenos. Una vez más la cuestión depende de si la conducta se considera *especialmente apta* para producir un determinado resultado o si, por contra, se trata de una *conducta neutra* respecto de tal producción[1299].

idénticos desde el punto de vista fáctico. En el sentido de esta última crítica son especialmente interesantes las consideraciones de BRAMMSEN, «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?», *JZ*, 1989, p. 77. Igualmente crítico, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637.

[1297] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 70, reprocha al planteamiento de la «Hemmschwelle» que suponga «un cuestionable premio a la predisposición del autor a la eliminación mental», aunque lo cierto es que esta teoría se refiere, ante todo, al (pretendido) elemento volitivo del dolo eventual. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 74, entiende que esta construcción jurisprudencial «va demasiado lejos en aquellos casos en que el autor somete conscientemente a su víctima a un peligro extremo sin que se aprecien circunstancias que puedan dar pie a una confianza en el no acaecimiento del resultado».

[1298] En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 408, constata cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo trabaja a menudo, aunque sin explicitarlo, con «el criterio de que *el riesgo que haya corrido el propio autor* en el momento de realizar la acción puede *en ciertos casos* ser racionalmente indicativo de la culpa frente al dolo» (cursiva en el original).

[1299] Razonamientos similares a éstos pueden emplearse para resolver el llamado «Caso Bultó» (STS de 28 de noviembre de 1986, A 7841, ponente Soto Nieto): unos terroristas colocaron en el pecho de un industrial un artefacto explosivo, avisándole de que sólo lo retirarían previo pago de una elevada cantidad de dinero. Por motivos poco claros, el artefacto explotó sin que se hubiera hecho efectivo el desembolso requerido; como advierte GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 422 ss, la muerte del empresario puede verse como un medio absolutamente irracional para obtener el objetivo ambicionado, pero el tipo de conducta realizada no permite hablar más que de plena consciencia de la aptitud lesiva del peligro creado para la vida de la víctima.

Por ejemplo,

Quien coloca un artefacto explosivo en un edificio del que no sabe si va a poder salir a tiempo antes de que haga explosión pone evidentemente en peligro sus propios intereses, pero no cabe duda de que ello no debe impedir que se le impute el conocimiento de la aptitud lesiva de su conducta para otras personas.

El criterio de la puesta en peligro de intereses propios sirve aparentemente para negar la consciencia de la concreta idoneidad lesiva en casos como, por ejemplo, el del conductor que provoca un accidente habiendo arriesgado su propia integridad física. Se dice que el hecho de haber puesto en peligro tal integridad es un indicio para descartar que el sujeto fuera realmente consciente de los riesgos que creaba con su conducta[1300]. Sin embargo, este caso se resuelve de un modo más adecuado con el criterio basado en la distinción entre *conductas neutras y especialmente aptas*: de este modo consigue afirmarse dolo en el caso del artefacto explosivo e imprudencia en el del conductor, mientras que una aplicación coherente de la idea de que no concurre dolo cuando se ponen en peligro intereses propios llevaría a afirmar imprudencia en ambos casos, algo que resulta insostenible en el primero de ellos.

Las presentes consideraciones tienen una notable importancia cuando la creación del riesgo objetivamente típico es atribuible a una determinada actividad comercial, ya sea llevada a cabo por un particular o por una empresa. La finalidad de estas actividades es casi siempre la obtención de lucro. El criterio de la racionalidad de los medios llevaría a negar el dolo por principio en los supuestos en que, con el ánimo de conseguir dicho lucro, un empresario hubiera creado un riesgo para los potenciales consumidores de sus productos o servicios. Ello debería ser en buena lógica así, porque la causa de tales perjuicios puede ser vista a menudo como un medio irracional para conseguir ganancias económicas, pues las posibles multas e indemnizaciones que se deriven de la realización del riesgo creado (por no hablar de la afectación a otros derechos más personales o del desprestigio para la empresa) llevan, precisamente, a frustrar la finalidad del sujeto activo[1301]. También aquí los criterios anteriormente

[1300] ROXIN, *Strafrecht*, § 23, n.º marg. 23, afirma que el conductor que provoca un accidente de automóvil por regla general «confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta». Sin embargo, la negación del dolo siempre que el sujeto pueda padecer determinados perjuicios a consecuencia de su actuación sólo llevaría a castigar por delito imprudente en el caso del terrorista que colocase una bomba en un edificio sin estar seguro de poder salir de su interior antes de la explosión, algo a lo que nadie estaría dispuesto. Ello demuestra que el criterio decisivo es la clase de conducta realizada.

[1301] Esta argumentación es empleada por el BGH para negar el dolo en el «Caso del producto protector de madera», en que se consideró que la inhalación de dicho producto

expuestos (*especial aptitud* y *conductas neutras*) parecen conducir a soluciones más convincentes.

B.2. El comportamiento posterior del acusado

Dentro de la idea general de la irracionalidad de los medios como base para una hipotética exclusión del conocimiento necesario para el dolo, se plantean con cierta habitualidad en la práctica supuestos de hecho en que, sólo tras la creación del riesgo —y cuando la eventual realización de éste en el resultado ya no está en manos de quien lo ha creado o, incluso, ya se ha realizado efectivamente—, el sujeto exterioriza, de un modo más o menos explícito, su aparente disconformidad con las consecuencias de su actuación precedente[1302]. En este sentido, pueden surgir dudas sobre si, siempre y en cualquier caso, dicha muestra de disconformidad debe interpretarse como un indicio evidente de que en el momento anterior de creación del riesgo el sujeto no ha sido consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta. En otras palabras, puede plantearse la conveniencia de un enunciado según el cual, al sujeto que tras el hecho exterioriza su disconformidad con éste nunca le debe ser imputado la correcta consciencia del potencial lesivo de tal hecho en el momento previo en que lo llevó a cabo. Son éstos casos en que *a priori* no es posible determinar con claridad cuál era el objetivo de la actuación del sujeto, o bien, supuestos en que la realidad de dicho objetivo sólo

podía haber sido la causa de ciertas lesiones. Un comentario sobre la sentencia en ÍÑIGO CORROZA, «El caso del "producto protector de la madera" (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán», *AP*, 20 (1997), p. 439 ss. El Tribunal se basó en la idea de que «los acusados confiaban finalmente en que el producto no fuera defectuoso, dado que estaba en juego la reputación de la empresa que ambos representaban y no les interesaba, en absoluto, que ésta tuviera que hacer frente a una reclamación por daños» (*ibidem*, p. 446). De acuerdo con lo expuesto *supra* esta argumentación debe rechazarse, lo que no implica que, por otras vías (desconocimiento de la peligrosidad en abstracto del producto), pueda llegarse a la misma conclusión. Cfr. también en este ámbito los argumentos de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 112-113.

[1302] Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 419. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concedido con cierta habitualidad un notable valor indiciario a este dato. Así, por ejemplo, en la STS de 21 de febrero de 1994 (A 1551, ponente Soto Nieto) se atribuye dicho valor en casos de homicidio a la «conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desentendiéndose del alcance de sus actos y alejándose del lugar en que se protagonizaron, en equívoca actitud de huida, persuadido de la gravedad y trascendencia de aquellos». Cfr., también, la STS de 5 de diciembre de 1991 (A 8988, ponente Soto Nieto). En idéntico sentido, BAUER, *Abhandlungen*, p. 283. Por su parte, la jurisprudencia italiana también atribuye un notable valor indiciario, a efectos de determinar el dolo, a cuál haya sido el comportamiento del acusado posterior al hecho; cfr., al respecto, TASSI, *Il dolo*, p. 151.

parece obtenerse de los hechos posteriores a la realización de la conducta típica.

Para el análisis de esta cuestión parece especialmente interesante atender a las valoraciones contrapuestas que se aprecian de modo evidente en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1995 y en el voto particular que la acompaña[1303]. El resumen de los hechos que se sometieron a juicio en la citada resolución es el siguiente:

> *Las acusadas dieron de comer a una niña de diecinueve meses de edad con una cuchara sopera y, pese a ver que la niña rechazaba la alimentación con vómitos de comida y sangre, una de ellas continuó dándole de comer «sujetando la boca y metiendo la cuchara por la fuerza, despreciando la evidencia de las fuertes hemorragias». La sangre pasó al aparato respiratorio y la niña murió por asfixia. Al percibir la ausencia de respiración, las acusadas intentaron en vano diversas maniobras de reanimación y, seguidamente, salieron en un taxi en búsqueda de una ya inútil asistencia médica.*

En la resolución de este caso la ponencia del Tribunal Supremo entendió que el comportamiento posterior de las acusadas debía tomarse como indicio para excluir la voluntad de éstas con respecto a la causación del resultado mortal, mientras que en el voto particular se consideró que tal comportamiento sólo implicaba meras «maniobras que expresan con toda claridad un arrepentimiento *post factum*, que no se niega, pero que resultó ineficaz en la retirada o marcha atrás del camino del resultado». La discrepancia sobre el sentido en que debe valorarse la conducta posterior de un acusado es, como muestra el anterior ejemplo, especialmente manifiesta. Lo que debe dilucidarse en este orden de cosas es si conviene considerar que el comportamiento posterior debe interpretarse como una muestra de que en el momento de realizar el hecho no se ha sido realmente consciente de que la conducta era apta en aquella situación para producir un resultado (opinión de la ponencia, aunque referida al pretendido elemento volitivo del dolo) o bien, si debe entenderse (como hace el voto particular) que el arrepentimiento posterior no tiene por qué excluir una consciencia previa.

A favor de la interpretación que coincide con los resultados defendidos por la ponencia puede alegarse la regla ya apuntada (y descartada) según la cual, cuando la creación del riesgo puede ser valorada como un método irracional para la consecución de los objetivos del acusado, se entiende que este último no ha sido realmente consciente de la concreta aptitud lesiva de la conducta que estaba realizando: si las acusadas del

[1303] A 8241, ponente Delgado García. El voto particular lo formulan los magistrados Martínez-Pereda Rodríguez y Montero Fernández-Cid.

ejemplo querían seguir viviendo en compañía de la niña, crear para ésta un riesgo de muerte por asfixia era, qué duda cabe, una forma de comportarse completamente irracional para conseguir su objetivo. Por este motivo no se antoja descabellado entender que tales acusadas no fueran conscientes de que su conducta era realmente apta para acabar con la vida de la pequeña. Respecto a este criterio baste con remitir a las dudas ya expresadas en el anterior subapartado acerca de que la pretendida irracionalidad de determinados medios sea un mecanismo adecuado para negar la atribución del conocimiento que exige el dolo[1304].

Por contra, a favor de la interpretación del voto particular puede sostenerse que, por lo que respecta al dolo, lo único que debe tomarse en cuenta es el grado de conocimiento de las acusadas en el momento de creación del riesgo y que, a efectos de acreditar tal conocimiento, cuál fuera su conducta posterior es algo que no tiene una importancia definitiva. Dicho con otras palabras, el que las acusadas se arrepintieran o mostrasen su manifiesto disgusto acerca de lo que acababan de hacer no quiere decir que, al hacerlo, no fueran conscientes de ello. La misma experiencia cotidiana demuestra que a muchos disgustos o arrepentimientos *ex post* sólo se llega una vez se advierte de modo tangible cuáles han sido las consecuencias de un determinado comportamiento, lo que, sin embargo, no quiere decir que éste siempre se haya llevado a cabo sin el conocimiento de sus posibles consecuencias. El valor que cierta jurisprudencia suele atribuir al comportamiento posterior del acusado sólo parece explicable si se vincula a las concepciones más superadas de la teoría del consentimiento, es decir, a aquéllas que hacen depender la cuestión del dolo de si el autor observa el resultado con agrado o rechazo[1305].

La correcta solución de estos supuestos depende en cualquier caso del valor que deba atribuirse a la *exteriorización a posteriori* de cuáles eran, pretendidamente, los objetivos que *no* perseguía un sujeto con un determinado comportamiento. Aquí deberá distinguirse una vez más entre conductas *especialmente aptas* para producir un resultado lesivo y *con-*

[1304] Cfr. *supra* XVII.4.B.1.

[1305] El propio Tribunal Supremo no siempre es coherente en la valoración de la trascendencia que debe atribuirse al comportamiento posterior del acusado. Cfr., en este sentido, la STS de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz) en la que se condenan como homicidio imprudente los siguientes hechos: una mujer que había exteriorizado sus deseos de abortar, da a luz sin reclamar ayuda de terceros ni acudir a un hospital, cayendo al suelo el feto en el momento del alumbramiento y produciéndose su muerte por traumatismo craneal. La acusada corta incorrectamente el cordón umbilical y, seguidamente, envuelve al niño en una toalla y lo oculta bajo la cama. Las valoraciones usuales de la jurisprudencia sobre el comportamiento posterior del sujeto, de ser aplicadas con coherencia, deberían haber llevado en este caso a condenar por homicidio (o aborto) doloso. En este sentido, acierta plenamente BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 15, cuando sostiene que la conducta posterior del acusado no tiene un carácter indiciario unívoco. Sobre la teoría del consentimiento, cfr. *supra* II.2.A.

ductas arriesgadas neutras para la producción de tal resultado. Puesto que en el primer grupo de conductas la consciencia de su concreta aptitud lesiva se considera indesligable del hecho mismo, la actitud posterior del acusado en el sentido de expresar su disgusto o disconformidad con las consecuencias de tal comportamiento sólo podrá ser interpretado como un arrepentimiento: el sujeto ha sido, desde el punto de vista social, inequívocamente consciente de lo que hacía y sólo cuando ha visto las consecuencias de su actuación se ha arrepentido. Lo mismo sucede en aquellos casos en que, pese a ser la *conducta neutra*, debe imputarse al sujeto la consciencia de la concreta aptitud lesiva de su comportamiento[1306]. Arrepentimientos posteriores no eliminan conocimientos imputados por otras vías a un momento anterior[1307].

Por ejemplo,

Por mucho que quien acaba de golpear repetidamente a su víctima con una gruesa barra de hierro en la cabeza (conducta especialmente apta para la producción de un resultado de lesiones) llame a una ambulancia cuando aquélla yace ya sin sentido en el suelo, no puede dejar de afirmarse que en el momento de realización del hecho el autor ha sido consciente de que su conducta era apta para causar lesiones. Tal consciencia no desaparece por la actuación posterior.

Estas afirmaciones permiten dar una solución convincente al supuesto planteado al principio de este subapartado. En este caso las acusadas pudieron ver ante sí realidades que de modo inequívoco anunciaban la existencia de un riesgo inminente de muerte para la niña (espasmos, vómitos, hemorragias), pese a lo cual continuaron actuando. El que en este momento ya pueda afirmarse de modo inequívoco la consciencia de las acusadas acerca de la concreta aptitud lesiva del comportamiento que estaban realizando, hace que todos sus actos posteriores (maniobras de reanimación, salida hacia el hospital) sólo puedan interpretarse como la *exteriorización* de un mero arrepentimiento incapaz de anular una consciencia anterior que ya ha sido plenamente determinada. Tampoco la apelación a las anteriores experiencias de las acusadas por parte de la ponencia del Tribunal Supremo debe servir para negar la consciencia de

[1306] Cfr. *supra* XVII.4.A.

[1307] Consideraciones similares deben servir para negar trascendencia a un indicio del que a menudo se sirve la jurisprudencia para negar el dolo de matar: la circunstancia de que el sujeto activo no rematara a la víctima aun habiendo podido hacerlo. Cfr., en este sentido, los acertados argumentos de MAPELLI CAFFARENA, en *Delitos contra la vida e integridad física*, p. 54: «persistir [en la agresión] puede hacerse sin abandonar el ánimo lesivo cuando las heridas causadas a juicio del autor no son todavía las que se proponía y, a la inversa, la no persistencia no excluye el dolo homicida».

la concreta aptitud lesiva de la actuación llevada a cabo[1308]. En esta línea, resulta plenamente acertada la conclusión a la que se llega en la STS de 13 de febrero de 1993, en la que se apreció un homicidio frustrado en el acto consistente en clavar un cuchillo de cocina en el hemitórax de la víctima, por mucho que tras el ataque la autora hiciera avisar a un médico y a la Guardia Civil, circunstancia de la que simplemente se deduce un arrepentimiento[1309].

Descartada la hipótesis de que la conducta posterior del acusado pueda tener algún valor para anular la imputación del conocimiento en las conductas *especialmente aptas* o en las *conductas neutras* en que, de acuerdo con criterios ya expuestos, proceda atribuir conocimientos, el análisis de la trascendencia de tal comportamiento posterior debe circunscribirse al ámbito de las *conductas neutras* en relación con las cuales no conste ninguna *exteriorización del conocimiento*, ninguna manifestación exterior de la proximidad del riesgo o que, por su dinámica comisiva, no impliquen que el sujeto necesariamente haya conocido la concreta aptitud lesiva de su comportamiento. Sin embargo, el hecho de que tal análisis deba ceñirse a las citadas *conductas neutras* demuestra que el comportamiento posterior también es aquí un dato superfluo: en tales *conductas neutras* no procede por principio imputar conocimiento alguno de la idoneidad lesiva, excepto en las tres concretas situaciones citadas, por lo que el comportamiento posterior viene a corroborar algo que ya queda perfectamente determinado *a priori*, esto es, la conclusión de que el sujeto no se ha representado en el momento de actuar la concreta aptitud lesiva de su actuación.

Todas estas afirmaciones permiten demostrar la práctica intrascendencia del comportamiento posterior del acusado a efectos de imputación del conocimiento en que se fundamenta el dolo[1310]. El tradicional valor

[1308] No era la primera vez que las acusadas daban de comer a la pequeña de modo tan violento, lo que sirve a la ponencia para sostener que «parece lógico pensar que Soledad y Josefa [las acusadas] creyeran que la niña acabaría comiendo como en ocasiones anteriores, aunque se atragantara y llegara incluso a vomitar sangre. Pudieron prever el hecho de que una vez más volviera a atragantarse, pero no el que de ahí pudiera derivarse el fallecimiento, como lo avalaba la experiencia de esas otras ocasiones inmediatamente anteriores en las mismas circunstancias». Sobre el (cuestionable) valor de las «experiencia afortunadas anteriores» a efectos de «determinación del dolo», cfr. *supra* XV.2.

[1309] A 1107, ponente Hernández Hernández. En esta sentencia se afirma de modo contundente que no todos los indicios objetivos «ostentan la misma fuerza de convicción y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejecuta la acción tienen, al igual que la potencialidad del resultado letal, un valor de primer grado». Argumentos similares en la STS de 30 de octubre de 1995 (A 7695, ponente Hernández Hernández).

[1310] Pese a ello el Tribunal Supremo sigue atribuyéndole un notable valor indiciario, atendiendo incluso a la «insensible actitud» del autor frente a las consecuencias de su hecho; cfr., en este sentido, la STS de 1 de diciembre de 1991 (A 9517, ponente Moyna Ménguez).

que se ha atribuido por la jurisprudencia a este dato debe considerarse inadecuado, ante todo, porque dicho comportamiento es en sí mismo un factor inidóneo para que sobre él puedan basarse juicios inequívocos sobre el conocimiento ajeno. Dicha inidoneidad viene dada por las diversas interpretaciones a que se presta el citado factor: en todos los casos existen motivos para, por un lado, considerar que, dado el disgusto posterior, el sujeto no conoció, o bien, por otro lado, para pensar que dicho sujeto simplemente se arrepintió al ver lo que había hecho. El que ambas interpretaciones sean en cualquier caso posibles y que, por tanto, el dato del comportamiento posterior tenga siempre un carácter ambivalente cara a la imputación del conocimiento hace que deba dejar de ser tenido en cuenta: afirmar lo contrario supone confiar el problema a la mera intuición judicial sobre si una vez hay que considerar la actuación posterior como un arrepentimiento o, por contra, como muestra de una valoración errónea anterior sobre la idoneidad lesiva del concreto comportamiento, con lo que se corre el peligro de sobredimensionar el valor de la actitud posterior del sujeto, lo que puede dar incluso pie a que se introduzcan criterios moralizantes en el momento de apreciar la concurrencia del dolo.

Las anteriores afirmaciones deben hacerse extensivas a las situaciones en que ciertas maniobras de evitación se lleven a cabo de forma simultánea a la creación del riesgo: cuando la conducta realizada por el sujeto resulte *especialmente apta* para la producción de un determinado resultado, tales maniobras de evitación no deben tener ningún valor para la exclusión del dolo[1311]: piénsese simplemente en el caso del «conductor suicida» que, pese a intentar esquivar el coche que se le acerca frontalmente por la autopista, no consigue evitar un impacto frontal que provoca la muerte del otro conductor. Tal intento de evitación no permite excluir la imputación al citado conductor del conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta[1312]. En el caso de las *conductas neutras* el criterio de evitación del resultado tampoco desempeña ningún papel para

[1311] Díaz Pita, *El dolo eventual*, p. 339 (nota 54), afirma que «los intentos de evitación entendidos como indicadores de la ausencia del dolo eventual deben ir paralelos al desarrollo de los hechos» y no ser posteriores a éstos. Con este criterio se pasa sin embargo por alto que en determinados casos los intentos de evitación no tienen por qué excluir la consciencia de la concreta aptitud lesiva, aunque vayan paralelos al desarrollo del hecho, por lo que tampoco en tal caso servirán para excluir el dolo. También Zugaldía Espinar, *ADPCP*, 1986, pp. 419-420, considera que «el dato de que el autor haya hecho algo "*positivamente*" para evitar la realización del tipo que aparecía ante él como previsible, puede resultar de gran utilidad "sin revestir excesivas dificultades probatorias" para afirmar la culpa con representación frente al dolo eventual» (cursiva en el original). Este autor añade que «el criterio expuesto, simplemente indicativo, no puede ser utilizado "a la inversa" para afirmar el dolo eventual allí donde "ante la posible realización del tipo" el autor "no haga nada por evitarla"».

[1312] Deben excluirse, en cualquier caso, aquellos supuestos en que se atribuye a un sujeto el conocimiento de un riesgo controlado (cfr. *supra* XVII.3.B).

excluir la imputación cuando consten entre los hechos probados *exteriorizaciones* del sujeto activo, signos inequívocos de la proximidad del resultado, o se desprenda de la dinámica comisiva —aunque existan maniobras de evitación— que dicho sujeto no pudo dejar de conocer la concreta aptitud lesiva de su comportamiento.

XVII.5. DOLO DE PELIGRO CONCRETO/DOLO DE LESIÓN

En la Primera Parte de este trabajo se ha anticipado la problemática relativa a las dificultades prácticas que plantea la delimitación entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión cuando se defiende un concepto de dolo basado únicamente en un elemento cognitivo[1313]. Así, se ha puesto en evidencia que un desarrollo coherente de tal concepto debía llevar a sostener que existe dolo de peligro concreto cuando un sujeto ha actuado pese a ser consciente de que su conducta resultaba apta para generar un peligro concreto de acaecimiento de un resultado, pero negando a la vez en su específica situación a tal conducta la aptitud necesaria para producirlo. Cuando esta última aptitud no se niega, sino que es efectivamente atribuida por el sujeto a su conducta, concurre dolo con respecto a la producción del resultado. En este punto se trata de aportar criterios para determinar en qué casos deberá imputarse la realización de uno u otro tipo de juicio[1314].

Los criterios adecuados para poder llevar a cabo tal distinción deben desarrollarse a partir del concepto de la *no integración* de la concreta aptitud lesiva, entendida ésta, lógicamente, desde el punto de vista de la interpretación social y no desde una perspectiva psicológica. Como ya se ha afirmado, el fenómeno de la *no integración* concurre en aquellos supuestos en que es posible entender que, pese a haber juzgado un sujeto que su conducta era en abstracto peligrosa y haber conocido correctamente también la situación en la que actuaba, dicho sujeto no ha integrado ambos factores en un juicio según el cual su conducta resultaba concretamente idónea para la producción del resultado lesivo. La cuestión del dolo de peligro no deberá por tanto ni tan siquiera plantearse allí donde no se entiende posible que se haya producido una *no integración* de la concreta aptitud lesiva, es decir, en el caso de todos aquellos comportamientos que se consideran *especialmente aptos* para producir un de-

[1313] Cfr. *supra* V.3.D.

[1314] Afirma Zielinski, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 81, que la diferenciación forense entre creación consciente de un riesgo de lesión y creación consciente de un riesgo de peligro en la práctica no existe. Estas afirmaciones son probablemente ciertas si se vinculan a una concepción psicológica de la «determinación del dolo», pero desde una visión normativa parece posible aportar criterios que faciliten tal distinción.

terminado resultado. La realización de una de estas conductas lleva a entender que concurre, por lo menos, una tentativa de producción del resultado.

De acuerdo con esta idea, el ámbito en que se plantea el problema de distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión es el de las *conductas neutras* y, dentro de éstas, todos aquellos supuestos en los que no sea posible imputar al sujeto el *juicio de concreta aptitud lesiva* de la conducta que realiza. Por este motivo, el problema de la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión tampoco debe referirse a las *conductas neutras* en que sea posible atribuir al sujeto el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, es decir, cuando concurra una *exteriorización*, la captación del próximo acaecimiento del resultado, o bien la dinámica comisiva haga impensable que el sujeto no haya realizado tal juicio.

La posibilidad de apreciar dolo de peligro queda circunscrita, por tanto, a los casos en que el sujeto lleva a cabo una *conducta neutra* pero no es posible imputarle el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de ésta, aun habiéndole sido imputado el conocimiento de la peligrosidad abstracta de su conducta y el de la situación en la que actuaba. En tales supuestos, pese a que deberá admitirse la hipótesis de la *no integración* de la concreta aptitud de la conducta para producir el resultado de lesión, no deberá aceptarse sin embargo tal posibilidad con respecto a la aptitud para producir el resultado de peligro concreto. Socialmente puede tenerse por plausible que el sujeto que sabe que en abstracto su conducta es peligrosa y, por tanto, apta para producir un determinado resultado, haya valorado que en su situación concreta desaparecía tal aptitud, es decir, no la haya integrado correctamente. Pero desde el punto de vista social lo que no parece posible aceptar es que quien en el momento del hecho conoce la peligrosidad abstracta de su conducta deje de representarse, por lo menos, que está creando al realizarla un determinado riesgo.

> *Por ejemplo,*
> *Un conductor con prisas no se detiene ante un semáforo en rojo e invade un paso de peatones lleno de transeúntes, causando la muerte de uno de ellos por atropello. El acusado admite ante el Tribunal haber visto que el semáforo estaba en rojo y haber visto peatones, pero afirma también haber pensado que dichos peatones le verían acercarse y se apartarían.*

En este caso concurre una *conducta neutra* por excelencia como es la de conducir. Sin embargo, faltan en este supuesto las *exteriorizaciones del conocimiento*, los indicios de inminente advenimiento del resultado o el tipo de dinámica comisiva que harían posible la imputación al acusado del conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, por lo que no se le puede imputar el conocimiento que requiere el dolo de homicidio. Así, se considera plausible la afirmación del sujeto en el sentido de haber valorado incorrectamente la concreta aptitud lesiva de su conducta: pese a haber contado con el conocimiento de los dos factores que hacían apta su conducta para originar un resultado mortal (peligrosidad en abstracto del impacto de un coche contra un peatón y presencia de peatones en la trayectoria de dicho coche) se admite que en este supuesto el sujeto no los haya integrado en un juicio según el cual su forma de comportarse era apta en esa situación concreta para matar a otra persona. Sin embargo, no puede dejar de imputarse a tal sujeto el conocimiento de que estaba creando una situación de concreto peligro para los peatones. La solución pasa, pues, por considerar al conductor como autor de un homicidio imprudente y de un delito contra la seguridad en el tráfico (art. 381 CP) [1315].

[1315] Sin perjuicio de la regla concursal prevista en el art. 383 CP, que sólo declara punible una de las dos conductas.

EXCURSO
Imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento

Tal vez pueda causar sorpresa que en un trabajo como éste, dedicado a la cuestión del dolo, no se haya prestado atención a un problema al que históricamente la doctrina ha dedicado un elevado número de páginas: el referido al *grado, intensidad o forma que, para poder afirmarse una realización delictiva dolosa, debe presentar el conocimiento de un sujeto con respecto a las circunstancias integrantes del tipo* [1316]. En relación con esta cuestión, un buen número de autores ha tratado de precisar en diversos trabajos qué concretos fenómenos psicológicos pueden ser considerados efectivamente «conocimiento» a efectos de apreciar la concurrencia de este requisito básico e indiscutido del dolo [1317].

Como primera solución propuesta, una parte de la doctrina entiende que para el dolo hace falta que, en el momento en que actúa, el sujeto *piense* en las circunstancias del tipo objetivo, no bastando con que las conozca si dicho conocimiento no se actualiza en tal momento y se materializa en un *«pensar en»* [1318]. Otros autores, por contra, consideran que

---

[1316] Según ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 111, tras haberse determinado que el conocimiento es un elemento del dolo surge la cuestión relativa a la *precisión* con que el sujeto debe haber conocido las circunstancias típicas.

[1317] Para una interesante panorámica de las principales posturas doctrinales sobre esta materia cfr. SCHILD, «Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein"», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Stree/Wessels-FS*, Heidelberg, 1993, pp. 242-250; ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 111 ss; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 317 ss y ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, Madrid, 1995, p. 139 ss.

[1318] Referencias bibliográficas de los principales autores que históricamente han defendido esta postura en FRISCH, «Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes», *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 311-312. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 112, considera que estas perspectivas llevan a confundir dolo con reflexión. Ver igualmente sobre esta cuestión BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. a cargo de H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, pp. 281-

para el dolo es suficiente con que el sujeto cuente con la *co-consciencia* (*Platzgummer*) de las circunstancias del tipo legal, es decir, con una consciencia meramente latente o implícita de la concurrencia de tales circunstancias a partir de la percepción inmediata de la situación fáctica, pero sin que sea necesario reflexionar sobre ellas[1319]. Finalmente, desde otras perspectivas se postula que para el conocimiento que exige el dolo basta con que el sujeto cuente con una *advertencia del sentimiento* (*Mezger*)[1320], una *consciencia objetivo-conceptual* (*Schmidhäuser*)[1321], una *representación actual al menos plástica* (no conceptual) de las circunstancias que integran el tipo (*Jakobs*)[1322], o que éstas formen parte de algún modo de su *vivencia* (*Schewe*)[1323].

Con todos estos planteamientos se intenta definir qué concretos fenómenos psicológicos pueden ser considerados suficientes a efectos de la imputación dolosa[1324]. Ciertamente es posible emplear en sentidos diversos los términos «conocimiento» o «consciencia» y, dada la complejidad de los fenómenos psíquicos que pueden presentarse en el ser humano,

283 y NOWAKOWSKI, *WK*, 20.ª entrega (1984), § 5, n.º marg. 3, quien entiende que la exigencia de que el sujeto piense en las circunstancias del tipo en el momento de actuar lleva a resultados insostenibles en las situaciones pasionales.

[1319] La teoría de la co-consciencia se debe a PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964. Se muestran a su favor, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 254-255 y NOWAKOWSKI, *WK*, § 5, n.º marg. 3. En tono crítico, FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 322 ss. Expone la teoría DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 29 y 58 ss, quien también se muestra crítica con ella (*ibidem*, p. 62 ss) por considerarla «una ampliación objetivista y desproporcionada del concepto de dolo». Cfr. también SCHMOLLER, «Das voluntative Vorsatzelement», *ÖJZ*, 1982, p. 283 ss; ZAFFARONI, *Derecho penal*, p. 406 y CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996, pp. 557-558. La co-consciencia ha sido acogida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater), 20 de marzo de 1990 (A 2571, ponente Bacigalupo Zapater) y 27 de enero de 1995 (A 80, ponente Bacigalupo Zapater) en las que se considera que es una forma de conocimiento suficiente para afirmar el dolo.

[1320] MEZGER, *LK*, 8.ª ed., § 59, n.º marg. II.9. Crítico ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 111.

[1321] SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz*, Tübingen, 1968, p. 19; EL MISMO, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», *H. Mayer-FS*, Berlín, 1966, p. 324 ss y EL MISMO, «Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch», *Oehler-FS*, Colonia, 1985, p. 143 ss.

[1322] JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 318-319, exige como presupuesto mínimo del dolo que el sujeto «tenga una imagen de con qué consecuencias actúa».

[1323] SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 120 ss.

[1324] Cfr., al respecto, OTTO, *Jura*, 1996, pp. 469-470. Es ésta una cuestión para la que tampoco la psicología parece aportar respuestas ciertas pues, como afirma FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, pp. 317-318, «la problemática de la consciencia y, en especial, la cuestión acerca de sus límites es una de los temas más difíciles y controvertidos de la psicología». Así, conceptos como co-consciencia sólo son defendidos por algunas escuelas psicológicas, mientras que otras entienden que lo co-consciente debe reputarse inconsciente. Para una visión panorámica acerca de la cuestión, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 55 ss.

todo apunta a que sus contornos son muy difíciles de precisar: de ahí la discusión y la divergencia en las conclusiones. Sin embargo, todas las propuestas teóricas formuladas en este ámbito se encuentran con un mismo problema: *la imposibilidad de constatar en el proceso penal las sutiles realidades psicológicas que se utilizan para establecer las fronteras conceptuales del conocimiento*. Ante tales dificultades, los enormes esfuerzos teóricos realizados para precisar adecuadamente los contornos de este concepto resultan totalmente baldíos y quedan reducidos al ámbito de la mera elaboración teórica, pues faltan puntos de apoyo para su efectiva aplicabilidad. Cuando los órganos judiciales se enfrentan a la cuestión de la «determinación del dolo» no cuentan con un instrumental adecuado para constatar la efectiva existencia de realidades psicológicas tan sutiles como la consciencia implícita o cuál ha sido el contenido de la vivencia de un sujeto[1325].

Como aquí se ha afirmado repetidamente, en el ámbito de la «determinación del dolo» las afirmaciones sobre si un sujeto ha llevado a cabo un hecho con ciertos conocimientos no dependen de la constatación empírica de complejos e inescrutables fenómenos psicológicos, sino de la valoración social de determinados datos objetivos. Como es obvio, tales valoraciones no consiguen llegar al detalle de las sutiles vivencias espirituales de los individuos, sino que los resultados a los que conducen son sólo dos: «conocimiento» y «desconocimiento» o, indistintamente, «consciencia» e «inconsciencia». «Co-conscientemente», «consciente desde una perspectiva objetivo-conceptual» o «vivencialmente» son términos completamente ajenos a las valoraciones sociales y, por tanto, su empleo en la definición del dolo resulta innecesario, pues nunca podrá llegar a ser determinada su concurrencia en el proceso[1326]. Es posible que esta codifi-

[1325] Así, por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *H. Mayer-FS*, p. 327, afirma que para considerar un comportamiento como doloso basta con que el tribunal se convenza de que el acusado «abarcó objetivo-conceptualmente la situación presente en todos sus factores esenciales, su actuación futura y las consecuencias esperadas de ésta». Los problemas para trasladar a la práctica estas exigencias resultan obvios, a no ser que, como parece insinuar este autor, se quiera confiar la solución final a la convicción del juez, con lo que, de todos modos, el supuesto de hecho dejará de resolverse atendiendo a la realidad psicológica del acusado. Para que el caso se resuelva finalmente de acuerdo con el «momento intuitivo» que se da en toda convicción parece del todo superfluo precisar de modo tan detallado qué grado de conocimiento es necesario para el dolo. Sin embargo, SCHMIDHÄUSER, *ibidem*, p. 331, rechaza explícitamente que los problemas probatorios puedan condicionar la elaboración de conceptos, un punto de vista ya criticado *supra* VI.2. Pone de manifiesto las evidentes dificultades para hacer aplicable el concepto de co-consciencia FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 335.

[1326] Interesantes las afirmaciones de KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 320: «la definición de los elementos subjetivos del tipo resulta en gran medida inservible desde una perspectiva procesal, especialmente en lo que atañe al "nivel de la co-consciencia", pues no existe claridad alguna sobre los hechos de la conciencia representados y/o no puede practicarse prueba alguna sobre ellos». Esta misma autora (*ibidem*, p. 314) afirma que la ampliación

cación binaria (conocer/desconocer) que opera en la realidad social parezca especialmente tosca desde un punto de vista psicológico-empírico, pero, por motivos ya expuestos, la renuncia al psicologicismo es inevitable si no se quiere convertir al Derecho penal en un instrumento totalmente inefectivo o, subrepticiamente, entregar la solución de los casos al factor intuitivo de la convicción judicial.

Así, a los funcionarios se les atribuye siempre el conocimiento de su condición de tales desde el punto de vista de la valoración social, sin importar si han pensado o no en su cargo en el momento de cometer un hecho delictivo, si han percibido tal dato a través de la vivencia del momento, o si lo han conocido «objetivo-conceptualmente», lo que en cualquier caso nunca podría llegar a saberse a ciencia cierta; al maestro que abusa sexualmente de su alumna se le imputa también el conocimiento de la edad de ésta, sin importar si tal conocimiento ha sido actualizado en el momento de los abusos, o si sólo ha permanecido en el ámbito de lo co-consciente, pues son éstos estados psíquicos cuya real concurrencia no es posible comprobar en la práctica[1327]. Al vecino que comete un hurto en la iglesia de su pueblo se le imputa la consciencia de estar cometiéndolo en tal lugar, sin que tenga importancia alguna que mientras actuaba hubiera dejado de pensar en tal circunstancia o, incluso, que la tuviera presente durante algunos momentos de la realización típica, pero no en otros[1328]; finalmente, al hijo que pega a su padre se le imputa el conocimiento de quién es la víctima de su agresión con base en su mera condición de hijo y en la regla según la cual —salvo situaciones novelescas— todo hijo sabe perfectamente quién es su padre, con independencia de aquello que hubiera podido pasar por su cabeza en el momento en que le golpeaba[1329].

De hecho, esta problemática había sido ya afrontada de forma mucho más realista por un autor del siglo XIX como *von Wick*:

> si un funcionario es culpable de una acción que contradice la dignidad de su función ¿le haremos caso si se disculpa afirmando, por ejemplo, que en el momento del hecho no pensó en que era funcionario? o, ¿prestaremos atención al marido que comete adulterio y que intenta exculparse afirmando no haber pensado en que estaba casado? En ambos casos se afirmará una lesión dolosa del deber, pues relaciones vitales tan esenciales forman parte de los elementos permanentes de la consciencia de toda persona sana mentalmente y nunca pueden desaparecer de su consciencia u oscurecerse en ella[1330].

Estas afirmaciones, probablemente aberrantes desde el punto de vista de la psicología, dan sin embargo en el clavo de la imputación social del conocimiento y, en concreto, de los conocimientos que se presumen en todo sujeto que reúne ciertas características personales. Y para ello no hace falta recurrir a complejos y sutiles fenómenos psicológicos sobre cuya realidad ni tan siquiera existe consenso entre la comunidad científica y cuya constatación procesal resulta irrealizable.

De acuerdo con todo lo expuesto, procede afirmar que la discusión sobre la intensidad del conocimiento necesario para el dolo, en los términos en que hasta la actualidad se ha desarrollado, es uno de los esfuerzos teóricos más baldíos de la histórica de la dogmática. Las complejas

conceptual del conocimiento necesario para el dolo a los supuestos de co-consciencia no simplifica la cuestión probatoria, sino que la complica a causa de las dificultades que comporta la constatación de este fenómeno psíquico.

[1327] Ejemplos tomados de FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 312. Afirma CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 49, que «no concurre dolo, por ejemplo, cuando el autor sabía anteriormente la edad de la niña de la que abusa, pero deja de pensar en tal edad en el momento del hecho», lo cual puede ser cierto con un concepto de dolo creado sin tener en cuenta sus condiciones de aplicabilidad, pero impracticable desde una visión de la «determinación del dolo» como imputación del conocimiento cuando, por ejemplo, existen determinados vínculos entre autor y víctima. De acuerdo, sin embargo, con *Cramer*, ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 23. Por contra, se pregunta SCHILD, *Stree/Wessels-FS*, p. 242: «¿qué deben significar en cuanto a su contenido "conocer" ("consciencia") y "querer" ("voluntad") cuando ningún juez ni ninguna persona que pensase con ecuanimidad dudarían en castigar por abuso sexual de niños (§ 176 StGB) al libertino *(Lüstling)* que durante las relaciones sexuales no pensara en la edad infantil de la víctima, pero que conociera su edad de doce años?».

[1328] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 244, pone de manifiesto cómo las representaciones e intenciones del sujeto no siempre presentan necesariamente un contenido uniforme durante todos los instantes en que se lleva a cabo un comportamiento objetivamente típico, posibilidad que plantea obvios problemas a las perspectivas psicologicistas, pero que se superan sin dificultad acogiendo un punto de vista normativo de la «determinación del dolo».

[1329] Ejemplos tomados de PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 5 ss y 85 ss, resp. Idéntico tratamiento debe darse al supuesto comentado por VENTURA PÜSCHEL, «Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales», *PJ*, 29 (1993), p. 161 ss, en el que un cabo del ejército participó en una novatada contra un subordinado suyo: a quien ha sido nombrado cabo se le debe atribuir por principio el conocimiento de su rango y de su relación de superioridad con respecto a ciertos soldados, pues desde un punto de vista social no se considera posible que un sujeto deje de contar con el conocimiento de su categoría profesional. De acuerdo con esta idea, en la STS (Sala 5.ª) de 23 de marzo de 1993 (A 2414, ponente Jiménez Villarejo) se afirma que «sería ciertamente extravagante que un Cabo, de uniforme y con los galones de su empleo, en el local donde se aparcan los vehículos de su Escuadrón y en horas de actividad castrense —aunque sea en momento en que no se desempeña actividad alguna— perdiese la conciencia del grado que ostenta con respecto a sus inferiores». Los acusados y asistentes a un juicio que a la salida golpean al Fiscal saben que están acometiendo a una autoridad, por mucho que se encuentren en una situación de arrebato u obcecación. Puntos de vista distintos parecen defenderse, sin embargo, en la STS de 26 de enero de 1996 (A 621, ponente De Vega Ruiz) y en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 116. En relación con supuestos de este tipo, ver ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 139 ss.

[1330] VON WICK, *ACR*, 1857, p. 612. Cfr., al respecto, SCHILD, *Stree/Wessels-FS*, p. 244.

realidades psíquicas en que se basan tales teorías quedan como meras formulaciones teóricas intrasladables a la práctica del Derecho penal y resultan ajenas a las necesidades preventivas de éste. Además, la discusión sobre la intensidad del conocimiento ha contribuido a ocultar el verdadero terreno en que realmente se acaba resolviendo la problemática del elemento cognitivo del dolo, esto es, las valoraciones sociales sobre los comportamientos ajenos[1331]. Por estos motivos, asombran los cientos de páginas dedicadas a esta cuestión, más aun si se comparan con el desierto teórico existente sobre las pautas interpretativas de los mecanismos de imputación del conocimiento que rigen en la sociedad, si se tiene en cuenta que son estos últimos los que acaban decidiendo los casos en la práctica.

[1331] Con razón afirma SCHILD, *Stree/Wessels-FS*, p. 266, que a la teoría de la co-consciencia le debe ser negada toda trascendencia para la solución de problemas, pues «simplemente aparenta un espíritu científico que nunca puede superar por ella misma. Sostenida como solución positiva al problema de la imputación debería desenmascararse como pseudo-argumentación ideológica. No puede sustituir la racionalidad práctica de la dogmática jurídico-penal, ni fundamentar, ni prestar apoyo». Próximo a estas ideas FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 324: «las cuestiones normativas decisivas permanecen tanto ayer como hoy sin respuesta», añadiendo (*ibidem*, p. 350) que lo que conviene es «solucionar los problemas de un modo decididamente normativo y no a partir de opiniones de escuelas psicológicas».

CONCLUSIONES

1. RESUMEN

A continuación se aportan de forma resumida las conclusiones a las que se ha llegado en el curso de este trabajo. Por lo que respecta a su Primera Parte («Sobre el concepto de dolo») puede afirmarse lo siguiente:

1.º. Más allá de las discrepancias terminológicas, la actual doctrina emplea un *concepto de dolo* que se asienta en la idea de que *concurre una realización delictiva dolosa cuando un sujeto ha actuado pese atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal*[1332].

2.º. Esta definición del dolo debe considerarse acertada, pues no sólo resulta respetuosa con el texto de la Ley, sino que, además, con ella consigue explicarse satisfactoriamente las diferentes consecuencias jurídicas que se asocian a realizaciones delictivas dolosas e imprudentes y se logra asimismo una correcta y completa adecuación entre tipo subjetivo y tipo objetivo, entendido este último como punto de referencia del primero[1333].

3.º. Esta definición, no obstante, plantea desde el punto de vista teórico algunos problemas[1334]:

a) Supone un privilegio para los desconocimientos irracionales.

b) Grava a las personas escrupulosas y beneficia a las desaforadamente optimistas.

c) No aporta criterios para decidir en qué casos puede considerarse que un sujeto ha realizado o no el juicio de atribución en que se fundamenta el dolo.

[1332] Cfr. *supra* V.4.
[1333] Cfr. *supra* V.2.
[1334] Cfr. *supra* V.3.

d) Puede propiciar una confusión entre dolo de lesión y dolo de peligro concreto.

La superación de estos problemas teóricos sólo parece posible si se atiende a las condiciones de aplicabilidad del concepto de dolo. Ello exige profundizar en los criterios que deben emplearse en el proceso para decidir cuándo un sujeto ha actuado con los conocimientos requeridos por la imputación dolosa.

En la Segunda Parte de este trabajo («Sobre la "determinación del dolo"») se ha llegado a las siguiente conclusiones:

1.ª. Una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso. Dicha aplicación sólo permite castigar las realizaciones imprudentes en aquellos casos en que esté prevista su punibilidad, pues no es posible garantizar que los resultados que puedan obtenerse recurriendo a las ciencias empíricas, a la confesión del acusado o a la prueba de indicios vayan a coincidir, siempre y en todo caso, con la que fue realidad psíquica del sujeto activo en el momento del hecho [1335].

2.ª. Tampoco la interpretación que habitualmente se aporta del texto de la ley puede considerarse satisfactoria. La afirmación de que la determinación procesal del dolo depende de la convicción del juez sobre los conocimientos del acusado, establece como criterio decisivo para tal determinación un factor subjetivo o irracional, con cuyo empleo es posible, incluso en el plano teórico, que un mismo caso pueda tener dos o más soluciones correctas en función de quien lo enjuicie. Además, esta solución incorpora un evidente riesgo de divergencia entre hechos probados y realidad efectivamente acaecida y, por tanto, de instrumentalización del sujeto y de ataque a la dignidad de éste como persona. Los criterios objetivizantes que suelen exigir jurisprudencia y doctrina (ausencia de dudas concretas, plausibilidad, no arbitrariedad, etc.) no eliminan el carácter decisivo de la convicción, ni aportan fundamentos para legitimar el riesgo de instrumentalización que se asume en toda condena por delito doloso [1336].

3.ª. La solución que opta por hacer depender la determinación procesal del conocimiento requerido por el dolo del *significado social* de

[1335] Cfr. *supra* VII y VIII.1.
[1336] Cfr. *supra* VIII.2 y 3.

una conducta y de las circunstancias que acompañan a ésta, presenta notables ventajas [1337]:

a) Resulta especialmente idónea desde el punto de vista de los efectos que deben conseguirse con la sanción penal. Recurriendo al criterio del «*inequívoco sentido social*» se restringe el empleo de dicha sanción a los supuestos en que ésta resulta verdaderamente imprescindible.

b) Puede ser legitimada de acuerdo con la idea de que todo sujeto que pretende ser protegido por el Derecho penal está dispuesto a asumir el (escaso) riesgo de ser alguna vez condenado como autor de un delito doloso sin haber contado (desde un punto de vista psicológico) con los conocimientos requeridos por el dolo. La cobertura constitucional para este argumento puede deducirse de la previsión, en el texto de la norma fundamental, tanto del derecho a la dignidad de la persona (art. 15 CE), como del Derecho penal como forma de protección de los intereses fundamentales de los individuos (arts. 25 y 117 ss CE).

c) Con ella se hace posible una construcción teórica de criterios para decidir en qué sentido deben resolverse los supuestos de hecho que puedan presentarse. Esta posibilidad debe permitir a medio plazo obtener soluciones uniformes para supuestos de hecho estructuralmente idénticos y, a mucho más largo plazo, resulta adaptable a las cambiantes convicciones de la sociedad.

d) Tiene perfecto apoyo legal aun acogiendo la idea de la convicción judicial como objetivo de la actividad probatoria. La diferencia con las concepciones tradicionales radica, sin embargo, en que con el criterio del sentido social ya no toda convicción es válida, sino únicamente aquélla que consigue captar correctamente el sentido social del hecho.

De acuerdo con estas conclusiones, y con las de la Primera Parte, procede afirmar que:

Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.

Se resumen seguidamente todos aquellos *criterios* en que, de acuerdo con un punto de vista social, debe basarse la correcta *atribución* a una persona *de un determinado grado de conocimiento*. Dichos criterios han sido expuestos en la Tercera Parte de este trabajo («Sobre la atribución del conocimiento»):

1.º. La mera condición de imputable lleva a atribuir a un sujeto todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se entiende posible en personas que padecen algún tipo de perturbación psíquica o sensorial de

[1337] Cfr. *supra* X.

las que dan pie a una causa de inimputabilidad, o en sujetos menores de ciertas edades. Los conocimientos que se imputan por esta vía reciben el nombre de *conocimientos mínimos en sentido estricto* [1338].

2.º. El hecho de que una persona haya sido «normalmente socializada» hace que se le imputen todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se concibe en sujetos que no han mantenido apenas contactos con la civilización occidental. Los conocimientos que se atribuyen por esta vía reciben el nombre de *conocimientos mínimos en sentido amplio* [1339].

3.º. Si se acredita que con anterioridad al hecho objetivamente típico han sido transmitidos a un sujeto determinados conocimientos *(transmisión previa)*, éstos sólo podrán serle nuevamente atribuidos en el momento de efectiva realización del citado hecho si la entidad de tales conocimientos y/o el breve espacio de tiempo transcurrido entre *transmisión* y realización típica hacen impensable que el sujeto haya dejado de contar con ellos en el segundo momento [1340]. Idéntico tratamiento debe dispensarse a los supuestos en que es el propio sujeto quien, con anterioridad al hecho, exterioriza expresamente o por actos concluyentes (*exteriorización previa*) que cuenta con ciertos conocimientos [1341].

4.º. Las *exteriorizaciones de conocimientos* efectuadas por un sujeto durante o después de la realización de un comportamiento objetivamente típico (*exteriorizaciones simultáneas o posteriores*) sólo sirven para imputarle tales conocimientos cuando el hecho de haber contado con ellos le perjudique [1342].

5.º. La circunstancia de que en un sujeto concurran determinadas *características personales* o de que éste ocupe determinadas *posiciones sociales* lleva a imputarle todos aquellos conocimientos cuya ausencia haría impensable, desde un punto de vista social, que reuniera en su persona tales características o que ocupara tales posiciones [1343].

6.º. Para poder imputar a un sujeto el correcto conocimiento de la *situación en la que actúa* (*«conocimiento situacional»*) hace falta que pueda acreditarse que los factores objetivos que conforman tal situación se encontraban en una posición espacial tal en relación con el citado sujeto, que éste necesariamente tuvo que aprehender con sus sentidos su existencia y ubicación [1344].

[1338] Cfr. *supra* XII.
[1339] Cfr. *supra* XII.3.
[1340] Cfr. *supra* XIII.
[1341] Cfr. *supra* XIV.2.
[1342] Cfr. *supra* XIV.2. Esta regla encuentra su excepción en las denominadas «exteriorizaciones patológicas» (cfr. *supra* XIV.4).
[1343] Cfr. *supra* XV.
[1344] Cfr. *supra* XVI.

7.º. Cuando un sujeto ha llevado a cabo una *conducta especialmente apta* para producir un determinado resultado lesivo y lo ha hecho siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal conducta y contando además con un perfecto *«conocimiento situacional»*, debe serle imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para producir dicho resultado y, por tanto, procede afirmar su dolo con respecto al resultado [1345].

8.º. En los supuestos en que el autor haya realizado una *conducta (arriesgada) neutra* en cuanto a su aptitud para producir un determinado resultado, sólo deberá serle imputado el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de tal conducta si, habiendo contando con el conocimiento abstracto de su peligrosidad y con un correcto *«conocimiento situacional»*, concurre además una de las situaciones siguientes:

a) El sujeto ha exteriorizado durante o después de la realización de la conducta haber sido plenamente consciente de su concreta aptitud lesiva en el momento de llevarla a cabo [1346].

b) Durante la ejecución del hecho el sujeto ha percibido inequívocos signos de un próximo acaecimiento del resultado y, pese a ello, ha seguido adelante con su comportamiento [1347].

c) La dinámica comisiva hace impensable que el sujeto no haya integrado los factores que conocía aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva [1348].

Los anteriores criterios permiten advertir que los problemas teóricos que plantea el concepto de dolo formulado en la Primera Parte de este trabajo no tienen trascendencia práctica alguna:

a) Las alegaciones de no representaciones irracionales de riesgo sólo llevan a la impunidad cuando prospera una alegación paralela sobre la inimputabilidad del sujeto que las invoque [1349]. En caso contrario dichas representaciones se atribuyen al sujeto.

b) Las personas escrupulosas dejan de verse perjudicadas y las desaforadamente optimistas beneficiadas, pues la condición de escrupuloso u optimista no es presupuesto aplicativo de ninguna de las reglas de atribución del conocimiento expuestas [1350].

c) La distinción entre *conductas especialmente aptas* y *conductas (arriesgadas) neutras* aporta criterios para establecer cuándo (desde una perspectiva social) un sujeto ha realizado el juicio de atribución en que

[1345] Cfr. *supra* XVII.3.
[1346] Cfr. *supra* XVII.4.A.1.
[1347] Cfr. *supra* XVII.4.A.2.
[1348] Cfr. *supra* XVII.4.A.3.
[1349] Cfr. *supra* XII.4 y XVII.3.
[1350] Cfr. *supra* XVII.2.B.

se fundamenta el dolo del resultado y cuándo puede otorgarse plausibilidad a su alegación de no haber realizado dicho juicio [1351].

d) El dolo de peligro concreto debe afirmarse en el caso de *conductas (arriesgadas) neutras,* siempre que quien las realice conozca en abstracto el riesgo implícito a su conducta y cuente con un «*conocimiento situacional*» correcto, pero no sea posible atribuirle la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva [1352]. En el caso de conductas *especialmente aptas* concurre siempre dolo de lesión.

2. REPERCUSIONES PRÁCTICAS

Los criterios que han sido expuestos a lo largo de los anteriores Capítulos reproducen una serie de precomprensiones sociales que, ante un caso concreto, permiten decidir si deben o no imputarse determinados conocimientos a un sujeto a efectos de afirmar una realización delictiva dolosa. Dado que, en principio, toda afirmación sobre el conocimiento ajeno que pueda ser inequívocamente compartible desde un punto de vista intersubjetivo debe basarse en alguna de tales precomprensiones, es necesario que la sentencia judicial muestre una plena adecuación a ellas, sin que baste con afirmar que, en cualquier caso, el juez puede llegar por cualquier otra vía a formar su convicción [1353].

Semejante adecuación no implica necesariamente que todas las imputaciones de conocimientos deban explicitarse de una forma pormenorizada en la sentencia. En este trabajo los juicios de imputación se han mostrado hasta su más absoluto detalle, lo que no impide reconocer que a menudo sería excesivo exigir que el juez tuviera que especificar el porqué de todas y cada unas de sus afirmaciones sobre los conocimientos de un acusado en supuestos de hecho que a cualquier persona parecerían obvios. Tampoco en el ámbito de la imputación objetiva, por poner un ejemplo, se exige que el juez fundamente detalladamente por qué un disparo en la nuca a otra persona debe considerarse como la creación de un riesgo relevante de muerte. La obviedad de muchas imputaciones de conocimientos hace posible que éstas puedan darse por supuestas [1354].

La principal ventaja de los criterios expuestos en el transcurso de la Tercera Parte de este trabajo radica en que éstos permiten dispensar un tratamiento adecuado a los denominados «*casos difíciles*». Así, de acuerdo con dichos criterios es posible trazar correctamente el salto que va de los datos objetivos a las afirmaciones sobre cuestiones subjetivas y con ellos se facilita una discusión racional sobre la solución de los casos, consistente en tratar de aportar un correcto enfoque de los mecanismos de imputación del conocimiento que rigen en la sociedad [1355]. En los supuestos más complejos es donde la motivación judicial desempeña un importante papel, pues con ella debe ser posible comprobar que las conclusiones alcanzadas se ajustan a los criterios expuestos, sin que sea suficiente conformarse con que las conclusiones del juez no resulten absolutamente arbitrarias o irracionales, pues dentro de lo no irracional existen soluciones distintas más o menos cercanas a las valoraciones sociales que gozan de indiscutible consenso [1356]. En este sentido puede incluso añadirse que deberá considerarse arbitraria todo aquella afirmación sobre el conocimiento ajeno que no se corresponda con los criterios sociales, pues en tal caso ya no será posible entender que los resultados finales cumplan con las condiciones que permiten legitimar una condena pese al inevitable riesgo de error que en ella concurre [1357]. De esta afir-

[1351] Cfr. *supra* XVII.3 y 4.

[1352] Cfr. *supra* XVII.5.

[1353] Deben traerse a colación en este ámbito las palabras de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal,* Valencia, 1995, p. 131: «el convencimiento judicial es un "hecho interno", difícilmente constatable y contra el que, por eso mismo, difícilmente se puede argumentar con criterios objetivos de valoración. Pero, a largo plazo, una jurisprudencia penal, transparente y controlable, no puede proceder de esta manera».

[1354] En este sentido, la doctrina procesal suele afirmar que aquello que es evidente no necesita ser probado; cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht,* 24.ª ed., Múnich, 1995, § 24, n.º marg. 8-12.

[1355] Por contra, y como afirma FREUND, Comentario a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156 ss), en *StV*, 1991, p. 23, «las fórmulas usuales de valoración y ponderación de la teoría de la prueba mayoritaria no son ni indicaciones útiles para el juez ni ofrecen orientaciones al acusado o a su abogado para la defensa».

[1356] Conviene reproducir en este punto las acertadas palabras formuladas por GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas*, 1947, trad. J. Guerrero, Bogotá, 1985, p. 5: «en una concepción racional de la justicia, y especialmente de las pruebas, el convencimiento que implica la decisión debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento objetivo, comunicable y controlable». En un sentido similar CÓRDOBA RODA, «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», *RJCat*, 1982, pp. 819-820, quien entiende que la conciencia a que alude el art. 741 LECr «no equivale al criterio *personal e individual* del Tribunal, sino al criterio *objetivo* resultante de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba», añadiendo que «cuando un Tribunal aprecia las pruebas practicadas en el juicio, lo puede hacer de forma correcta o incorrecta, según que dicha apreciación se adapte, o no, a las reglas de criterios de razón en la valoración de la prueba» (cursiva en el original). Con la vinculación del juez a las valoraciones sociales se establecen parámetros de racionalidad y, consiguientemente, criterios para controlar la corrección del convencimiento.

[1357] Cfr. *supra* X.2 y 3.

mación se siguen importantes efectos prácticos en ámbitos como el de la casación [1358].

Conviene asimismo añadir que la explicitación de los criterios que deben hacer aplicable el concepto de dolo permite rebatir la usual afirmación de que las definiciones de dolo meramente cognitivas suponen una ampliación rechazable del ámbito de lo doloso. Esto es así porque, de acuerdo con los criterios propuestos, el dolo debe negarse como regla general en todas aquellas conductas que no resulten *especialmente aptas* para provocar un determinado resultado, cuyo número puede ser muy elevado en la práctica. En cualquier caso, con la exposición de los criterios de atribución del conocimiento el lector puede hacerse una idea de las precisas situaciones en que procede el castigo por delito doloso, una posibilidad que sólo se consigue a medias en los trabajos sobre el dolo que no analizan las condiciones de aplicabilidad de este concepto [1359].

Es posible que los criterios expuestos no abarquen todos los casos imaginables o, mejor dicho, que su empleo pueda conducir en algunos supuestos a soluciones cuestionables, lo que será sin duda indicativo de que algunos de ellos deben acabar de precisarse. El prácticamente nulo bagaje doctrinal que se constata en esta materia y el elevado número de variables que pueden presentar los casos a analizar son la causa de que el desarrollo teórico de la determinación procesal del conocimiento esté falta de una solidez teórica que sólo proporcionan muchas décadas de discusión científica. Por este motivo, las anteriores conclusiones deben ser vistas, ante todo, como un punto de partida para demostrar que también en este ámbito es posible intentar trabajar con criterios seguros, así como una invitación a posteriores investigaciones y al debate doctrinal.

Para que tal debate resulte fructífero, las posibles críticas a lo aquí expuesto deberán entrar en la dinámica propuesta, esto es, en el análisis de las valoraciones sociales sobre los comportamientos ajenos y el abandono de la psicología o de la convicción judicial. Tales críticas deberán mostrar criterios más correctos y ajustados a la perspectiva social que los defendidos en este trabajo. Como consecuencia de esta dialéctica deberá conseguirse con el tiempo construir un sólido edificio teórico que permita dar un tratamiento adecuado a la difícil problemática de la determina-

[1358] Los criterios sociales de imputación del conocimiento devienen el criterio a emplear para valorar la racionalidad de las afirmaciones judiciales sobre el dolo de un acusado. De este modo se consigue salvar las críticas dirigidas a aquella jurisprudencia que, pese a exigir racionalidad en la valoración de las pruebas, no explicita criterios para medir tal racionalidad. Cfr., al respecto, IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, p. 59 y 93-94.

[1359] Cfr. *supra* VI.3.

ción del tipo subjetivo y, de este modo, podrá ir llenándose el enorme vacío que hoy en día se aprecia sobre la cuestión.

La adecuada construcción de este modelo teórico puede afrontarse desde diversos frentes. Por un lado deben analizarse con detalle las reglas aquí expuestas, comprobando que su uso conduzca a resultados satisfactorios para cualquier caso imaginable. El fracaso de alguno de estos criterios ante un determinado grupo de supuestos mostrará la conveniencia de introducir limitaciones a su alcance o de formular excepciones a su vigencia general. En la línea de desarrollo y concreción de tales criterios puede ser también interesante, o incluso conveniente, que se aborde la cuestión de la imputación del conocimiento mediante un análisis particularizado de diversos tipos delictivos y que se expliciten y discutan las reglas que deben permitir imputar el conocimiento de las circunstancias que cada tipo requiere en relación con las posibles modalidades comisivas que puedan llegar a darse en la práctica [1360]. De este modo deberán irse consolidando reglas que permitan dispensar un tratamiento uniforme a supuestos de hecho estructuralmente idénticos, lo que a la larga contribuirá al logro de mayores niveles de seguridad jurídica y servirá para dispensar un trato más igualitario a los potenciales destinatarios de la sanción penal [1361].

Parece igualmente conveniente la extensión del modelo de análisis que aquí se propone a otros dos ámbitos de la teoría del delito en que (pretendidamente) también se dilucidan cuestiones psicológicas: *el conocimiento de la antijuricidad* y *los elementos subjetivos del injusto* [1362].

[1360] Un interesante campo de investigación puede ser la determinación de qué conductas deben considerarse *especialmente aptas* para la producción de un resultado y qué conductas, por contra, sólo deben ser calificadas de *neutras* (cfr. *supra* XVII.3 y XVII.4). En este sentido resulta especialmente urgente una jurisprudencia uniforme sobre los comportamientos en que se juzga posible una *no integración* de la concreta aptitud lesiva por parte de su autor. De este modo, se debería ir reduciendo al mínimo la inseguridad jurídica que, por ejemplo, algunos autores detectan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la prueba de elementos como el (pretendido) *animus necandi*; cfr., al respecto, GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 50 (nota 92). En Alemania también PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *Nishihara-FS*, Baden-Baden, 1998, p. 154, detecta desigualdades en la determinación procesal de dolo e imprudencia.

[1361] Una reivindicación que, a partir de un modelo teórico distinto, también asume MARTÍNEZ ARRIETA, «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Madrid, 1995, p. 61, cuando reclama, en el ámbito de la prueba testifical, «la fijación jurisprudencial de unos baremos que sujeten la valoración [de la prueba] a criterios de racionalidad», una tarea que este autor (*ibidem*, p. 62) encomienda a los órganos de casación.

[1362] En lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad, y pese a que los Tribunales siguen afirmando *averiguar* el dato psíquico del conocimiento o el desconocimiento, se

Especialmente en este último caso, la práctica jurisprudencial opera de modo evidente con reglas de imputación a menudo harto cuestionables y sólo una normativización sistemática parece estar en condiciones de aportar un nivel más elevado de racionalidad y seguridad jurídica [1363].

La solución que aquí se propone puede evocar, aunque sólo sea de forma fragmentaria, a los antiguos sistemas de valoración tasada de la prueba. Tal equiparación resulta del todo rechazable si se tienen en cuenta los criterios sumamente rígidos que solían emplearse en tales sistemas y que llevaban a menudo a soluciones incomprensibles desde una perspectiva social. El sistema aquí propuesto trabaja con reglas mucho más ajustadas a las peculiaridades de cada concreto y, por este motivo, las similitudes con los antiguos sistemas son sólo marginales [1364].

Tan sólo en un punto muy concreto puede admitirse tal similitud, y éste se corresponde, precisamente, con el único aspecto positivo que puede encontrarse en los sistemas de prueba tasada: acudiendo a reglas firmes, independientes de las convicciones personales de cada juez, consigue garantizarse un tratamiento igualitario de los casos [1365]. En este

aprecia un mayor grado de desarrollo de las reglas a través de las cuales debe atribuirse o no a determinados sujetos el conocimiento de ciertas prohibiciones penales; en este sentido, cfr. PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 429, quien sostiene que en este ámbito se cuenta con «máximas de experiencia consolidadas».

[1363] Sobre la cuestión de los elementos subjetivos del injusto y, en especial, del ánimo de lucro, cfr. KRAUß, «Das psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», *Bruns-FS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1978, p. 19, quien muestra cómo los tribunales prescinden por completo en este ámbito del dato psíquico y operan en la práctica con (ocultos) criterios de imputación.

[1364] La solución que aquí se propone más bien se corresponde a «un sistema situado a medio camino entre la rigidez de la prueba tasada y la excesiva incertidumbre de la prueba libre», reproduciendo las palabras de ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, p. 36, en relación con la necesidad defendida por algunos autores de que las conclusiones del juez se vinculen al sentido común. También LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias», en *La sentencia penal*, Madrid, 1992, p. 97, ve en los actuales controles casacionales de la valoración de la prueba una postura intermedia entre los sistemas de prueba tasada y la íntima convicción.

[1365] No puede perderse de vista, como afirma VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 452, que el «viejo y superado» sistema de la prueba tasada «era un intento muy serio hecho por el legislador al servicio de la seguridad jurídica. Aplicando él las máximas de la experiencia y las enseñanzas de la vida en relación con las pruebas, calculando anticipadamente, con exquisita minuciosidad, la trascendencia de cada dato, de cada circunstancia, apuntaban un conocimiento profundo del espíritu humano y de las circunstancias de la vida de entonces. Como ha dicho MITTERMAIER, las pruebas legales no fueron un capricho del legislador, sino formulación de reglas y principios tomados de la razón y de la experiencia, y venían impuestas por la ley en función de la seguridad jurídica, evitando toda posible arbitrariedad en el caso concreto». Una panorámica de los antiguos sistemas de prueba tasada en ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*, p. 19 ss. Ver también IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, pp. 77-78, quien afirma que el sistema de prueba legal o tasada supuso una «conquista de racionalidad», garantizando objetividad y uniformidad frente al

sentido, el objetivo último a alcanzar es la superación de la rigidez de la prueba tasada sin caer en la arbitrariedad a que se presta la íntima convicción judicial, consiguiendo a la vez que en la aplicación del Derecho penal se garantice un trato de igualdad entre los potenciales destinatarios de la sanción y se minimicen los riesgos de error sin caer por ello en la más absoluta ineficacia. El recurso a las reglas sociales de atribución del conocimiento en la determinación judicial del dolo parece un instrumento adecuado para alcanzar tales objetivos.

arbitrio judicial. Cfr., igualmente, LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal*, Nápoles, 1961, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1989, p. 156.

BIBLIOGRAFíA CITADA

ACHENBACH, H.

— *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín, 1974.

ADOMEIT, K.

— «Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff», *JuS*, 1972, p. 628 ss.

ALBRECHT, P.A.

— «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», *GA*, 1983, p. 192 ss.

— «Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO)», *NStZ*, 1983, p. 486 ss.

ALEXY, R.

— *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. española a cargo de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989.

AMBROSIUS, J.

— *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Neuwied, Berlín, 1966.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.

— «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 117 ss.

ANTOLISEI, F.

— *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14.ª ed. a cargo de L. Conti, Milán, 1997.

ANTÓN ONECA, J.

— *Derecho penal. Parte general*, 1949, 2.ª ed. anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Benéytez Merino, Madrid, 1986.

ARLOTH, F.

— Comentario a la sentencia del AG de Múnich de 6 de mayo de 1987, en *NStZ*, 1987, p. 408 ss.

ARZT, G./WEBER, U.
— *Strafrecht. Besonderer Teil,* 5 vol., Bielefeld, 1980.

ASENCIO MELLADO, J.M.
— *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989.

BACIGALUPO ZAPATER, E.
— «Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, p. 365 ss.
— «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 161 ss.
— *Lineamientos de la teoría del delito*, 3.ª ed. renovada y ampliada, Buenos Aires, 1994.
— *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J.
— *Manual de Derecho penal (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1993.

BALDÓ LAVILLA, F.
— *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.

VON BAR, L.
— «Dolus eventualis?», *ZStW*, 18 (1898), p. 534 ss.

BATTAGLIO, S.,
— «"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale», *RIDPP*, 1995, p. 375 ss.

BAUER, A.
— *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840.

BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10.ª ed., Bielefeld, 1995.

BAURMANN, M.
— *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987.

BELLOCH JULBE, J.A.
— «La prueba indiciaria», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 27 ss.

BEKKER, E.I.
— *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1859.

BENÉYTEZ MERINO, L.
— «Juicio de valor y jurisprudencia», *PJ*, 19 (1990), p. 9 ss.

BETTIOL, G./PETTOELLO MANTOVANI, L.
— *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed., Padua, 1986.

BINDING, K.
— *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.ª ed., Leipzig, 1914, reimp. 1965.

BOCKELMANN, P.
— «Der Nachweis des Hehlervorsatzes», *NJW*, 1954, p. 1745 ss.
— «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», en Art. KAUFMANN (ed.), *G. Radbruch-GS*, Göttingen, 1968, p. 252 ss.

BOCKELMANN, P./VOLK, K.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Múnich, 1987.

VON BOEHMER, J.S.F.
— *Observationes selectae ad Benedictus, Carpzovi JC. Practicam novam rerum criminalium imperialem Saxonicum*, 1759.

BORST
— «Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes», *NACR*, 1818, p. 434 ss.

BOTTKE, W.
— «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», en SCHÜNEMANN/PFEIFFER (ed.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, p. 171 ss.

BRAMMSEN, J.
— «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?», *JZ*, 1989, p. 71 ss.

BRESSER, H.P.
— «Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht"», en WARDA y otros (ed.), *R. Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 665 ss.

BRICOLA, F.
— *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggeto e di accertamento del dolo*, Milán, 1960.

BRUCK
— *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885.

BRUNS, M.
— «AIDS, Prostitution und das Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 693 ss.
— «Nochmals: Aids und Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 2281.
— «Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention», *MDR*, 1989, p. 199.

BURKHARDT, B.
— «Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik», en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon: Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 319 ss.

— «Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss», en ESER/NISHIHARA (ed.), *Rechtsfertigung und Entschuldigung*, IV, Friburgo d.B., 1995, p. 405 ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J.

— «Política criminal y dolo eventual», *RJCat*, 1984, p. 309 ss.

— *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994.

CAFFERATA NORES, J.I.

— *La prueba en el proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1994.

CARMONA RUANO, M.

— «La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 107 ss.

CARMONA SALGADO, C.

— «La receptación», en MARTÍN PALLÍN (dir.), *Delitos contra la propiedad: aspectos problemáticos*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 241 ss.

CARPZOV, B.

— *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635.

CASTALDO, A. R.

— «Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem», *ZStW*, 103 (1991), p. 541 ss.

CEREZO MIR, J.

— «La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española», *ADPCP*, 1981, p. 456 ss.

— *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982.

— *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito/1*, 5.ª ed., Madrid, 1997.

CHRISTIANI

— «Die Chimäre eines Todtschlages aus indirectem Vorsatz», *Niedersächsisches Archiv für Jurisprudenz und juristische Litteratur*, vol. 1, 1788, p. 3 ss.

CIOMPI, L.

— «Zur Integration von Fühlen und Denken im Licht der "Affektlogik". Die Psyche als Teil eines autopoietischen Systems», en KISKER (ed.), *Neurosen, Psychosomatische Erkrankungen, Psychoterapie*, 3.ª ed., Berlín, 1986.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN T.

— *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia, 1996.

CODÓN FERNÁNDEZ, J.M./ESBEC RODRÍGUEZ, E.

— «Psiquiatría legal y forense: introducción, histórica y epistemológica», en DELGADO RUBIO (dir.), *Psiquiatría legal y forense*, Madrid, 1994, vol. I, p. 49 ss.

CORCOY BIDASOLO, M.

— «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *ADPCP*, 1985, p. 961 ss. Una segunda versión de este trabajo en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 43 ss.

— *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.

CÓRDOBA RODA, J.

— «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», *RJCat*, 1982, p. 817 ss.

CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.

— *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972.

CUELLO CONTRERAS, J.

— «Acción, capacidad de acción y dolo eventual», *ADPCP*, 1983, p. 77 ss.

— *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general,* vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996.

DELGADO GARCÍA, J.

— «Prueba de indicios», en DELGADO GARCÍA (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 375.

DELLEPIANE, A.

— *Nueva teoría de la prueba*, 9.ª ed. (2.ª reimp.), Santa Fe de Bogotá, 1994.

DENCKER, F.

— «Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht», *ZStW,* 102 (1990), p. 51 ss.

DÍAZ PITA, M.M.

— *El dolo eventual*, Valencia, 1994.

— «Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991», *AP*, 1 (1995), p. 1 ss.

DÍAZ VELASCO, M.

— *Estudios sobre propiedad industrial*, Barcelona, 1987.

Diccionario de la lengua española de la Real Academia de la Lengua, 21.ª ed., Madrid, 1992.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.
— *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L./LAURENZO COPELLO, P.
— *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997.

El Digesto de Justiniano, versión castellana por A. d'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, 1975.

DONINI, M.
— *Teoria del Reato. Una Introduzione*, Padua, 1996.

DREHER, E./TRÖNDLE, H.
— *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 46.ª ed., Múnich, 1993.

ECKARTSHAUSEN
— *Über die Notwendigkeit psychologischer Kenntnisse bei der Beurteilung der Verbrechen*, 1791.

ECKER, S.
— *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale*, disertación inédita, Göttingen, 1981.

Enciclopedia Jurídica Básica, 4 vol., Madrid, 1995.

ENDRUWEIT, G./KERNER, H.J.
— «Unrechtsbewußtsein als juristisches Problem in Rechtsprechung und Lehre: Dogmatische Konstruktionen, prozessuale Konsequenzen, Bezug zur sozialen Wirklichkeit», en HASSEMER/LÜDERSSEN (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, vol. III, Múnich, 1978, p. 89 ss.

ENGELMANN, W.
— *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1.ª ed., Leipzig, 1895 (reimp. 1965).
— *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, Berlín, 1922 (reimp. 1975).

ENGISCH, K.
— *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930, 2.ª reimp., Múnich, 1995.
— Comentario a la sentencia BGHSt, vol. 7, p. 363 ss, en *NJW*, 1955, p. 1688.
— *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed., Heidelberg, 1960.
— *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Múnich, 1963.
— *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín, 1965.

ESER, A./BURKHARDT, B.
— *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. española a cargo de S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, Madrid, 1995.

EULE-WECHSLER, C.
— *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken*, disertación inédita, Bonn, 1996.

EUSEBI, L.
— «In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa» (comentario a la sentencia de la *Corte d'Apello* de Milán de 22 de abril de 1986), *RIDPP*, 1987, p. 1060 ss.

FARRÉ TREPAT, E.
— «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en MIR PUIG y otros (cfr. *infra*), p. 71 ss.

FELIP I SABORIT, D.
— *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997.

FERRAJOLI, L.
— *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española a cargo de P. Andrés Ibáñez y otros, 2.ª ed., Madrid, 1997.

FEUERBACH, J.P.A.
— *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.ª ed., Giessen, 1803.
— «Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere», en *Bibliothek des peinlichen Rechts der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, vol. II, Giessen, 1804 (reimp. Francfort d.M., 1985), p. 193 ss.
— *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.ª ed. a cargo de C.J.A. Mittermaier, Giessen, 1840.
— *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, 14.ª ed. a cargo de C.J.A. Mittermaier, Giessen, 1847, trad. española a cargo de R. Zaffaroni e I. Hagemeier, 2.ª ed., Buenos Aires, 1989.

FIANDACA, G./MUSCO, E.
— *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995.

FINCKE, M.
— «Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit», *GA*, 1973, p. 266 ss.

FLETCHER, G.P.
— *Conceptos básicos de Derecho penal*, prólogo, trad. española y notas a cargo de F. Muñoz Conde, Valencia, 1997.

FLORIÁN, E.
— *De las pruebas penales*, 3.ª ed., trad. española a cargo de J. Guerrero, Santa Fe de Bogotá, 1995.

FRAMARINO DEI MALATESTA, N.
— *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín, 1912), trad. española a cargo de S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed, Santa Fe de Bogotá, 1995.

DE FRANCESCO, G.
— «Dolo eventuale e colpa cosciente», *RIDPP*, 1988, p. 113 ss.

FRANK, R.
— «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre», *ZStW*, 10 (1890), p. 169 ss.

FREUND, G.
— Comentario a la sentencia del BGH de 20 de noviembre de 1986 (*JR*, 1988, pp. 115-116), en *JR*, 1988, p. 116 ss.
— *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987.
— Comentario a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156 ss), en *StV*, 1991, p. 23 ss.
— «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht», *GA*, 1991, p. 387 ss.
— «Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, p. 43 ss.

FRISCH, W.
— *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983.
— «Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes», en DORNSEIFER (ed.), *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, p. 311 ss.
— «Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? – BHGSt 36, 1», *JuS*, 1990, p. 362 ss.
— «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», en GEPPERT/DEHNICKE (ed.), *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 533 ss.
— «Offene Fragen des dolus eventualis», *NStZ*, 1991, p. 23 ss.
— «Straftat und Straftatsystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, p. 135 ss.
— «Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa», trad. española a cargo de J.M. Paredes Castañón, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 99 ss.

GALLAS, W.
— *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts*, Berlín, Leipzig, 1931.
— *La teoría del delito en su momento actual*, trad. española a cargo de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1959.

GARCÍA ANDRADE, J.A.
— *Psiquiatría criminal y forense*, Madrid, 1993.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.
— «El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales», *RDPC*, 6 (1996), p. 255 ss.

GARZÓN, A.
— *Psicología y justicia*, Valencia, 1989.

GEPPERT, K.
— «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *Jura*, 1986, p. 610 ss.

GEYER, U.
— «Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang», *Archiv für Preußisches Strafrecht* (actual *GA*), 13 (1865), p. 239 ss.

GIMBERNAT ORDEIG, E.
— *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990. Trabajos citados:
  — «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», p. 140 ss.
  — «El sistema del Derecho penal en la actualidad», p. 162 ss.
  — «Acerca del dolo eventual», p. 240 ss.
— «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 421 ss.

GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.
— *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1997.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.
— *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984 (reimp. 1988).

GORPHE, F.
— *Apreciación judicial de las pruebas*, 1947, trad. española a cargo de J. Guerrero, Bogotá, 1985.

GÖSSEL, K.H.
— «La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político criminales», trad. española a cargo de M. Polaino Navarrete, *CPC*, 45 (1991), p. 673 ss.

GRACIA MARTÍN, L.
— *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2 vol., Zaragoza, 1985.

— «Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal», *AP*, (1) 1994, p. 307 ss (1.ª parte), p. 345 ss (2.ª parte).
— «Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito», *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 223 ss.

GRASNICK, W.
— *Über Schuld, Strafe und Sprache*, Tübingen, 1987.
— «Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozeß», en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 55 ss.

GROSSMANN, H.
— *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburgo, 1924.

GSCHWIND, M.
— «Zur Kriminologie des Vorsatzes», en NOLL/STRATENWERTH (ed.), *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. O.A. Germann-FS*, Berna, 1969, p. 59 ss.

GUINARTE CABADA, G.
— *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid, 1988.

HAFT, F.
— «Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs», *ZStW*, 88 (1976), p. 365 ss.

HAGEN, K.
— «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), p. 159 ss.

HANACK, E.W.
— «Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß», *JuS*, 1977, p. 727 ss.

HASSEMER, W.
— «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», trad. española a cargo de F. Muñoz Conde, *DP*, 1982, p. 233 ss.
— *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990. Existe trad. española de la 1.ª ed. a cargo de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984.
— «Los elementos característicos del dolo», trad. española a cargo de M.M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, p. 909 ss.
— *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. española a cargo de P.S. Ziffer, Buenos Aires, 1995.

HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F.
— *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.

HAUSER, K.
— «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *GS*, 54 (1897), p. 1 ss.

HEINE, G.
— *Tötung aus «niedrigen Beweggründen»*, Berlín, 1988.

HEMMEN, H.
— *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909.

HENKEL, H.
— «Die "praesumtio doli" im Strafrecht», en BOCKELMANN/GALLAS (ed.), *E. Schmidt-FS*, Göttingen, 1961, p. 578 ss.

HERZBERG, R.D.
— «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS*, 1986, p. 249 ss.
— «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?», *NJW*, 1987, p. 1461 ss.
— «Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr», *NJW*, 1987, p. 2283 ss.
— «Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten», *JuS*, 1987, p. 777 ss.
— «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, p. 573 ss (1.ª parte), p. 635 ss (2.ª parte).
— «Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts», *JZ*, 1989, p. 470 ss. Existe una versión reducida de este trabajo en lengua española: «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal», trad. a cargo de M.T. Castiñeira Palou, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 121 ss.

HERZOG, F./NESTLER-TREMEL, C.
— «Aids und Strafrecht – Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?», *StV*, 1987, p. 360 ss.

HETZER, W.
— *Wahrheitsfindung im Strafprozeß unter Mitwirkung psychiatrisch/psychologischer Sachverständiger*, Berlín, 1982.

HILLENKAMP, T.
— «Beweisnot und materielles Recht», en BRODA y otros (ed.), *R. Wassermann-FS*, Neuwied, 1985, p. 861 ss.
— «Dolus eventualis und Vermeidewille», en DORNSEIFER y otros (ed.), *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, p. 351 ss.

VON HIPPEL, R.
— *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903.
— «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrechts*, vol. III, 1908, p. 373 ss.

HIRSCHBERG, M.
— *La sentencia errónea en el proceso penal*, Stuttgart, 1960, trad. española a cargo de T.A. Banzhaf, Buenos Aires, 1969.

HOYER, A.
— «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"», *ZStW*, 105 (1993), p. 523 ss.

HRUSCHKA, J.
— «Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin», en STRATENWERTH y otros (ed.), *H. Welzel-FS*, Berlín, Nueva York, 1974, p. 115 ss.
— *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, Nueva York, 1976.
— «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en GÖSSEL y otros (ed.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. T. Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 191 ss.

IGARTUA SALAVERRIA, A.
— *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995.

ÍÑIGO CORROZA, M.E.
— «El caso del "producto protector de la madera" (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán», *AP*, 20 (1997), p. 439 ss.

JAÉN VALLEJO, M.
— «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *RDP*, 1989, p. 69 ss.

JÄGER, H.
— «Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung», *MschrKrim*, 61 (1978), p. 297 ss.
— «Strafrecht und psychoanalytische Theorie», en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 47 ss.

JAKOBS, G.
— «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», trad. española a cargo de J. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1989, p. 632 ss.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1993. Versión española: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
— *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. española a cargo de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996.

— *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. española a cargo de M. Cancio Meliá, Madrid, 1996.
— *Estudios de Derecho penal*, trad. de diversos trabajos a cargo de M. Cancio Meliá, E. Peñaranda Ramos y C.J. Suárez González, Madrid, 1997. Trabajos citados:
  — «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, p. 101 ss.
  — «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, p. 127 ss.
  — «El delito imprudente», trad. M. Cancio Meliá, p. 167 ss.
  — «El lado subjetivo de los delitos de resultado en casos de habituación al riesgo», trad. C.J. Suárez González, p. 197 ss.
  — «El principio de culpabilidad», trad. M. Cancio Meliá, p. 365 ss.
— «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, p. 553 ss.
— «Sobre la teoría de la pena», trad. española a cargo de M. Cancio Meliá, *PJ*, 47 (1997), p. 145 ss.
— «Conocimiento y desconocimiento de la norma», trad. española a cargo de M.A. Sancinetti, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1998, p. 57 ss.

JANZARIK, W.
— «Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes», *ZStW*, 104 (1992), p. 65 ss.

JELLINEK, G.
— *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, 2.ª reimp., Darmstadt, 1963.

JESCHECK, H.H.
— «Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff», en WÜRTENBERGER y otros (ed.), *Existenz und Ordnung, E. Wolf-FS*, Francfort d.M., 1962, p. 473 ss.
— *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., trad. española y adiciones a cargo de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981.

JESCHECK, H.H./WEIGEND, T.
— *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996.

JIMÉNEZ BURILLO, F./CLEMENTE, M. (comp.)
— *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.
— *Tratado de Derecho penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1992.

JOSHI JUBERT, U.
— «Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad», *ADPCP*, 1989, p. 125 ss.

KAISER, G.
— «Strafrecht und Psychologie», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 195 ss.

KARGL, W.
— *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991.
— *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 2.ª ed., Múnich, 1987.

KASIELKE, E./LANDER, H.J./SCHMIDT, H.D./STRAUß, E.
— «Psychologische Aspekte zum Problem der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes», *Staat und Recht*, 1964, p. 668 ss.

KÄßER, W.
— *Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Berlín, 1974.

KAUFMANN, Arm.
— «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1982, p. 59 ss. Trabajo publicado por vez primera en *ZStW*, 70 (1958), p. 64 ss, del que existe trad. española a cargo de R.F. Suárez Montes, «El dolo eventual en la estructura del delito», *ADPCP*, 1960, p. 185 ss.

KELSEN, H.
— *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911.

KINDHÄUSER, U.
— «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 1 ss.
— «Das Beweismaß des Strafverfahrens», *Jura*, 1988, p. 290 ss.

KLEB-BRAUN, C.
— «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus "volljuristischer" Sicht», *JA*, 1986, p. 249 ss y p. 310 ss.

KLEE, K.
— *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906.
— «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *ZStW*, 48 (1928), p. 1 ss.

KLEINKNECHT, T./MEYER-GOßNER, L.
— *Strafprozeßordnung*, 43.ª ed., Múnich, 1997.

KÖBERER, W.
— «Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale», *KrimJ*, 1983, p. 184 ss.

KÖHLER, M.
— Comentario a la sentencia del BGH de 17 de junio de 1980, en *JZ*, 1981, p. 35 ss.
— *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997.

Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare), Neuwied, 1990.

Kommentar zur Strafprozeßordnung (Reihe Alternativkommentare), Neuwied, 1993.

KRAUß, D.
— «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», en GRÜNWALD y otros (ed.), *F. Schaffstein-FS*, Göttingen, 1975.
— «Kriminologie und Strafrecht», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 233 ss.
— «Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», en FRISCH/SCHMID (ed.), *H.J. Bruns-FS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1978.

KÜHN, W.
— «Dolus eventualis bei Verkehrsunfällen?», *NJW*, 1967, p. 24.

KÜPER, W.
— «Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch», *GA*, 1987, p. 479 ss.

KUSCH, K.G.
— *Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemein deutschen Strafverfahrensrecht*, Hamburgo, 1963.

LABRADOR, F.J. (dir.)
— *Aportaciones de la Psicología al ámbito jurídico*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

LACKNER, K.
— *Strafgesetzbuch*, 22.ª ed. a cargo de K. Lackner y K. Kühl, Múnich, 1997.

LACMANN, W.
— «Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem», *ZStW*, 30 (1910), p. 767 ss.
— «Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes», *GA*, 1911, p. 109 ss.
— «Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch», *ZStW*, 31 (1911), p. 142 ss.

LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C.
— *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1996.

LANDER, H.J.
— «Zur Psychologie der vorsätzlichen Handlung», en SCHMIDT/KASIELKE (ed.), *Psychlogie und Rechtspraxis*, Berlín, 1966, p. 124 ss.

LARENZ, K.
— *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª ed., trad. española a cargo de M. Rodríguez, Barcelona, 1994.

Leipziger Kommentar. StGB Großkommentar, 8.ª ed. a cargo de Jagusch, Mezger, Schaefer, Werner, 1957/58 y 11.ª ed. a cargo de Jähnke, Laufhütte, Odersky, 1994.

LEMPP, R.
— *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977.

LEONE, G.
— *Tratado de Derecho procesal penal*, Nápoles, 1961, 3 vol., trad. española a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1989.

LESCH, H.H.
— «Intervención delictiva e imputación objetiva», trad. española a cargo de J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, *ADPCP*, 1995, p. 911 ss.
— «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, p. 802 ss.

LICCI, G.
— «Dolo eventuale», *RIDPP*, 1990, p. 1498 ss.

LIEPMANN, M.
— *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf»*, Hamburgo, 1921.

VON LISZT, F.
— *Tratado de Derecho penal*, 20.ª ed., trad. española a cargo de L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña, 3.ª ed., Madrid, s/f.
— «Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess», en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlín 1905 (reimp. 1970), p. 251 ss.

LÖFFLER, A.
— *Die Schuldformen des Strafrechts*, vol. I, «Die Entwicklung des geltenden Rechts», Leipzig, 1895.
— «Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ÖZSt*, 1911, p. 131 ss.

LOOS, F.
— «Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis», en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 261 ss.
— Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993 (*JR*, 1994, p. 510 ss), en *JR*, 1994, p. 511 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.
— «La motivación de las sentencias», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 95 ss.

LÖWE, E./ROSENBERG, W.
— *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkomentar*, 24.ª ed., Berlín, 1987.

DE LUCA, G.
— «Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito», *RIDPP*, 1992, p. 1255 ss.

LUCAS, H.
— *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883.

LÜDERSSEN, K.
— «Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts», *ZStW*, 85 (1973), p. 288 ss.

LUZÓN CUESTA, J.M.
— *El recurso de casación penal*, Madrid, 1993.

LUZÓN PEÑA, D.M.
— «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», *PJ*, 23 (1991), p. 87 ss.
— *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996.

MAIER, J.B.J.
— «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», *DP*, 1978, p. 301 ss.

MAIWALD, M.
— «Prova e giudizio: la normativa in materia del Codice Tipo per l'America Latina. Una prospettiva tedesca», en MASSA/SCHIPANI (ed.), *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale per l'America Latina*, Padua, 1994, p. 91 ss.

MAPELLI CAFFARENA, B.
— «Entre el homicidio y las lesiones», en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 41 ss.

MAQUEDA ABREU, M.L.
— «La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 181 ss.
— «La relación "dolo de peligro" – "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1990 "sobre el aceite de colza"», *ADPCP*, 1995, p. 419 ss.

MANTOVANI, F.
— *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Padua, 1992.

MÄRKER, K.
— *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995.

MARTÍN GARCÍA, P.
— «Problemas procesales del dolo: su prueba», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 200 ss.

MARTÍNEZ ARRIETA, A.
— «La prueba indiciaria», en *La prueba en el proceso penal*, CEJ, Madrid, 1993, p. 53 ss.
— «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 25 ss.

MAURACH, R./ZIPF, H.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8.ª ed., Heidelberg, 1992. Existe traducción española de la 7.ª ed. (1987) a cargo de J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1994.

MAYER, H.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, Stuttgart, Berlín, Colonia, Mainz, 1967.

MEYER-GOßNER, L.
— «Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht», *NStZ*, 1986, p. 49 ss (1.ª parte), p. 103 ss (2.ª parte).

MEZGER, E.
— «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», en *Probleme der Strafrechtserneuerung. E. Kohrausch-FS*, Berlín, 1944, p. 180 ss.
— *Tratado de Derecho penal*, 2.ª ed. alemana (1933), trad. española y notas a cargo de J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946 (tomo I), 1949 (tomo II).

MIR PUIG, S.
— «Por una dogmática penal creadora», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 9 ss.
— *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
— «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 11 ss.

— *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996.

MIR PUIG, S. (ed.)
— *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993.

MIR PUIG, S./SILVA SÁNCHEZ, J.M./CASTIÑEIRA PALOU, M.T./FARRÉ TREPAT, E./CORCOY BIDASOLO, M./JOSHI JUBERT, U./BALDÓ LAVILLA, F.
— *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992.

MIRANDA ESTRAMPES, M.
— *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.

MITTERMAIER, C.J.A.
— *Tratado de la prueba en material criminal*, 10.ª ed. adicionada y puesta al día por P. Aragoneses Alonso, Madrid, 1979.

MONER MUÑOZ, E.
— «El dolo y su control en el recurso de casación», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 139 ss.

MORENO G., L.R.
— «Técnicas modernas en la investigación de los delitos (visión panorámica)», en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (coloquio internacional)*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1998, p. 349 ss.

MORKEL, D.W.
— «Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat», *NStZ*, 1981, p. 176 ss.

MORSELLI, E.
— «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADPCP*, 1991, p. 883 ss.

MÜLLER-DIETZ, H.
— «Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren», *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 15 (1971), p. 257 ss.

MÜLLER-LUCKMANN, E.
— «Psychologie und Strafrecht», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 215 ss.

MUMMENHOFF, W.
— *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1997.

MUÑOZ CONDE, F.
— Cfr. HASSEMER.

MUÑOZ CONDE F./GARCÍA ARÁN, M.
— *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia, 1996.

MUÑOZ SABATÉ, L.
— *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed., Barcelona, 1993.

MYLONOPOULOS, C.
— «Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo», *ZStW*, 99 (1987), p. 685 ss.

NAUCKE, W.
— «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *ZStW*, 85 (1973), p. 399 ss.

NELL, E.L.
— *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlín, 1983.

NETTELBLADT/GLÄNTZER
— *De homicidio ex intentione indirecta comisso*, 1756.

NEUMANN, U.
— «Funktionale Wahrheit im Strafverfahren», en SCHOLLER/PHILIPPS (ed.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1989, p. 73 ss.

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bonn, 1959.

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.ª ed. a cargo de U. Neumann y W. Schild, Baden-Baden, 1995.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.
— *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986.

OEHLER, D.
— «Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes», *NJW*, 1966, p. 1633 ss.

DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J.A.
— *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1995.

OPP, K.D.
— «Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß», en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 21 ss.

OTTO, H.
— «Der Vorsatz», *Jura*, 1996, p. 468 ss.
— *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., Berlín, Nueva York, 1996.

PAGLIARO, A.
— «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)», en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991.
— *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Milán, 1993.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.
— *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

PÉREZ BARBERÁ, G.E.
— «La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal», *CDJP*, 4-5 (1997), p. 393 ss.

PÉREZ DEL VALLE, C.
— «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 413 ss.

PÉREZ MANZANO, M.
— «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 221 ss.

PERIS RIERA, J.M.
— *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, Valencia, 1994.

PERRON, W.
— «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», en ESER (ed.), *H. Nishihara-FS*, Baden-Baden, 1998, p. 145 ss.

PETERS, K.
— «Gespräch und Briefwechsel. Zur Methode der Tatsachenerkenntnis in der Strafprozeßlehre», en KOHLMAN y otros (ed.), *U. Klug-FS*, Colonia, 1983, vol. II, p. 539 ss.
— *Strafrechtspflege und Menschlichkeit. Ausgewählte Schriften*, ed. a cargo de W. Küper y K. Wasserburg, Heidelberg, 1988. Trabajos citados:
  — «Strafprozeßlehre im System des Strafprozeßrechts», p. 102 ss.
  — «Die prozeßrechtliche Stellung des psychologischen Sachverständigen», p. 279 ss.
  — «"Übergänge" im Strafprozeß – dargestellt am Grundsatz der freien Beweiswürdigung», p. 377 ss.

PHILIPPS, L.
— «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW*, 85 (1973), p. 27 ss.

PLATZGUMMER, W.
— *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964.

PORTELLANO DÍEZ, P.
— «Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista», *CPC*, 60 (1996), p. 633 ss.

PRITTWITZ, C.
— «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS» (2.ª parte), *JA*, 1988, p. 486 ss.
— «Das "AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs», *StV*, 1989, p. 123 ss.
— *Strafrecht und Risiko*, Francfort d.M., 1993.
— «Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teils des StGB», *GA*, 1994, p. 454 ss.

PUIG PEÑA, F.
— *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 7.ª ed., Madrid, 1988.

PUPPE, I.
— «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 1 ss.
— *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.
— «Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH», *NStZ*, 1992, p. 576 ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.
— «El dolo y el conocimiento de la antijuricidad», en JIMÉNEZ VILLAREJO (ed.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.
— *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed. puesta al día por C. García Valdés, Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M.
— *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996.

RAMOS MÉNDEZ, F.
— *El proceso penal. Lectura constitucional*, 3.ª ed., Barcelona, 1993.

RASCH, W.
— *Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964.
— «Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlunganalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 46 ss.

REYES ALVARADO, Y.
— *La prueba indiciaria*, 2.ª ed., Bogotá, 1989.
— «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1994, p. 933 ss.

RIVES SEVA, A.P.
— «La estafa de polizonaje. Estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia», *AP*, (1) 1994, p. 265 ss.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.
— *Derecho penal español. Parte general*, 16.ª ed., Madrid, 1993.
— *Derecho penal español. Parte especial*, 17.ª ed., Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.
— *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
— Cfr. PAREDES CASTAÑÓN.
— «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza"», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 263 ss.

ROMANO, M.
— *Comentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987.

ROMEO CASABONA, C.M.
— «SIDA y Derecho penal», en *Problemas del tratamiento jurídico del SIDA*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1995, p. 67 ss.

ROSS, A.
— *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979.

ROXIN, C.
— «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1964, p. 53 ss.
— *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. española a cargo de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
— *Strafverfahrensrecht*, 24.ª ed., Múnich, 1995.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997. Versión española de la 2.ª ed.: *Derecho penal. Parte general*, trad. y notas a cargo de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remensal.

ROXIN, C./STREE, W./ZIPF, H./JUNG, H.
— *Einführung in das neue Strafrecht*, Múnich, 1974.

RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSON, E./GÜNTHER, H.L.
— *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Neuwied, Kriftel, Berlín. Parágrafos citados: § 15 (1995), apéndice § 16 (1989).

RUIZ VADILLO, E.
— *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995.

SÁINZ CANTERO, J.A.
— *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, 1990.

SAMSON, E.
— «Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht», *JA*, 1989, p. 449 ss.

SANCINETTI, M.A.
— *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991.

SAUER, W.
— *Grundlagen des Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 1921.
— *Derecho penal (Parte general)*, 3.ª ed., 1955, trad. española a cargo de J. del Rosal y J. Cerezo, Barcelona, 1956.

SCHAFFSTEIN, F.
— *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986).
— *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. española a cargo de J.M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957.

SCHEFFLER, U.
— «J.F.S. von Böhmer (1704-1772) und der dolus eventualis – Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?», *Jura*, 1995, p. 349 ss.

SCHEWE, G.
— *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967.
— *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972.
— «"Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit», en WARDA y otros (ed.), *R. Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 687 ss.
— «Wille und Freiheit – juristische und medizinisch-psychologische Aspekte», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 1 ss.

SCHILD, W.
— «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 48 ss.
— «Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein"», en KÜPER/WELP (ed.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. W. Stree/J. Wessels-FS*, Heidelberg, 1993, p. 241 ss.
— «Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt», en JAKOB/USTERI/WEIMAR (ed.), *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 119 ss.

SCHLEHOFER, H.
— «Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten», *NJW*, 1989, p. 2017 ss.

SCHMIDHÄUSER, E.
— «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, p. 305 ss.
— «Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958», *GA*, 1958, p. 161 ss.

— «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS y otros (ed.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. H. Mayer-FS*, Berlín, 1966, p. 317 ss.
— *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968.
— «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, p. 241 ss.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2.ª ed., Tübingen, 1984.
— «Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch», en HERZBERG y otros (ed.), *D. Oehler-FS*, Colonia, 1985, p. 136 ss.

SCHMIDT, A.
— *Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht*, Francfort d.M., 1994.

SCHMOLLER, K.
— «Das voluntative Vorsatzelement», *ÖJZ*, 37 (1982), p. 259 ss y p. 281 ss.

SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.
— *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.ª ed. a cargo de T. Lenckner, A. Eser, P. Cramer y W. Stree, Múnich, 1997.

SCHRÖDER, H.
— «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», *W. Sauer-FS*, Berlín, 1949, p. 207 ss.

SCHROTH, U.
— «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», *NStZ*, 1990, p. 324 ss.
— «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1992, p. 1 ss.
— *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994.

SCHÜLER-SPRINGORUM, H.
— «Der "natürliche" Vorsatz. Zu seiner Beurteilung durch Richter und Sachverständigen», *MschrKrim*, 56 (1973), p. 363 ss.

SCHULTZ, H.
— «Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille», en SEEBODE (ed.), *G. Spendel-FS*, Berlín, Nueva York, 1992, p. 303 ss.

SCHUMACHER, W.
— «Die Tathandlung und ihre Bewertung in psychoanalytischer Sicht», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 61 ss.

SCHUMANN, H.
— «Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH», *JZ*, 1989, p. 427 ss.

SCHÜNEMANN, B.
— «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars» (1.ª parte), *GA*, 1985, p. 341 ss.
— «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, trad. española y notas a cargo de J.M. Silva Sánchez, Madrid, 1991, p. 31 ss.
— «Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht», *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 259 ss.

SEGURA GARCÍA, M.J.
— *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.
— *Estudios de Derecho procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969.

SESSAR, K.
— *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, Friburgo d.B., 1981.
— Comentario a la sentencia del BGH de 30 de abril de 1986, en *StV*, 1988, pp. 94-95.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.
— «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, p. 647 ss.
— «Recensión a *Schünemann, GA, 1985*», *ADPCP*, 1987, p. 537 ss.
— «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida"», *La Ley*, 3 (1988), p. 970 ss.
— *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
— «Sobre los "movimientos reflejos", "actos en cortocircuito" y "reacciones automatizadas"», en MIR PUIG y otros (cfr. *supra*), p. 11 ss.
— *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
— «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 17 ss.
— «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1997, p. 9 ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.M./BALDÓ LAVILLA, F./CORCOY BIDASOLO, M.
— *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona, 1997.

SOBRAL, J./ARCE, R./PRIETO, A. (ed.)
— *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994.

SPENDEL, G.
— «Wahrheitsfindung im Strafprozeß», *JuS*, 1964, p. 465 ss.
— «Zum Begriff des Vorsatzes», en KÜPER y otros (ed.), *K. Lackner-FS*, Berlín, Nueva York, 1987, p. 167 ss.

STEIN, F.
— *El conocimiento privado del juez*, Leipzig, 1893, trad. española a cargo de A. de la Oliva Santos, Madrid, 1990.

STEIN, U.
— «"Gewißheit" und "Wahrscheinlichkeit" im Strafverfahren», en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, Neuwied, Kriftel, Berlín, 1995, p. 233 ss.

STRATENWERTH, G.
— «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW*, 71 (1959), p. 51 ss.
— *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, versión castellana de E. Bacigalupo Zapater con la colaboración de A. Zugaldía Espinar, Madrid, 1980.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed. Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1981. Existe trad. española de la 2.ª ed. (1976) a cargo de G. Romero: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Madrid, 1982.

STRENG, F.
— «Psychoanalyse und Strafrecht», *MschrKrim*, 59 (1976), p. 77 ss.

SZWARC, A.J. (ed.)
— *AIDS und Strafrecht*, Berlín, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J.M.
— «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, p. 515 ss.

TASSI, S.
— *Il dolo*, Padua, 1992.

TORÍO LÓPEZ, A.
— «Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva», en *Estudios Jurídicos. Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, 1993, tomo II, p. 1009 ss.
— «Acción peligrosa y dolo – Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 157 ss.

TOZZINI, C.A.
— *Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la Psicología de la forma)*, Buenos Aires, 1964.

TRIFFTERER, O.
— *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Viena, Nueva York, 1985.

URRA PORTILLO, J.
— «Confluencia entre Psicología y Derecho», en URRA PORTILLO/VÁZQUEZ MEZQUITA (comp.), *Manual de Psicología forense*, Madrid, 1993, p. 1 ss.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.
— *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L.
— *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal,* Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, J.
— *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993.

VENTURA PÜSCHEL, A.
— «Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales», *PJ*, 29 (1993), p. 161 ss.

VEST, H.
— *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986.
— «Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes», *ZStW*, 103 (1991), p. 584 ss.

DE VICENTE REMENSAL, F.J.
— «Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial», *PJ*, 8 (1987), p. 75 ss.

VOLK, K.
— «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», en Art. KAUFMANN y otros (ed.), *P. Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, p. 76 ss.
— *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1980.
— «Dolus ex re», en HAFT y otros (ed.), *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 611 ss.
— «Kausalität im Strafrecht», *NStZ*, 1996, p. 106 ss.

WAIDER, H.
— «Die Bedeutung der praesumtio doli für die Strafrechtsentwicklung in Deutschland», *JuS*, 1972, p. 305 ss.

WALTER, M.
— «Die subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht», *KrimJ*, 1981, p. 207 ss.

VON WEBER
— «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», *NACR*, 1825, p. 549 ss.

WEIGEND, T.
— «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 93 (1981), p. 657 ss.

WELZEL, H.
— *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.ª ed., trad. española a cargo de J. Bustos y S. Yáñez, 4.ª ed., Santiago de Chile, 1993.

WENING
— «Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte», *NACR,* 1818, p. 194 ss.

WESSELS, J.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 26.ª ed., Heidelberg, 1996.

VON WICK, A.
— «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *ACR*, 1857, p. 572 ss.
— *Ueber Vorstaz und Absicht*, Rostock, 1866.

Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed. a cargo de E. Foregger y F. Nowakowski, 20.ª entrega a cargo de F. Nowakowski, Viena, 1984.

WOHLERS, W.
— «Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung», *JuS*, 1995, p. 1019 ss.

WOLFF, E.A.
— «Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung», en LACKNER y otros (ed.), *W. Gallas-FS*, Berlín, Nueva York, 1973, p. 197 ss.

ZAFFARONI, E.R.
— *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997.

ZIEGERT, U.
— *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.
— «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, p. 395 ss.

ÍNDICE

Nota Preliminar 9

Abreviaturas empleadas 11

Prólogo 15

Introducción 17

PRIMERA PARTE
SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO

I Cuestiones básicas 25
I.1. Regulación del dolo en el Derecho vigente 27
I.2. El castigo de los comportamientos delictivos dolosos 32
I.3. La clasificación tripartita del dolo 44

II Retrospectiva: la teoría de la voluntad y la teoría de la representación 53
II.1. El *dolus indirectus* 54
II.2. De *Feuerbach* a *Horst Schröder* 59
A) La teoría del consentimiento 60
B) La teoría de la probabilidad 66
C) Otras perspectivas 71
II.3. El «insostenible» consentimiento y la «insostenible» probabilidad 75

III El «consenso divergente» 83
III.1. El «Caso de la correa de cuero» *(Lederriemenfall)* 83
III.2. El planteamiento de las teorías cognitivas 88
III.3. La confianza en la no realización del tipo 97
A) El «contar con» y el «tomar en serio» 99
B) El «conformarse» y el «aceptar» 103
C) La racionalidad de la confianza 105
D) Balance 108

III.4. La voluntad de evitación 109
III.5. La decisión contra el bien jurídico 112
III.6. Las claves del consenso 121

IV Las «voces discordantes» 127
IV.1. Lógica emocional y dolo 128
IV.2. Intentos de objetivación 133
A) Planteamiento: el «Caso del virus del SIDA» 133
B) Imputación subjetiva y habituación al riesgo 137
C) El peligro descubierto como criterio de distinción .. 142
D) Peligro de dolo « peligro de imprudencia 147
E) Balance 151

V Recapitulación 155
V.1. Búsqueda de denominadores comunes 156
A) Puntos de unanimidad en el consenso divergente 156
B) ¿Ulteriores elementos en la definición de dolo? 157
C) La representación necesaria para el dolo 162
V.2. Concepto intelectual de dolo: requisitos básicos 165
V.3. Puntos problemáticos de una concepción intelectual del dolo 168
A) Ausencias irracionales de representación de riesgo: ¿privilegio a la irracionalidad? 168
B) Riesgos mínimos no permitidos: ¿castigo al escrupuloso? 170
C) ¿Simple no atribución de la capacidad lesiva? 171
D) Concepto intelectual de dolo y delitos de peligro concreto 173
V.4. Conclusión provisional 175

Excurso: sobre la tripartición del dolo 177

SEGUNDA PARTE
SOBRE LA «DETERMINACIÓN DEL DOLO»

VI Introducción 189
VI.1. Planteamiento del problema y principales propuestas para su resolución 189
VI.2. Legitimidad y aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales 192
VI.3. Trascendencia del problema 199

VII La concepción psicológica: «determinación del dolo» como averiguación de un fenómeno psicológico 205
VII.1. Planteamiento 205
VII.2. Legitimidad de la concepción psicológica 207

VII.3. Los métodos de averiguación del conocimiento como fenómeno psicológico 212
A) El recurso a las ciencias empíricas 213
A.1. Planteamiento 213
A.2. Ciencias empíricas y concepto jurídico-penal de dolo 217
A.3. Ciencias empíricas y constatación del conocimiento 220
A.4. Aportaciones concretas 225
A.5. Balance 230
B) La confesión del acusado 232
C) La prueba de indicios 237
C.1. Cuestiones generales 239
C.2. Las reglas de experiencia (premisa mayor) 247
C.3. Los hechos previamente probados (premisa menor) 253
C.4. ¿Realidad psicológica a través de indicios? ... 257

VIII La concepción psicológica: visión crítica 259
VIII.1. Aplicabilidad de la concepción psicológica 259
VIII.2. La «determinación del dolo»: interpretaciones mayoritarias 261
VIII.3. La convicción judicial como respuesta a los problemas de aplicabilidad del concepto de dolo: crítica 268
VIII.4. Balance 271

IX Las concepciones normativas 275
IX.1. Planteamiento 275
IX.2. Perspectiva histórica 277
IX.3. Las concepciones normativas del dolo en la actualidad 287
A) Aspectos de la discusión: concepto de dolo y «determinación del dolo» 287
B) Concepciones normativas de la determinación procesal del dolo 290
B.1. Cuestiones generales: el objetivo de la prueba en el proceso penal 291
B.2. Concepciones normativas sobre la «determinación del dolo» 295
a) Panorámica doctrinal 295
b) Posturas normativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo 300
IX.4. Aspectos problemáticos de las concepciones normativas 302
A) Problemas de legitimidad 303

A.1. Planteamiento 303
A.2. Intentos de superación 307
a) El planteamiento de *Georg Freund* 307
b) Otros planteamientos 313
B) Los criterios de atribución 317
IX.5. Balance 320

X Una nueva perspectiva: el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo 323
X.1. Planteamiento 323
X.2. Asunción de riesgos mediante el recurso al sentido social 328
A) Hechos probados no coincidentes con la realidad e instrumentalización 329
B) Sentido social y reducción de riesgos 332
C) Ciencias empíricas y sentido social 333
C.1. Ciencias empíricas y reducción de riesgos 335
C.2. Atribución del dolo y estados pasionales 337
X.3. Legitimación del sentido social como criterio de «determinación del dolo» 341
X.4. Criterios de atribución del conocimiento a partir del sentido social 345
X.5. Conclusiones 352

TERCERA PARTE
SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO

XI Introducción 357
XI.1. Planteamiento 357
XI.2. Reglas de imputación: ¿concepto o determinación procesal del dolo? 362
A) Criterios generales 362
B) El estado de la cuestión en la jurisprudencia española 366
XI.3. Cuestiones metodológicas 374

XII Los conocimientos mínimos 379
XII.1. Planteamiento 379
XII.2. Repercusiones prácticas de los conocimientos mínimos 383
XII.3. Conocimientos mínimos y «socialización exótica» 387
XII.4. Conocimientos mínimos y desconocimientos irracionales del riesgo 390
XII.5. Conocimientos mínimos y estructura del delito 392

XIII Las transmisiones previas de conocimientos 403
XIV La exteriorización del propio conocimiento 411
XIV.1. Planteamiento 411
XIV.2. Clases de exteriorizaciones según su ubicación temporal 412
XIV.3. Exteriorizaciones explícitas y exteriorizaciones por actos concluyentes 416
XIV.4. Exteriorizaciones patológicas 420

XV Las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos 425
XV.1. Criterios generales 425
XV.2. Criterios para una correcta imputación basada en las características personales del sujeto 429
XV.3. Las delegaciones del conocimiento 434
XV.4. El problema de la imprudencia dirigida en supuestos de delegaciones de conocimientos 439

XVI La imputación del correcto «conocimiento situacional» 443
XVI.1. Cuestiones generales 443
XVI.2. Criterios de imputación del «conocimiento situacional» 445
XVI.3. Imputación del «conocimiento situacional reflexivo» 450

XVII La integración de los conocimientos previamente imputados en un juicio de concreta aptitud lesiva: determinación del dolo del resultado 455
XVII.1. Planteamiento 455
XVII.2. Criterios generales 460
A) ¿Una única regla? 460
B) Criterios generales para la fijación de la base objetiva 462
XVII.3. Conductas «especialmente aptas» para producir un resultado lesivo 468
A) Especial aptitud lesiva e integración de riesgos 469
B) Problemas específicos 476
XVII.4. «Conductas neutras» desde el punto de vista de su aptitud lesiva 484
A) La imputación del juicio de concreta aptitud lesiva en las conductas neutras 487
A.1. Conductas neutras y exteriorización del conocimiento 487
A.2. Captación de la proximidad del resultado lesivo 490
A.3. Imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y dinámica comisiva 492

B) No imputación del conocimiento en conductas neutras 496
B.1. La irracionalidad de los medios 497
B.2. El comportamiento posterior del acusado .. 503
XVII.5. Dolo de peligro concreto / dolo de lesión 509

Excurso: imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento 513

Conclusiones 519
1. Resumen 519
2. Repercusiones prácticas 524

Bibliografía citada 531