

Tesis doctoral
Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO
EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DOLOSA

Ramon Ragués i Vallès

Director:
Prof. Dr. Jesus-Maria Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal

1998
(2 de 9)

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 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 hace, 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 ningún significado⁸¹.

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 XX⁸².

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.

de *Schröder* supone un privilegio para los individuos que tienen una fuerte tendencia a minusvalorar los riesgos.

⁸¹SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 240.

⁸²Cfr. *infra* III.2.

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 autor⁸³. 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 entre el dolo y la imprudencia, desde luego mucho más alto de lo que, desde una perspectiva de merecimiento de pena, se puede tolerar*⁸⁴.

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,

⁸³Sobre 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 florituras retóricas, sean posibles en la práctica— carecen de fundamento en la actuación a sabiendas, tampoco la tienen en el dolo eventual”.

⁸⁴De 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”.

aunque los tribunales seguían afirmando utilizar esta última⁸⁵. 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 que el sujeto, pese a ser consciente del 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 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”⁸⁶.

⁸⁵Un 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.

⁸⁶El texto de la resolución en *JZ*, 1989, pp. 449-450. Las críticas reproducidas *supra* en SCHUMANN, “Zur Wiederbelebung des ‘voluntativen’ Vorsatzelements durch den BGH”,

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 trasluce de modo evidente en la obra de *Karl Engisch*, quien pretende ampliar el dolo recurriendo al elemento de la indiferencia⁸⁷.

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 del tipo⁸⁸. Yendo más allá, *Engisch* se pregunta qué clase de relación debe existir entre el sujeto y el resultado representado como posible para que se pueda hablar de dolo sin que necesariamente concorra intención. Su propuesta pasa por *afirmar el dolo cuando la realización del tipo resulte indiferente al sujeto*, un criterio que, claramente, viene a ampliar el restrictivo ámbito fijado por los elementos emocionales exigidos por las diversas variantes de la teoría del consen-

JZ, 1989, p. 449 y HERZBERG, JZ, 1988, p. 637. También en sentido crítico, PUPPE, NK, § 15, n° marg. 96.

⁸⁷Los planteamientos de ENGISCH se exponen en su *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930 (2ª 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 teoría de *Engisch* como una ampliación de la teoría del consentimiento. En Italia acoge un planteamiento similar al de *Engisch*, PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milán, 1993, p. 273.

⁸⁸ENGISCH, *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 autor considera posible la producción del resultado y reputar como casos de dolo eventual aquellos supuestos en que el autor actúa en conocimiento de una alta probabilidad.

timiento⁸⁹. En este sentido, afirma el propio autor 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”⁹⁰.

Con este nuevo criterio ya no sólo tienen cabida en el ámbito de lo doloso aquellos casos en 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 resultado⁹¹. Tal oposición concurrirá siempre que el autor actúe en la esperanza o en la confianza de que el tipo no va a realizarse⁹².

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 carac-

⁸⁹De hecho, ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° 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, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6ª 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 elemento de tal modo que da cabida a casos de auténtica indiferencia.

⁹⁰ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 207-208.

⁹¹ENGISCH, *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 a ella”. En España QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso*, p. 292, defienden un planteamiento parecido al de *Engisch*, al exigir 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.

⁹²ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 191 y 207.

terizar a los autores imprudentes⁹³. 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 acaecimiento⁹⁴. 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)⁹⁵. 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

⁹³Le 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.

⁹⁴FRISCH, *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*, 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 la forma más grave de culpabilidad. 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

⁹⁵Cfr. ENGISCH, “Comentario a la sentencia BGHSt, vol. 7, p. 363 ss” *NJW*, 1955, p. 168.

avanzado de golpe casi un cuarto de siglo⁹⁶. 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 imponer⁹⁷. Sin embargo, esta 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 declarativo⁹⁸. Sin embargo, el grado de representación que se

⁹⁶Así, PUPPE, NK, § 15, n° marg. 62: "la expresión 'indiferente' no sólo puede utilizarse en un sentido descriptivo, sino también normativo. En el 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 infiera 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 PUPPE, NK, § 15, n° 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 conocimiento de una notable probabilidad de realización del tipo.

⁹⁷Cfr. PUPPE, NK, § 16, n° 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 quiere castigar al sujeto como autor doloso. SCHROEDER, LK, § 16, n° 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.

⁹⁸Este 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 tri-

suele exigir al sujeto para afirmar el dolo, desde las perspectivas más modernas, es inferior al exigido por la teoría de la probabilidad⁹⁹. Casos como el de *la ruleta rusa* o el *del tirador inexperto* sólo se pueden castigar como dolosos si se acepta que para el dolo es suficiente con representarse *algo menos* que el resultado como probable¹⁰⁰. 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*

bunal, en su sentencia sobre el denominado “caso de la colza” (STS de 23 de abril de 1992, A 6783, ponente Bacigalupo Zapater, FJ 3º 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”.

⁹⁹Así, 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 avisar a su pareja relaciones sexuales sin protección, dado que, 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”.

¹⁰⁰El “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; cfr., en este sentido, H. MAYER, *Strafrecht*, p. 121, quien afirma que “probable es más que posible, pero menos que predominantemente probable”. 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., en este punto, SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 161.

sujeto actúa en conciencia de un riesgo no permitido de proporciones en absoluto desdeñables¹⁰¹.

La imposibilidad de que perviva 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 acometer frontalmente el problema, a causa de la sentencia del llamado *Lederriemenfall* ("Caso de la correa de cuero"), en que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) reformularía el contenido del elemento volitivo del dolo eventual y fijaría 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 los siguientes apartados va a tratar de mostrarse esta realidad, tomando como punto de partida la famosa sentencia del BGH.

¹⁰¹En 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 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 dolo¹. 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*². En tal

¹El 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", *NJW*, 1955, pp. 1688-1690; de acuerdo con el contenido 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 resolución en KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 45 ss.

²Así, 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

medida, los razonamientos de esta sentencia permiten dar 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 las diferencias entre la teoría del consentimiento y la de la probabilidad.

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 ese 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.

querido (...). Igualmente, donde de modo ocasional la jurisprudencia del RG haya utilizado para la determinación del dolo eventual la expresión 'resignarse', ésta sólo cabe de modo terminante bajo la exigencia de que el autor haya estado de acuerdo con la consecuencia de su acción reconocida como posible y de que la haya aprobado internamente".

El BGH, tradicionalmente partidario de la teoría del consentimiento, se encontraba en este caso ante una compleja situación, 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 eventual³.

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 resultado⁴. El elemento cognitivo del dolo queda, por tanto, acreditado. Prosigue el BGH:

³De acuerdo con esta idea, ROXIN, *JuS*, 1964, p. 54. El callejón sin salida a 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, donde se comenta la STS de 28 de noviembre de 1986 (A 7841, ponente Soto Nieto) que resuelve el denominado “caso Bultó”.

⁴Para 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, *Dere-*

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*⁵. Sin embargo, éste *aprueba el resultado en sentido 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 quiere⁶.

cho 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).

⁵El 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 compradores, así como el riesgo probable de que se diera aquel resultado". Como en la sentencia alemana, el querer se desvincula totalmente de los deseos del autor.

⁶En 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 "Einwilligungstheorie") 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". Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 269.

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 este 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 aquellas 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. Precisamente, la neutralización de las connotaciones emocionales de este segundo elemento (el referido “aprobar en sentido jurídico”) es un argumento a favor de las teorías cognitivas⁷. En cualquier caso, los planteamientos explicitados en la sentencia del *Lederriemenfall* dan suficiente margen para que posturas aparentemente diversas puedan sentirse cómodas⁸.

⁷Cfr., sin perjuicio del desarrollo posterior (cfr. *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”).

⁸SCHÜNEMANN 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

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*⁹. Además, 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 peligro¹⁰.

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”.

⁹KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 75. Cfr. igualmente, las observaciones de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 155-157. Este autor 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”.

¹⁰FRISCH, *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 afirma 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 germánica¹¹. 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”¹². 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”¹³.

III.2. El planteamiento de las teorías cognitivas

¹¹Las 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° marg. 74, se aporta una relación de resoluciones del BGH en que se aprecia una cierta “reanimación” del elemento volitivo del dolo, fenómeno que dicho autor valora en sentido crítico. Puede encontrarse otra lista de resoluciones en PUPPE, “Die Logik der Hemmschwelletheorie des BGH”, *NStZ*, 1992, p. 577 (nota 3).

¹²ENGISCH, *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).

¹³FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 547 (cursiva en el original).

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 elementos pretendidamente volitivos con que la jurisprudencia suele caracterizar el dolo eventual, como son el “aceptar”, “resignarse” o “conformarse” con la realización típica¹⁴. La deducción automática de estos elementos a partir del hecho de que el sujeto haya actuado pese a contar con un determinado nivel de representación del riesgo, hace 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 cambien¹⁵.

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 es, en cualquier caso, “inocuo”¹⁶.

¹⁴Así, 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 inversión forzada 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 desaprobadado, lo habrían aprobado en sentido jurídico” (cursiva en el original).

¹⁵Así, 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”. Sobre la vacuidad del “aprobar”, cfr. OTTO, *Grundkurs*, p. 80

¹⁶JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331. El núcleo de la teoría del dolo eventual de JAKOBS en *ibidem*, pp. 325-335.

Según otros puntos de vista, 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 probatoria¹⁷. 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 sólo cuando, considera posible que el resultado acaezca y, sin embargo, actúa”¹⁸.

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*¹⁹. 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

¹⁷HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, *Kleinknecht-FS*, Munich, 1985, pp. 191-194. También en este sentido, 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.

¹⁸SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 246.

¹⁹Cfr. *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.

o intención²⁰. 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 alemán²¹. 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 típicas²².

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 futuro²³. 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, por ejemplo, el caso en que un sujeto no sabe a ciencia cierta si la sombra que entrevé en la penumbra pertenece a una persona (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)²⁴.

²⁰De acuerdo con *Schmidhäuser*, en este preciso punto, AMBROSIUS, *Untersuchungen*, pp. 46-47.

²¹SCHMIDHÄUSER, 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)*, 2ª ed., Tübingen, 1984, p. 200 ss.

²²Sobre este párrafo del StGB, cfr. *supra* I.1.

²³SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241.

²⁴SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241 y EL MISMO, *Strafrecht*, p. 210.

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 una decisión que va ligada a cuestiones de merecimiento de pena. Según *Schmidhäuser*, el merecimiento de la pena agravada que tienen prevista los delitos doloso 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"²⁵. 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 conciencia 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 reprochado²⁶. 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, a nivel de declaraciones teóricas, habría reservado tales casos para el ámbito de la im-

²⁵SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 242 (cursiva en el original).

²⁶Así, KÖHLER, *Strafrecht*, 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 tal ampliación en sentido crítico, entre otros, WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n° 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° marg. 14.

prudencia consciente²⁷. 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 posibilidad* de realización del tipo. En este requisito está la clave de su teoría 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 nombre²⁸.

Un buen ejemplo para analizar estas afirmaciones es el caso de la "conducción vertiginosa" (*rasanter Autofahrer*) que el mismo *Schmidhäuser* plantea²⁹. 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"³⁰. 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*

²⁷Por 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*, p. 312.

²⁸SCHMIDHÄUSER, *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.

²⁹SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244 ss.

³⁰SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244.

por parte del sujeto³¹. 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 iba a acaecer³². De esta manera se aporta un criterio para medir la relevancia que debe darse a fenómenos como la confianza o las esperanzas del sujeto en el no acaecimiento del resultado: éstos sólo pueden excluir el dolo cuando repercutan de tal modo en la representación del sujeto que éste deje de considerar que, en su situación, concurre una concreta posibilidad de acaecimiento del resultado; de lo contrario, son irrelevantes³³. Con el recurso a las

³¹SCHMIDHÄUSER, *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). 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 von 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 intelectual, 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° marg. 217. La idea de la "eliminación mental" puede retrotraerse a la figura de GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 64, quien la fundamentaba en la idea de que "al hombre le gusta creer en aquello que desea".

³²Son éstos los casos en que, según la terminología del autor, 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. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250; 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. Ciertamente 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 OTTO, *ibidem*, pp. 79-80.

³³ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 39, reprocha a *Schmidhäuser* la reducción del dolo a un mero fenómeno intelectual en que no se valora 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 desemboca en el juicio de que el resultado no va acaecer y que, de no ser así, concurren meras esperanzas incapaces de excluir el dolo.

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, matizada³⁴.

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*³⁵. *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 típica³⁶. Para que exista imputación dolosa, esta 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 jurídico³⁷. 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

³⁴Una 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° 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.

³⁵FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1983.

³⁶FRISCH, *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. El rechazo a los elementos volitivos se justifica en *ibidem*, p. 268 ss.

³⁷FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 101 ss; un resumen de sus planteamientos en EL MISMO, *ibidem*, pp. 115-117 y 407.

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 pena³⁸. La decisión contra el bien jurídico concurre, por tanto, cuando el autor 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, actúa³⁹.

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 concretas⁴⁰. 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 conducta⁴¹.

³⁸Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 98-102. Sobre la función del concepto de dolo, cfr. EL MISMO, *ibidem*, pp. 259-260.

³⁹FRISCH, *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 factor 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° marg. 18: “actúa dolosamente quien actúa en conocimiento del riesgo típico”.

⁴⁰Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 160, 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-Ausgehen”) de dicha posibilidad, algo que no está demasiado lejos de las teorías que postulan que 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.

⁴¹Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 218 ss. Cerca 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

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 eventual⁴². Otro reproche entiende que los planteamientos de este autor llevan a la total confusión entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión⁴³. 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 *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 culpabilidad⁴⁴. Por este motivo, algunos autores entien-

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".

⁴²La 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. Rechazo a las críticas recibidas por parte del propio FRISCH en *K. Meyer-GS*, p. 546.

⁴³Cfr. 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.

⁴⁴Aunque 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 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,

den que con sus aportaciones en realidad no se introduce nada que no estuviera ya dicho⁴⁵.

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 dolo⁴⁶. 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)⁴⁷.

Vorsatz und Risiko, pp. 302-303, intenta marcar las distancias entre su teoría y el mero "tener por posible".

⁴⁵Así, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 259, entiende que sólo se conoce un riesgo cuando se tiene por posible que el resultado pueda acaecer. Cfr. también, ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 54-55 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 88-90, quien reprocha a *Frisch* que el elemento de la confianza sigue siendo tenido en cuenta aunque camuflado bajo la posición personal del autor ante el riesgo.

⁴⁶Las 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). Exige para el dolo "el conocimiento de la posibilidad concreta de la realización del tipo", BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos*, p. 82. Cfr., 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.

⁴⁷STS 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater), FJ 3º 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

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 indiferencia⁴⁸. Sin embargo, parece incuestionable que, en las resoluciones más 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 querer⁴⁹. Por este motivo, se siguen exigiendo habitualmente elementos pretendidamente volitivos como el “conformarse” o el “aceptar”⁵⁰. Tal vez sea ésta también la causa

MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 204-205. Otras sentencias del Tribunal Supremo en que se siguen puntos de vista similares en TORÍO LÓPEZ, *Elementos subjetivos*, p. 169 ss.

⁴⁸Así, 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 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, pp. 427 ss y GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 421-422.

⁴⁹Parafraseando 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 aperece en la propia teoría del dolo eventual”.

⁵⁰Así, 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,

de que, en general, buena parte de la doctrina se niegue a abandonar explícitamente un elemento de corte volitivo en el dolo, como podrá 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 *Le-derrriemenfall* 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 realización⁵¹. 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 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.

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”.

⁵¹BGHSt, vol. 7, p. 370 (cursiva añadida).

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” del riesgo⁵². 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 cuestión⁵³. 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”.

⁵²Cfr. *supra* III.2.

⁵³Cfr. 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 debería recurrir a criterios de “racionalidad”, 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*⁵⁴. Este autor parte de dos ideas básicas: cuando un sujeto *cuenta con* ciertas consecuencias concomitantes en el instante de actuar, abarca dolosamente la causación de éstas, 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

⁵⁴Sobre los planteamientos de este autor acerca del dolo, cfr., básicamente, WELZEL, *Derecho penal*, p. 77 ss.

que no se produzcan. Pues quien al actuar confía en que no se produzcan tales resultados no los quiere realizar"⁵⁶.

Añade *Welzel*: "los conceptos de 'contar con la producción' del resultado concomitante y de 'confiar en que no se realice' son complementarios y, por lo tanto excluyentes"⁵⁶. Para el "contar con" es necesaria la representación de un apreciable grado de peligro, no bastando representaciones de una mera posibilidad⁵⁷. 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

⁵⁶WELZEL, *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.

⁵⁶WELZEL, *Derecho penal*, p. 82. Cabe añadir que según WELZEL, *ibidem*, el "contar con" debe entenderse en los términos de la teoría de la probabilidad. Cfr., asimismo, la intervención de este autor ante la *Großer Strafrechtskommission*, (*Niederschriften*, 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 "cuenta 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° marg. 49. El principal problema de estos puntos de vista es la afirmación de que es posible que un sujeto pueda dejar de "contar con" un resultado representado, sin embargo, como probable y, también, la caracterización como volitivo-emocionales de fenómenos eminentemente cognitivos.

⁵⁷Afirma *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".

curso de los acontecimientos venideros, es decir, se distinguen por la forma en cómo repercuten sobre el elemento del “contar con”⁵⁸.

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 dolo⁵⁹. Según este autor, lo propio de la imprudencia consciente no es que el sujeto “elimine mentalmente” la representación de 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 representa⁶⁰. 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 graves⁶¹. En la teoría de Stratenwerth, la confianza del sujeto en el no

⁵⁸Cfr. 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.

⁵⁹STRATENWERTH, *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° marg. 43.

⁶⁰STRATENWERTH, *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, p. 225s.

⁶¹STRATENWERTH, *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

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 tipo⁶².

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 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 dolosa⁶³. 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

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 volitivo-emocional 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 existe en 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".

⁶²STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), p. 64, 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.

⁶³En *Schmidhäuser* la "eliminación mental" 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*, que deje de tomar el riesgo en serio.

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 apreciable⁶⁴.

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 adelante⁶⁵. Esta adhesión comportará una evolución de su concepto de dolo en que, aparentemente, cada vez tienen más importancia elementos de corte volitivo-emocional⁶⁶. 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, por tanto, se separa del plano cognitivo del dolo como situación opuesta al “tomar en

⁶⁴Cfr. *supra* III.2.

⁶⁵Sobre 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.

⁶⁶Cfr. 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° 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° 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 diversos usos de la expresión “tomar en serio” entre los diversos autores que la han acogido como requisito conceptual del dolo, SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 282-283.

serio" y se concibe como un elemento que excluye el requisito volitivo-emocional 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 el sujeto se "conforme", o "se resigne" con la realización del tipo, 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 *Lederrimmenfall*: 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 citadas⁶⁷. El éxito de estos planteamientos es tal, que actualmente constituyen la postura

⁶⁷Cfr. 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/IMITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10ª ed., Bielefeld, 1995, p. 435; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich, 1987, pp. 83-85 y WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n° marg. 214 y 216, quien afirma que "existe dolo eventual cuando el autor toma en serio 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 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 el sujeto confía en la no realización del resultado. Por su parte, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 13ª ed. a cargo de Luigi Conti, Milán, 1994, pp. 323-324, entiende que existe dolo cuando el sujeto actúa aceptando el riesgo de producción del resultado y añade que el dolo sólo se excluye cuando el sujeto ha actuado con la segura convicción de que dicho resultado no se produciría. Cfr., igualmente, ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987, vol. I, art. 43, n° marg. 21.

dominante entre la doctrina y la jurisprudencia alemanas y su peso específico es más que notable entre la Ciencia penal española⁶⁸. Posiblemente, el principal motivo de tan notable éxito deba atribuirse a que estos planteamientos 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 al elemento del “conformarse”, “aceptar” o “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”⁶⁹. En otras palabras, el “conformarse” se afirma siempre que el sujeto actúa en conocimiento de un riesgo sin confiar en la no

⁶⁸Éste era el criterio que se pretendía utilizar en el proyecto de StGB 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 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, 7ª 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.

⁶⁹WELZEL, *Derecho penal*, p. 85. Cfr., asimismo, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 539: “el resignarse a la producción del resultado no es más que un engaño verbal que debería de una vez por todas ser abandonado, pues entraña peligros 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.

realización del tipo y, por tanto, goza de tan nula autonomía conceptual como el “aprobar en sentido jurídico” postulado en la sentencia del *Lederriemenfall*⁷⁰.

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 estatus social o con que el adversario político gane las elecciones, pero nadie se conforma con algo que causa con su propia acción”⁷¹. Seguir afirmando en tales circunstancias que sólo la voluntad es un criterio adecuado para diferenciar lo doloso de lo imprudente resulta, cuando menos, sorprendente.

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

⁷⁰Sobre 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”.

⁷¹KINDHÄUSER, *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”.

únicamente imprudencia, lo que a menudo puede hacer surgir la sensación de que, incomprensiblemente, el Derecho penal privilegia las formas más desafortunadas 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 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 impide la apreciación del dolo⁷². Este punto de vista es plenamente consecuente 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 el dolo 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, pese a su indiscutible coherencia, esta perspectiva lleva a resultados que cuesta aceptar, como, en el caso del anterior ejemplo, a la impunidad del sujeto activo.

⁷²En 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 no por ello debe considerarse irrelevante. De acuerdo con la idea de que confianzas irracionales también excluyen el dolo, aunque en este caso desde un prisma cognitivista, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 215 ss.

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 fundamento⁷³. 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*"⁷⁴.

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 el dolo del sujeto)⁷⁵. Sin embargo, introducir criterios de racionalidad media para determinar en qué casos debe tenerse en cuenta la confianza com-

⁷³Para 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.

⁷⁴LUZÓN 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, aunque esta autora matiza su punto de vista afirmando que 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".

⁷⁵Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 426.

porta 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 sujeto⁷⁶; 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 vio riesgo allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto y en gran cantidad?

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 parece 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 repre-

⁷⁶Sobre la contradicción (y los peligros) que supone introducir restricciones objetivas a la cuestión de la confianza, cfr. FRISCH, K. *Meyer-GS*, p. 543 ss.

sentaciones⁷⁷. Y, en cualquier caso, tal forma 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.

D) *Balance*

Las divergencias expuestas en el curso de los subapartados anteriores no deben impedir que se siga hablando de consenso. 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 plano 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 el "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 propio⁷⁸.

Finalmente, los principales puntos problemáticos que se plantean a todas estas teorías son a grandes rasgos los mismos: en primer lugar, no re-

⁷⁷Por ello no se comprende 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?

⁷⁸Como 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".

sulta 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 ve 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, todas estos planteamientos lleven a privilegiar al desafortunadamente optimista y a castigar al escrupuloso.

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 que el sujeto activo entiende que la producción de un posible resultado depende de su voluntad⁷⁹. 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”⁸⁰. La fina-

⁷⁹MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 161. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 95, cita a autores como Hälschner, Weißenborn, Fingers o Engelmans, 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, Munich, 1989, pp. 355-358.

⁸⁰MEZGER, *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

lidad última de esta afirmación es no tener que condenar por delito doloso en los casos en que un sujeto había querido evitar un resultado, pese a que su intervención fue objetivamente causal y actuó 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 de salvación"⁸¹.

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 médico⁸². 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 correctamente⁸³. 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.

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 "valora erróneamente su capacidad de poder evitar un acontecimiento". Una crítica a tales planteamientos en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 89-90.

⁸¹MEZGER, *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.

⁸²Para 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 que el sujeto quiere evitar el resultado, pero no precisamente porque le mueva una preocupación por la integridad del bien, sino por fines egoístas.

⁸³Cfr. MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 164.

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 culpabilidad⁸⁴. 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*⁸⁵.

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 hecho⁸⁶. Además, establece como ulterior requisito que el sujeto atribuya una auténtica posibilidad de éxito a su acción de evitación⁸⁷. Para los casos en que tal voluntad de evitación no concorra, basta para el dolo con

⁸⁴KAUFMANN, "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau", en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 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*.

⁸⁵Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 68-69.

⁸⁶Cfr. 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).

⁸⁷Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 70.

que el autor haya efectuado el juicio de que era posible la realización de la circunstancia típica⁸⁸.

Con todo, la voluntad de evitación, en los términos en que la configura 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, se manifieste objetivamente una voluntad de evitación. En este sentido, existen muchos supuestos en 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 de 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 sujeto⁸⁹.

Partiendo de críticas como las anteriores, algunos autores han acabado reduciendo la voluntad de evitación a la categoría de mero indicio, entre

⁸⁸Cfr. 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.

⁸⁹En 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 sólo 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 eventual", *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.

muchos otros, para excluir la existencia de dolo⁹⁰. Sin embargo, ya prácticamente nadie le atribuye un carácter básico⁹¹. 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 ella⁹². 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 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 expuesto, es un criterio demasiado poco sutil para resolver de forma convincente la determinación práctica del dolo⁹³.

⁹⁰Sobre 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.

⁹¹FRISCH, *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 adoptado la totalidad de sus planteamientos. En España CÚELLO, *ADPCP*, 1983, pp. 96-97 parece mostrar un cierto interés por el planteamiento de *Kaufmann*.

⁹²Cfr., en este sentido, las observaciones de MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, p. 436.

⁹³HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 913-914, califica la propuesta de *Kaufmann* de "solución elegante y simple", pero a la vez "peligrosa" y "esquemáticamente objetivada".

III.5. La decisión contra el bien jurídico

La idea de que tiene dolo eventual quien al actuar *se decide por la posible lesión de un bien jurídico* fue postulada 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 posterior⁹⁴. Así, el éxito de esta idea ha ido más allá incluso de lo pretendido por su propio creador⁹⁵. 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 dolosos⁹⁶.

Intentar explicar la diferencia de castigo entre las realizaciones dolosas e imprudentes tomando por base la idea de “decisión” plantea problemas que ya han sido expuestos anteriormente⁹⁷. 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 obser-

⁹⁴Cfr., 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 culpable”.

⁹⁵El mismo ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° 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° marg. 23 (nota 25).

⁹⁶Entre otros, acogen este criterio STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 95; RUDOLPHI, *SK*, § 15, n° 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 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.

⁹⁷Cfr. *supra* I.2.

vable 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 eventual⁹⁸. 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”.

Por principio, 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 esperanzas⁹⁹. 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 su concurrencia, es decir, circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión del bien jurídico en la actuación del sujeto¹⁰⁰. 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

⁹⁸Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° 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”.

⁹⁹Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 27.

¹⁰⁰Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 32, (cursiva añadida). Esta idea se vincula con la afirmación (*ibidem*, § 12, n° marg. 27) de que “las plasmaciones verbales en este ámbito no pueden ser más que aproximaciones”.

las teorías meramente intelectuales no están, en el fondo, lejos de la teoría que él defiende¹⁰¹.

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 seguir 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 aquellos que colman el contenido de su definición. Sin embargo, *Roxin* no puede hacerlo, pues según su punto de vista todos ellos son posibles indicadores igual de válidos de la "decisión contra el bien jurídico" o de la "realización de un plan"¹⁰². Cuántos indicios tienen que concurrir para que se pueda afirmar el dolo o qué sucede

¹⁰¹ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 32. A efectos de determinación del dolo se concede valor indiciario a la indiferencia (*ibidem*, § 12, n° marg. 37), a la teoría de la voluntad de evitación (*ibidem*, § 12, n° marg. 47) y al criterio de la cobertura del peligro defendido por *Herzberg* (*ibidem*, § 12, n° marg. 62). Respecto a la teoría de la posibilidad (*ibidem*, § 12, n° marg. 40) se admite que lleva prácticamente a idénticos resultados y sólo aporta "otra interpretación y otra terminología". En términos similares (*ibidem*, § 12, n° marg. 43) se hace referencia a la teoría de la probabilidad y al punto de vista de *Frisch* (*ibidem*, § 12, n° marg. 54).

¹⁰²De hecho, resultan muy discutibles los argumentos de que se sirve ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 22, para afirmar la existencia de un homicidio doloso 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. En la resolución de este supuesto, si algunos *indicios* tienen especial peso, son desde luego los basados en los conocimientos de sus protagonistas

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 ella los autores que la han acogido en sus planteamientos¹⁰³. 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*¹⁰⁴. 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; etc¹⁰⁵.

¹⁰³ZIEGERT, *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.

¹⁰⁴Así, 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.

¹⁰⁵Cfr., FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 263 ss, esp. 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).

Pese a esta vaguedad, algunos autores han intentado de modo entusiasta construir un concepto de dolo a partir de la idea de "decisión contra el bien jurídico". 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"¹⁰⁶. *Hassemer* parte de la idea de que el dolo es un concepto dispositivo, "una situación interna no observable de forma inmediata" que sólo puede ser utilizada de modo operativo recurriendo a una serie de indicadores que tienen que cumplir tres condiciones básicas: observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva¹⁰⁷. 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 dolo¹⁰⁸.

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

¹⁰⁶HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-916.

¹⁰⁷Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 925. Esta misma idea se desarrolla en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 2-3.

¹⁰⁸Cfr. 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° 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.

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 *M^a del Mar Díaz Pita* en España han acogido en sus trabajos sobre el dolo planteamientos similares a los de *Hassemer*¹⁰⁹. Sin embargo, y a diferencia de este último, estos dos autores no *dejan abierto* su concepto de dolo, sino que tratan de aportar criterios concretos para determinar cuándo concurre una “decisión contra el bien jurídico”. 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 que el

¹⁰⁹SCHROTH, *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 en 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 puede utilizar la indiferencia del sujeto (indicador del dolo) para deducir la decisión del sujeto (concepto del dolo). Si además se añade 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.

sujeto *asume o hace suyos los elementos constitutivos del injusto*¹¹⁰. 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 actuando¹¹¹. 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 jurídico¹¹². 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 fórmula del "hacer suyos los elementos del injusto".

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 jurídico¹¹³. Dadas las similitudes entre

¹¹⁰SCHROTH, *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".

¹¹¹PUPPE, *ZSHW*, 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.

¹¹²Cfr. 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.

¹¹³*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

sus definiciones, los problemas que se plantean a esta autora son 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, en realidad, el tercer elemento es superfluo: la decisión se da siempre que el sujeto aprehende correctamente la situación de riesgo y, sin embargo, actúa¹¹⁴. Por ello, aunque esta autora reivindique la necesidad de un elemento volitivo en el dolo, defiende en el fondo una teoría cognitiva que, ya a nivel enunciativo, en poco parece diferenciarse de los planteamientos de autores como *Frisch* o *Schmidhäuser*¹¹⁵.

jurídico o cuando “el menoscabo del mismo aparezca como consecuencia irrenunciable en la consecución del fin último al que el sujeto aspira”.

¹¹⁴El elemento de “decisión” no parece tener un contenido propio, sino que responde al esquema clásico de las teorías cognitivas: 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”.

¹¹⁵Que 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 conoció 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 como imprudentes, resultan dolosos en base a la clasificación que aquí se propone”, aunque sorprende la afirmación correlativa de que “la

Pese a no haber desarrollado a fondo sus planteamientos, merece la pena, aunque sólo sea por su representatividad, comentar la propuesta sobre el dolo de *Bernd Schünemann*¹¹⁶. 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 jurídico¹¹⁷. Esta 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 están en función de la actitud emocional del sujeto con respecto a la eventual realización¹¹⁸. 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 producción¹¹⁹.

Dejando de lado la cuestionable partición del dolo y su ubicación en dos escalones distintos de la estructura del delito, el esbozo de teoría de

ampliación práctica del dolo no debe, por tanto, ser interpretada como una ampliación teórica del mismo (consecuencia a la que se llega defendiendo teorías de corte cognitivo ...)" (*ibidem*, pp. 350-351).

¹¹⁶Los 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.

¹¹⁷SCHÜNEMANN, GA, 1985, p. 362. Cfr. también EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994) p. 269 ss.

¹¹⁸SCHÜNEMANN, GA, 1985, p. 364.

¹¹⁹SCHÜNEMANN, GA, 1985, p. 364 y EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 272.

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 culpabilidad¹²⁰. 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"¹²¹. Como *Herzberg* pone en evidencia, con el planteamiento de *Schünemann* el sujeto que apuesta una fuerte suma de dinero jugando a la ruleta rusa contra la cabeza de un amigo 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 apuesta¹²².

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. 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"¹²³. 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

¹²⁰El 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 36-).

¹²¹En su segundo trabajo sobre la cuestión, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (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*.

¹²²HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636.

¹²³De 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".

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 desglosan sus indicadores¹²⁴.

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"¹²⁵. 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 determinar¹²⁶. Tal vez el pro-

¹²⁴Tal 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'".

¹²⁵Sin acogerse expresamente a esta teoría, algo parecido intenta *SCHROEDER*, *LK*, § 16, n° 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".

¹²⁶Un grave problema que plantean estas teorías se debe al hecho de que, a menudo, establezcan indicadores subjetivos para la determinación de conceptos también

blema 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 ésta¹²⁷. 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.

III.6. Las claves del consenso

Los planteamientos expuestos en el curso de este Capítulo describen 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 terminología 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.

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.

¹²⁷En 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”.

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 XVIII¹²⁸. 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. 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.

Algunos de los autores cuyos puntos de vista han sido expuestos en este Capítulo entienden que la anterior representación es ya suficiente para afirmar el dolo¹²⁹. Otros, por contra, exigen ulteriores elementos de corte pretendidamente volitivo-emocional¹³⁰. Así, se afirma que para el dolo eventual hace falta, además de la representación de un riesgo de realización del tipo, que el individuo "accepte", "se resigne" o "se conforme" con

¹²⁸Cfr. 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

¹²⁹Cfr. *supra* III.2.

¹³⁰Cfr. *supra* III.3.B.

dicha realización¹³¹. 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 superflua¹³². 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 conducta, necesariamente tiene que aceptarlos¹³³. 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

¹³¹ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 85, pone de manifiesto que entre todas estas expresiones no existe diferencia efectiva alguna.

¹³²En 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.

¹³³En Italia, ROMANO, *Codice penale*, vol. I, art. 43, n° 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

dolo eventual", cuyo origen puede remontarse al "aprobar en sentido jurídico" de la sentencia del "Caso de la correa de cuero"¹³⁴.

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 continúen 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 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 alejando 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"¹³⁵.

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 el "tomarlo a la ligera"¹³⁶. Por contra, otros autores entienden que

¹³⁴BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos*, p. 81.

¹³⁵HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575.

¹³⁶Una 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

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 realizarse¹³⁷. La confianza en este último caso elimina el aspecto volitivo requerido para la imputación dolosa¹³⁸. En cualquier caso, las conclusiones son idénticas: la auténtica confianza excluye el dolo¹³⁹.

Una cierta divergencia que va más allá de lo terminológico parece concurrir en el tratamiento que se propone para los supuestos en 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

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”.

¹³⁷Cfr., 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. 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, 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 a un optimismo completamente irracional”.

¹³⁸En 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), “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”.

¹³⁹Especialmente ilustrativo en este punto ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 66.

la confianza, ésta ya no debe ser tenida en cuenta¹⁴⁰. Ambas propuestas plantean problemas: mientras la primera solución privilegia los optimismos más infundados, la segunda emplea dos raseros distintos para resolver la cuestión del dolo¹⁴¹.

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 intelectual 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 dolo¹⁴². Sólo atendiendo a estas condiciones puede darse una solución convincente a estos problemas.

¹⁴⁰Cfr. *supra* III.3.C.

¹⁴¹Sobre las grandes soluciones apuntadas ante el problema de las confianzas irracionales, cfr. *supra* III.3.C.

¹⁴²Cfr. *infra* V.3.B.

IV. LAS VOCES DISCORDANTES

La gran mayoría de soluciones teóricas propuestas para el problema del dolo en el periodo 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 novedosas perspectivas, 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 ciencias 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 apartado.

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"¹. 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?"². 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 autor a quien castiga.

Der strafrechtliche Vorsatz toma como punto de partida las investigaciones del psiquiatra forense Reinhard Lempp, quien en 1977 publicó un trabajo basado en el análisis del comportamiento de ochenta jóvenes condenados por homicidio³. Según este autor, en tan sólo dieciocho de los ochenta casos podía afirmarse a ciencia cierta que el autor hubiera *querido* realmente matar a la víctima; en los restantes, Lempp entiende que se produjo

¹KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 15.

²KARGL, *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.

³LEMP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977.

una "ocultación del crimen frente a sí mismo" por parte de los jóvenes⁴. 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 al inculcado, tanto policiales como judiciales, se advierte que por parte de las autoridades existe un interés desmedido por completar las tradicionales categorías conceptuales del dolo eventual y una completa renuncia a intentar reconstruir los fenómenos 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 consecuencias⁵.

Las conclusiones de *Lempp* permiten a *Kargl* formular una serie de ideas iniciales. La primera de ellas afirma 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: el sujeto aprehende la existencia de un riesgo, calcula las posibilidades de que dicho riesgo acaezca y, en función de dicho cálculo y de sus propios intereses, decide o no actuar. Según *Kargl*, este prototipo no concurre en la gran mayoría de casos, como se ha encargado de de-

⁴KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 17 ss, remitiendo a LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 168.

⁵LEMPP, *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.

mostrar la investigación de *Lempp*⁶. La segunda de sus ideas 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?”⁷. 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 el 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 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 inadmisibles⁸. 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

⁶KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 30-31. De acuerdo con esta idea, PRITTWITZ, GA, 1994, p. 462.

⁷KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 32.

⁸KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 34.

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 Ciompi⁹. 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*¹⁰. 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 las teorías 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 peligro representado. Tales exigencias no se pueden calcular matemáticamente en el caso concreto, lo que tampoco es necesario (...) *el peligro debe ser tan elevado que una confianza en el buen desenlace no sería realista*¹¹.

⁹CIOMPI, "Zur Integration von Fühlen und Denken im Licht der 'Affektlogik'. Die Psyche als Teil eines autopoietischen Systems", en KISKER (ed.), *Neurosen, Psychosomatische Erkrankungen, Psychotherapie*, 3ª 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 elaborados por Ciompi

¹⁰Cfr. KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991, p. 537, 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".

¹¹KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 69-70 (cursiva añadida). En su obra anterior, *Handlung und Ordnung*, p. 544, el autor parecía conformarse con un menor grado de

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-general¹².

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 propugna¹³. Y ello por diversos motivos: el

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)”.

¹²KARGL, *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 KARGL, *ibidem*, pp. 67-68, defiende una noción ciertamente peculiar de esta figura en su modalidad consciente: “la imprudencia consciente no puede darse bajo condiciones psicológicas normales. Es un fenómeno patológico. Esto 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.

¹³En 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 necesidad 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 resulta-

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"¹⁴. 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 aplicabilidad¹⁵. 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 tra-

do" (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".

¹⁴KARGL, *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.

¹⁵Cfr. *infra* VIII.1.

vés de reglas de experiencia no necesariamente basadas en investigaciones también psicológicas¹⁶.

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 económica¹⁷.

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 tampoco se está en condiciones de aseverar qué punto de vista es el correcto¹⁸. En cuanto a la admisión de la prevención especial como finalidad

¹⁶En sentido similar, EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken*, disertación inédita, Bonn, 1996, p. 56.

¹⁷El 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.

¹⁸En esta línea, afirma PUPPE, NK, § 15, n° 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/STRAUB, "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

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 viabilidad¹⁹.

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 que un sujeto crea de modo consciente un riesgo que sólo supera muy levemente las barreras de lo reglamentaria o legalmente admitido o de la adecuación social²⁰. En este ámbito el debate 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 riesgo 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:

'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.

¹⁹Cfr., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 26 ss.

²⁰Una 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 la situación de la acción".

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 éste²¹.

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"²². La vinculación de

²¹Cfr. 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, *accepta*, *aprueba*, toma seriamente en consideración o como las fórmulas delimitativas denominen dicho riesgo?" (cursiva añadida).

²²El 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 Munich 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, p. 407s (con comentario de ARLOTH). Otros comentarios doctrinales sobre esta última resolución en HERZBERG, "Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-

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 sexual²³. 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 de 4 de noviembre de 1988 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.

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).

²³No 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-Infizierten als Straftat — BGHSt 36,1", *JuS*, 1990, p. 367, habla de una probabilidad de entre el 0,1 y el 1%.

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 tales argumentaciones y sostiene que en tales contactos también concurre un riesgo relevante de infección, aunque éste no se pueda cuantificar porcentualmente²⁴. 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 posibilidad²⁵. 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 transmitirse²⁶.

²⁴Cfr. BGHSt, vol. 36, pp. 3-5 y pp. 7-8.

²⁵BGHSt, 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 la sentencia una muestra más de la vacuidad del pretendido "elemento volitivo" del dolo eventual. Cfr. en sentido similar, EL MISMO, *JuS*, 1990, p. 366.

²⁶Así, 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", en *Problemas jurídico penales del SIDA*, p. 20, opina que no puede admitirse la confianza que excluye el dolo si el sujeto no ha tomado medidas para evitar el contagio. Cfr., igualmente, EL MISMO, "Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el derecho penal español", *PJ*, 23 (1991), p. 94.

Tanto en la doctrina alemana como en la de otros países, la sentencia del BGH ha servido para revitalizar el debate sobre el dolo²⁷. Aunque la mayor parte de autores ha abordado el problema en los términos 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 novedosas²⁸. 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,

²⁷La 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 unabgeschirmtm Geschlechtsverkehr", *NJW*, 1987, p. 2283 ss; BRUNS, "AIDS, Prostitution und das Strafrecht" *NJW*, 1987, p. 693 ss; EL MISMO, *NJW*, 1987, p. 2281s; 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 SCHÜNE-MANN/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 Bundesgerichtshof", *StV*, 1989, p. 123 ss; HILLENKAMP, A. *Kaufmann-GS*, p. 351 ss; SCHLEHOFER, "Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten", *NJW*, 1989, p. 2017 ss; FRISCH, *JuS*, 1990, p. 362 ss, esp. p. 366 ss; EL MISMO, K. *Meyer-GS*, 1990, p. 534 ss. Comentarios sobre la sentencia del BGH en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° 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*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 67 ss. Finalmente, existen dos importantes obras sobre la problemática penal del SIDA que recogen contribuciones de diversos autores: MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona, 1993 y SZWARC (ed.), *AIDS und Strafrecht*, Berlín, 1996. En ambos trabajos se recoge la postura de diversos autores españoles y alemanes.

²⁸Discuten sobre la cuestión de la confianza HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV*, 1987, p. 365s. 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 casos 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 suelen apreciar realizaciones imprudentes.

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 eventual²⁹. 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"³⁰. La vincu-

²⁹JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315.

³⁰JAKOBS, *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 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* nota).

lación entre estos autores es patente 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 tipo³¹.

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

³¹JAKOBS, *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 volitivo-emocional.

una indiscutible peligrosidad estadística³². 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"³³. De manera inversa, cuando sea él mismo quien no respete dicha 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 dolo³⁴.

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*:

³²JAKOBS, "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.

³³JAKOBS, *Derecho penal*, p. 334 y EL MISMO, "El lado subjetivo" p. 198.

³⁴JAKOBS, "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". Las mismas ideas en EL MISMO, "El delito imprudente", p. 183.

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 lesión³⁵.

Todos estos argumentos de *Jakobs* van dirigidos a corregir los resultados a que llevaría 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 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 concreto³⁶. 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 confió 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 darse³⁷. 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*

³⁵JAKOBS, *Derecho penal*, p. 335. En EL MISMO, "El lado subjetivo", p. 199.

³⁶SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-245.

³⁷JAKOBS, "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".

sobre lo peligroso de su proceder en el caso concreto, dichas representaciones son irrelevantes para la imputación dolosa³⁸.

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 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 considerar *per se* indóneos 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

³⁸JAKOBS, "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".

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 peligrosas³⁹. 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 dolo⁴⁰.

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 conducta⁴¹. Por un lado, parece indiscutible que en una

³⁹Sobre 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".

⁴⁰Hay 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 tuvo, pues el § 16 StGB exige conocimiento actual como requisito irrenunciable del dolo. Atribuir al sujeto representaciones que en realidad nunca tuvo, 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.

⁴¹Esta 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, la teoría de *Jakobs* es correcta pero incompleta: hay riesgos sobre los que no

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 trasciendan 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 alto⁴². 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 hoy⁴³. 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 ligera⁴⁴. *Herzberg* constata —no sin razón— que cuando las doctrinas

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

⁴²El análisis de esta problemática se retoma en *infra* XVII.4.A.1.

⁴³Cfr. *HERZBERG*, *JuS*, 1986, p. 249.

⁴⁴Críticas 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: ¿querríamos 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:

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 afirmarlo⁴⁵. Ello lleva a este autor a plantearse que, tal vez, la solución a esta cuestión no sólo deba depender de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del riesgo creado. 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"⁴⁶.

Según este autor, dentro de los riesgos no permitidos es posible distinguir dos modalidades: los peligros *cubiertos* ("abgeschirmte") y los peligros *descubiertos* ("unabgeschirmte"). Concorre 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 control⁴⁷. El peligro *descubierto*, por contra, concu-

¿condenaríamos 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).

⁴⁵En 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.

⁴⁶HERZBERG, *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".

⁴⁷HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 254. Los casos en que el sujeto confía racionalmente en poder controlar el riesgo vinculan parcialmente a HERZBERG, *ibidem*, p. 258, con los planteamientos de Armin Kaufmann (cfr. *supra* III.4), aunque para el primer autor la teoría del segundo resulta demasiado limitada, pues ésta 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.

re 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 alcance⁴⁸.

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 dolo⁴⁹. Sin embargo, los peligros descubiertos pero lejanos, tampoco darán lugar a dolo, en la medida en que la realización del tipo pueda considerarse un caso de auténtico infortunio⁵⁰.

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 ob-

⁴⁸HERZBERG, *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).

⁴⁹HERZBERG, *NJW*, 1987, p. 1464, 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 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.

⁵⁰HERZBERG, *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.

jetiva⁵¹. 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 aquellos en los que no⁵². 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 contactos 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 producirse⁵³.

⁵¹HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 261, 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”).

⁵²La teoría de *Herzberg* puede parecer, a primera vista, próxima a aquellas 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* es totalmente respetuoso con la exigencia del § 16 StGB de que no puede haber dolo sin conocimiento pues, esté o no *cubierto* el peligro, el sujeto siempre deberá haberlo conocido. Por contra, las teorías que introducen límites objetivos de racionalidad en la confianza pueden apreciar dolo cuando una confianza *irracional* del sujeto haya llevado a que éste dejara de apreciar riesgo alguno y, en tal medida, contradicen el § 16. En realidad *Herzberg*, como *Jakobs* (cfr. *supra* IV.2.B), pretende ante todo excluir, ya en el plano de lo objetivo, algunos supuestos del ámbito de lo doloso, lo que no contradice el § 16 StGB, pues éste sólo impide que se afirme dolo en casos en que el sujeto no conoció.

⁵³Cfr., 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 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, p. 2019s.

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 primeras⁵⁴. 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 autor⁵⁵. *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 sujeto⁵⁶. 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

⁵⁴Sobre 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.

⁵⁵Así, 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".

⁵⁶Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 635-636.

afirmarían si el autor hubiera conocido el peligro, lo hubiera tomado en serio o lo hubiera querido⁵⁷.

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 los riesgos que objetivamente pueden fundamentar el dolo y los que no⁵⁸. En este sentido, existen peligros *descubiertos* ante los que se hace 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 resulta excesiva⁵⁹. Por contra, parece que no habría que renunciar a apre-

⁵⁷El 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.

⁵⁸Como 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'".

⁵⁹En esta línea va la crítica de PUPPE, *NK*, § 15, n° 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),

ciar tentativa en aquellos casos en que objetivamente existe un *factor de cobertura* del peligro que *ex ante* fue desconocido por el sujeto⁶⁰. 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*⁶¹. 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 el dolo⁶².

haber creído —erróneamente— que era prácticamente imposible que no fuera mayor de doce años.

⁶⁰Por 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° 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*.

⁶¹Cfr., 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 imputar objetivamente 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 tomó el riesgo en serio, cuándo se conformó 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° 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?

⁶²De 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.

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”⁶³. 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 peligro⁶⁴. *Puppe* se declara en manifiesto desacuerdo con este punto de vista: como *Herzberg*, entiende ella que ya en el plano objetivo 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* algo⁶⁵.

⁶³PUPPE, NK, § 15, n° 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 claramente objetivos.

⁶⁴La 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.

⁶⁵PUPPE, 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”.