

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
(3 de 9)

De acuerdo con la perspectiva de esta autora, conviene distinguir entre *peligros (proprios) de dolo* y *peligros (proprios) de imprudencia*. Según Puppe, “un peligro es propio del dolo, cuando observado en sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado” o “una estrategia generalmente apropiada” para dicha causación, afirmaciones que, sin duda, beben de las fuentes del olvidado *dolus indirectus*⁶⁶. Aunque la decisión sobre cuándo concurre un método idóneo es algo que se determina objetivamente, no forma parte, sin embargo, de las intenciones de Puppe crear un concepto enteramente objetivo de dolo. En su planteamiento los conocimientos del autor siguen desempeñando un importante papel, ya que “sólo se puede hablar de un método para la causación de un resultado cuando, según los conocimientos que se aplican, la posibilidad de alcanzar el objetivo sea *relativamente alta*”⁶⁷. En este sentido, las diferencias del planteamiento de Puppe con los postulados dominantes son básicamente dos: primero, según esta autora, no todo comportamiento objetivamente arriesgado sirve para fundamentar una imputación dolosa, y, segundo, no hace falta que el autor valore dicho riesgo, sino que basta con que conozca los factores que lo integran⁶⁸.

⁶⁶Cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 90-91.

⁶⁷PUPPE, NK, § 15, n° marg. 92 (cursiva en el original). Esta autora añade que “no se puede decir nada más, en general, sobre la *cantidad de peligro de dolo* ni es posible, en concreto, aportar cuotas de probabilidad. Pero esto no implica deficiencia alguna, pues tampoco en la práctica nos regimos por cuotas de probabilidad, sino según un conjunto de experiencias aprendidas sobre qué métodos sirven para alcanzar determinados objetivos” (cursiva en el original). Respecto a los conocimientos, cfr., también, LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 39: “nos deberemos contentar, en la determinación general del peligro propio del dolo, con un criterio normativo. Sólo concurre dicho peligro cuando los factores conocidos por el autor y por él mismo causados representan una razonable estrategia de causación del resultado”.

⁶⁸PUPPE, NK, § 15, n° marg. 99: “el autor debe conocer tantos factores como sean necesarios para calificar un peligro como propio del dolo, pero no hace falta que valore dicho peligro como un método apropiado para la realización del tipo, pues ésta es una cuestión jurídica y no fáctica. Así, el autor debe ser consciente de que existe un peligro de realización del tipo. Si le falta por cualquier motivo esta consciencia se le puede reprochar ceguera ante los hechos, pero no dolo de realización del tipo”.

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

el infectado con virus VIH que, una única vez y sin protección, mantiene un contacto sexual consentido, actúa sin duda desconsideradamente con respecto a la vida de su pareja, pero no aplica un método de homicidio, pues existe una probabilidad de infección inferior al 2%. Por este motivo, no actúa dolosamente aunque esté motivado a actuar por la representación de la posibilidad de infección de su pareja, aunque *quiera* en un sentido corriente que su pareja comparta su mismo destino⁶⁹.

Cuando los contactos se repitan será posible, no obstante, hablar de una estrategia de causación⁷⁰. El hecho de que la intención psicológica deje de tener sentido en el ámbito de la imputación subjetiva lleva a *Puppe* a abandonar explícitamente la tradicional clasificación tripartita del dolo⁷¹.

Según sostiene esta autora, la principal ventaja de su teoría radica en que ésta consigue una gran uniformidad en la resolución de los casos,

⁶⁹PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 45 (cursiva añadida). Esta autora, en LA MISMA, NK, § 15, n° marg. 91, entiende que la concurrencia de intención por parte del sujeto sólo tiene relevancia cuando se plasma en factores objetivos de peligro: "cuando un buen tirador a una distancia media con un arma bien dirigida dispara contra una persona con la intención de matar, crea un peligro propio de dolo, pero no por sus malas intenciones, sino porque apunta a una zona del cuerpo en la que éste es mortalmente vulnerable". Por contra, cuando la intención actúa sobre un peligro inadecuado para conseguir la causación del resultado, por mucha voluntad en sentido psicológico-naturalista que concurra en el fuero interno del autor, no puede afirmarse el dolo; cfr. LA MISMA, NK, § 15, n° marg. 111.

⁷⁰Crítico, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 93: "¿tiene que proponerse el autor, cada vez que mantiene contactos sexuales, repetir estos contactos en el futuro?"

⁷¹PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 63 ss y LA MISMA, NK § 15, n° marg. 144-149, afirma que la intención entendida psicológicamente sólo podría desempeñar un papel en la culpabilidad, pero no en el dolo, pues éste es intención objetivada en la que tienen también cabida los casos tradicionales de dolo eventual.

dejando a un lado los inevitables casos-límite⁷². Sin embargo, es evidente que el principal punto débil de una perspectiva como ésta se encuentra en el establecimiento de unas reglas claras para determinar en qué casos un hecho puede valorarse como una "estrategia adecuada"⁷³: "¿a partir de cuándo, por ejemplo, un acto de estrangulamiento es una estrategia idónea de homicidio?", se pregunta en tono crítico *Schroth*, quien entiende que la perspectiva de *Puppe* lleva a juzgar al individuo teniendo en cuenta la figura de un hombre medio racional tomado en abstracto y no la perspectiva del individuo concreto⁷⁴. Otra crítica se puede formular atendiendo al tratamiento legal de la materia, pues en la regulación del error de tipo la ausencia de conocimientos es el único factor que excluye el dolo, sin que se tengan en cuenta criterios objetivos⁷⁵. Finalmente, puede añadirse que el criterio de la estrategia idónea no parece especialmente adecuado para resolver el problema del dolo referido a circunstancias tí-

⁷²PUPPE, NK, § 15, n° marg. 92-93.

⁷³La autora aplica su criterio en la resolución de diversos casos; por ejemplo, lanzar un cóctel Molotov en un espacio cerrado es un método adecuado para incendiar una casa, pero sólo es un método de homicidio si se dirige contra personas o si para éstas resulta difícil la salida del inmueble; cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 94 ss. Sin embargo, es imposible aportar un catálogo general de reglas que permita valorar todas las conductas humanas como posibles métodos apropiados de causación de un resultado.

⁷⁴SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 93-94. La réplica de PUPPE en NK, § 15, n° marg. 95, afirmando que esta crítica "apenas hay que tomarla en serio", porque su teoría resuelve de un modo inequívoco la mayoría de los casos y, si no puede pedirse más a una expresión del lenguaje de la calle, tampoco a un concepto jurídico. Una crítica similar formula LACKNER, *StGB*, § 15, n° marg. 25, quien entiende que *Puppe* fundamenta el dolo en lo que un hombre racional en lugar del autor se habría representado y no en lo que realmente se representó, que es "lo único capaz de sostener la fundamentación del injusto personal doloso", añadiendo que el criterio sobre lo que es racional también es un criterio inseguro y abierto a arbitrariedades. A estas críticas puede darse la misma respuesta que a las dirigidas contra *Herzberg* (cfr. *supra* IV.2.C).

⁷⁵Así, RUDOLPHI, SK, § 15, n° marg. 5b, afirma que "la distinción entre peligros de dolo y peligros de imprudencia contradice la ley, puesto que el § 16 parte claramente de que los peligros no permitidos exigidos por el delito doloso y por el delito imprudente son idénticos" y, por tanto, la diferencia entre el dolo y la imprudencia debe buscarse en la perspectiva subjetiva del autor. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt d.M., 1993, p. 357, afirma que "la evidente atribución de responsabilidad subjetiva

picas distintas del resultado, como sucede, por ejemplo, en el caso en que el autor duda sobre la edad de su víctima en unos abusos sexuales⁷⁶.

Aparte de la posible indefinición que se plantea en el momento de decidir cuándo concurre una estrategia apropiada de causación del resultado, los planteamientos de *Puppe* presentan tal vez su punto más débil en el elemento del conocimiento. En la medida en que se requiere que el juicio de idoneidad del método de causación se lleve a cabo teniendo en cuenta los conocimientos con que cuenta el autor, no se extiende a este elemento la necesidad de prescindir de lo psicológico y de pasar a lo normativo que sí se postula, por contra, para el elemento de la intención⁷⁷. En este sentido, de la misma manera que se sostiene que el dolo es intención objetivada, podría también afirmarse que es realización consciente objetivada de un tipo penal, de tal modo que la normativización sería completa. Al no dar este último paso, la teoría de *Puppe* no consigue liberarse por completo de la dependencia de datos psicológicos.

E) Balance

Tal vez el principal mérito que quepa atribuir a las *voces discordantes* que representan en la actualidad *Jakobs*, *Herzberg* y *Puppe* sea el de poner en evidencia algunos defectos bastante habituales de las teorías dominantes. Así, es indiscutible que ante determinados riesgos éstas muestran una sospechosa facilidad para negar que el sujeto haya contado con los conocimientos necesarios para la imputación dolosa, lo que permite cuestionar

en función del grado 'objetivo' de peligro es profundamente injusta y contradice el principio de reprochabilidad individual".

⁷⁶Cfr. la respuesta de la autora a esta crítica en PUPPE, NK, § 15, n° marg. 103, quien para estos casos abandona el criterio de la idoneidad del método empleado y acoge la exigencia de una representación de probabilidad.

⁷⁷Probablemente, el que esta autora no dé el último paso para la plena normativización se debe a que según ella el conocimiento ajeno es una realidad a la que "por principio se puede acceder en el ámbito del juicio oral", mientras que sobre los sentimientos del autor "sólo se puede especular"; cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 120 y LA MISMA, ZStW, 103 (1991), p. 37. Una afirmación, por lo demás, harto discutible.

que realmente la afirmación del dolo esté exclusivamente en función de la subjetividad del autor penal. También es indudable que, en las teorías que conforman el *consenso divergente*, la imputación dolosa depende de ciertos fenómenos psicológicos (“tomar en serio”, “confiar”, “aprobar”, “eliminar mentalmente”) cuya existencia práctica es dudosa y cuya determinación procesal se antoja muy a menudo irrealizable. Sin embargo, los planteamientos de *Jakobs*, *Herzberg* o *Puppe* no pueden calificarse en modo alguno como enteramente objetivos, pues todos ellos siguen exigiendo que el sujeto cuente con ciertos conocimientos sobre el riesgo creado. En este sentido, puede afirmarse incluso que sus teorías tienen un efecto fundamentalmente restrictivo del ámbito de lo doloso, en la medida en que consideran que determinados comportamientos resultan objetivamente inidóneos para fundamentar una imputación a título de dolo, sin que tenga importancia alguna la vertiente psicológica del individuo en el momento de llevarlos a cabo. Con ello se disipa el temor de que la objetivación suponga necesariamente en este ámbito una ampliación punitiva.

Sin embargo, los planteamientos de estas tres *vozes discordantes* no parecen hallarse libres de problemas: en primer lugar, la distinción de *Herzberg* entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* llega a resultados poco satisfactorios en supuestos como el del conductor que invade el carril contrario en una curva a tal velocidad que resulta imposible cualquier reacción (peligro *descubierto*) para el caso de que se aproxime otro coche en sentido opuesto⁷⁸. En segundo lugar, *Jakobs* pasa por alto que, si bien en las conductas en que existe una habituación al riesgo lo normal es que el sujeto juzgue improbable la realización del tipo o que, si la juzga probable, ello no trascienda, pueden darse sin embargo casos en que un individuo se valga de dichos riesgos para realizar de modo consciente un determinado tipo y, si tal consciencia es de algún modo constatable, no parece conveniente descartar la posibilidad de una imputación dolosa. Finalmente, la principal debilidad de la teoría de *Puppe* es similar a la de *Jakobs*: algunos métodos en general inapropiados para producir un determinado resultado, pueden llegar a verse como idóneos en función de

⁷⁸Cfr. *supra* IV.2.C.

ciertas representaciones del sujeto que los ha empleado, si éstas llegan a trascender de algún modo⁷⁹.

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

Por ejemplo,

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

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

Los anteriores problemas hacen imposible que se considere como totalmente correcto alguno de los tres planteamientos expuestos. Sin embargo, las críticas que estos autores dirigen a las teorías dominantes no

⁷⁹Cfr. *supra* IV.2.D.

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

V. RECAPITULACIÓN

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

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

b) Una vez aislados los denominadores comunes del *consenso*, la definición de dolo que se asiente sobre ellos deberá ser sometida a diversas pruebas. En primer lugar, debe comprobarse que esta definición resulta conforme con el texto de la ley. Seguidamente, debe mostrarse que el concepto de dolo obtenido está en condiciones de referirse adecuadamente a todos los elementos que integran el tipo objetivo como punto de referencia del tipo subjetivo. Finalmente, debe acreditarse que con dicho concepto se consigue trazar una frontera entre dolo e imprudencia con la que puede explicarse, en términos preventivos, el porqué de la pena agravada de los delitos dolosos.

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

V.1. Búsqueda de denominadores comunes

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

A) Puntos de unanimidad en el *consenso divergente*

Dentro del *consenso divergente* se observa indiscutible unanimidad en la apreciación de dos concretas cuestiones: en primer lugar, se sostiene por principio que la concurrencia de dolo es algo que depende de la subjetividad del autor penal en el momento de realizar el comportamiento típico. Por consiguiente, es éste un concepto de dolo que se basa en determinados *fenómenos de naturaleza psicológica*¹. Respecto al contenido específico de estos factores, existe también acuerdo en que para la concurrencia de

¹Así, por todos, HERZBERG, JZ, 1988, p. 636: "pese a toda la discusión existe, sin embargo, unanimidad sobre el hecho de que es en la cabeza del autor donde se decide si concurre dolo o imprudencia consciente". En idéntico sentido, PUPPE, NK, § 15, n° marg. 52 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 3.

dolo hace falta que, al actuar, el sujeto se represente *un determinado grado de riesgo de realización de un tipo penal* (elemento intelectual o cognitivo), mientras que se dejan para el ámbito de la imprudencia los casos en que el sujeto no aprecia peligro alguno, sólo aprecia un nivel irrelevante de riesgo, o no proyecta a su comportamiento específico la representación de unos riesgos que sí conoce en abstracto. Éstos son, por tanto, los puntos sobre los que existe acuerdo doctrinal, es decir, los *denominadores comunes iniciales del consenso*.

Por contra, las primeras *divergencias terminológicas* se observan cuando se intenta aportar una expresión que defina adecuadamente las características que debe reunir la representación del sujeto para que éste actúe dolosamente. En este sentido, algunos autores recurren a fórmulas como “conocer la posibilidad de realización del tipo” o “conocer el riesgo relevante de lesión del bien jurídico”, mientras que otros prefieren emplear expresiones como “tomar en serio el riesgo o la posibilidad”, “contar con ellos”, o “tener por no improbable la producción de consecuencias accesorias”². La solución para este primer *litigio terminológico* debe plantearse una vez analizada la posible concurrencia, junto a este elemento intelectual, de algún otro requisito conceptual, pues no puede descartarse que la eventual exigencia de un segundo elemento repercuta sobre la configuración del primero.

B) *¿Ulteriores elementos en la definición de dolo?*

A la anterior exigencia de un factor intelectual-cognitivo, algunos autores añaden la de un elemento volitivo-emocional que, en el ámbito del dolo eventual, se traduce en la exigencia de *conformidad, aceptación, resignación o aprobación en sentido jurídico* por parte del sujeto con respecto a la

²Se considera superada, por los motivos ya expuestos *supra* II.3, la idea de que para la concurrencia de dolo hace falta que el sujeto se represente el resultado como probable, entendido este término en el sentido de “preponderantemente probable” o, más expresivamente, como representación de una probabilidad de realización del tipo superior al 50%.

peligrosidad de su conducta o a la producción de un determinado resultado. Sin embargo, tales elementos no parecen tener una sustantividad propia como en la antigua teoría del consentimiento, sino que se muestran como requisitos hasta tal punto vacíos que la única explicación plausible que puede encontrarse a su mantenimiento es que algunos autores pretendan aferrarse a toda costa a la idea de que el dolo exige conocimiento y voluntad³. En este punto conviene reiterar dos ideas ya expuestas: en primer lugar, que la equiparación del “conformarse” y similares con el “querer” es más que discutible y que la exigencia de tal elemento volitivo ni siquiera se plantea cuando el sujeto actúa en la certeza de que va a producir un determinado resultado (dolo directo de segundo grado)⁴. En segundo lugar, la autonomía conceptual de dicho “conformarse” se ve aun menos clara cuando en la práctica se sostiene que el sujeto que conoce un riesgo (elemento cognitivo del dolo) y sin embargo actúa (acción) por fuerza debe conformarse con la realización del tipo⁵. ¿Cómo no va a conformarse quien, pese a haberse representado

³Así, afirma JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331, que exigir junto al elemento intelectual del dolo un “conformarse” o una “aprobación en sentido jurídico” resulta “inocuo”, aunque sea erróneo desde un punto de vista teórico. La vacuidad de estos elementos encuentra un buen ejemplo en la definición de dolo defendida por CRAMER, *S/S*, § 15, n° marg. 84, quien entiende que lo propio del dolo eventual es la indiferencia del sujeto ante la realización del tipo, actitud emocional que este autor deduce del hecho de que dicho sujeto haya actuado pese a representarse la posibilidad de que el tipo pudiera realizarse. Como afirma PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 35, “una fórmula que no tiene ningún sentido no puede aplicarse de otra manera que no sea formalmente”.

⁴Sobre la imposibilidad de reconducir el “conformarse” al “querer”, cfr. KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 24. Sobre la no exigencia de un elemento volitivo en el dolo directo de segundo grado, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 325: “al igual que tales actitudes —en tanto que más que meras florituras retóricas, sean posibles en la práctica— carecen de función en la actuación a sabiendas, tampoco la tienen en el dolo eventual”. En idéntico sentido, PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 32.

⁵FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 262, afirma que cuando un sujeto parte de que existe una posibilidad real de acaecimiento de un resultado y, sin embargo, actúa, no es imaginable otra cosa: “debe conformarse con la producción del resultado, debe haberse resignado a ella para la consecución de su objetivo, debe haber estado de acuerdo con ella”. Contundente en este mismo sentido, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 638. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 165-166, admite este planteamiento para los delitos de peligro concreto: “tal decisión de actuar pese a la representación del concreto peli-

de modo claro un riesgo, no ha encontrado en tal representación un motivo suficiente para dejar de realizar una acción peligrosa?⁶. Si se defiende un concepto de dolo en que prime la sencillez terminológica, por fuerza debe prescindirse de unos elementos que no añaden por sí mismos nada distinto a lo que ya aporta la concurrencia de una acción voluntaria en representación de un determinado nivel de riesgo⁷.

Otro aspecto especialmente litigioso de la discusión viene dado por la relevancia que debe atribuirse a la *confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse*. En este sentido, existe un amplio acuerdo en que, por regla general, no es tan grave la conducta de quien realiza un determinado tipo habiendo confiado en que tal realización no llegaría a producirse, como el comportamiento de aquél que, ya de entrada, ha actuado sin ni tan siquiera confiar en una no realización. Sin embargo, también es cierto que la mayor parte de los autores que defienden la idea de que la confianza excluye el dolo no están dispuestos a admitir tal efecto excluyente en todos los casos posibles y, en este sentido, en algunos supuestos se habla de *meras esperanzas irrelevantes*. En otros casos, esta distinción se expresa con

gro es expresión por sí sola —aquí sí— de la 'decisión contra el bien jurídico' característica del dolo. Ante una representación como ésta el sujeto no puede hacer otra cosa que consentir, aceptar o conformarse con la puesta en peligro concreto, pues no tiene posibilidad alguna de confiar fundadamente en la no producción del peligro mismo". Si los delitos de peligro concreto también son delitos de resultado, ¿por qué no deben igualmente servir estos atinados razonamientos para los tipos de lesión? Sin embargo, para estos últimos RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ibidem*, p. 103, exige además un elemento de corte volitivo.

⁶Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 246 y 249. Estas ideas se reflejan de modo especialmente evidente en la STS de 20 de diciembre de 1996 (A 9034, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se afirma que el "consentimiento" se da "por presunto desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción". H. MAYER, *Strafrecht*, p. 123, interpreta el requisito del "conformarse" como una concesión a las teorías intelectuales: "psicológicamente es difícilmente imaginable que alguien que cuenta con una posibilidad y a la vista de ello actúa, sin embargo, no se 'conforma' con tal posibilidad".

⁷Entiende KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 23, que si la previsión es siempre el indicio que en la práctica permite afirmar la conformidad, llega un momento en que lo que es indicio y lo que es concepto se confunden. En sentido similar, HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 192.

la dicotomía *confiar seriamente* o *confiar vagamente*⁸. En consecuencia, lo que conviene delimitar cuidadosamente en este ámbito es dónde acaba la "auténtica" confianza y en qué punto empiezan las meras esperanzas o la "vaga" confianza.

Los autores que plantean la citada distinción la configuran, muy a menudo, tomando el elemento cognitivo del dolo como criterio para medir la relevancia de la confianza: existe confianza relevante cuando el riesgo advertido no tiene una especial entidad, mientras que sólo concurren meras esperanzas en aquellos supuestos en que permanece la representación de un nivel considerable de riesgo⁹. Ello permite afirmar que la confianza en cuestión no tiene una autonomía conceptual propia, sino que su capacidad para excluir el dolo depende siempre del grado de representación que subsiste: si la confianza tuviera dicha autonomía, debería llevar a excluir el dolo incluso en los casos en que el sujeto se representara un riesgo de ingentes proporciones, incluso en el dolo directo de segundo grado, algo a lo que, desde luego, nadie está dispuesto.

La negación de autonomía conceptual a la confianza no tiene por qué implicar que este fenómeno deba dejar de tener incidencia alguna sobre la cuestión del dolo; lo que sucede simplemente es que los efectos de dicha incidencia se hallan subordinados al *saldo final* de representación que mantenga el sujeto: la confianza sólo será relevante en aquellos casos en que incida de tal modo en la representación del sujeto que ya no se colmen las exigencias del elemento cognitivo del dolo¹⁰. Algo que, por otra

⁸Así el BGH en la sentencia sobre el "caso del SIDA" (BGHSt, vol. 36, pp. 9-10). Cfr., igualmente, MEYER-GOßNER, "Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht", *NStZ*, 1986, p. 50.

⁹En este sentido se pronuncia, por ejemplo, WELZEL, *Derecho penal*, p. 84, cuando afirma, en referencia a la confianza, que ésta "tiene su límite en el momento en que el actor cuenta con la producción del peligro. Entonces el actor sólo podrá 'esperar' pero no 'confiar en' que el resultado no se produzca". En idéntico sentido la intervención de este autor ante la *Großer Strafrechtskommission* (*Niederschriften*, vol. XII, p. 108).

¹⁰Esta idea se vincula en lo esencial a JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín, Nueva York, 1993, p. 271 (se recurre aquí, excepcionalmente, al original alemán): no es que determinados fenómenos como

parte, admiten de modo más o menos explícito las teorías denominadas "intelectuales" cuando atribuyen la capacidad de excluir el dolo a fenómenos como el *tomar el riesgo a la ligera* o a la *eliminación mental*¹¹. Incluso en los autores que entienden que la diferencia entre confianza y meras esperanzas debe medirse por la racionalidad de estos fenómenos en un caso concreto, se aprecia una vinculación implícita al saldo final de representación: el criterio fundamental para decidir si una confianza resulta o no racional es el grado de peligro que sigue representándose el sujeto¹².

la confianza no tengan trascendencia alguna para el dolo, sino que dicha trascendencia les viene dada por su incidencia sobre el grado de representación del sujeto: "la teoría intelectual no debe entenderse en el sentido de que el dolo sea una situación psíquicamente dependiente sólo del intelecto". Por este motivo en EL MISMO, *Derecho penal*, p. 329, se admite que, en el fondo, su propia teoría (cfr. *supra* IV.2.B) no se halla lejos de las que exigen para el dolo que el sujeto "se conforme" o "no confíe". Sin embargo, estas últimas concepciones "subestiman la repercusión de la ligereza, la represión de los escrúpulos, etc., sobre el aspecto intelectual, intentando por ello definir la seriedad del juicio de otro modo distinto, lo cual lleva en seguida a dificultades cuando se puede verificar un juicio serio pero ninguna 'actitud' posterior". Cfr., igualmente la vinculación entre confianza y representación establecida, aunque discrepe de ella, por DE FRANCESCO, *RIDPP*, 1988, pp. 124-125.

¹¹SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 249-250. Discrepa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 103, quien, haciendo referencia al elemento volitivo "conformarse-confiar en", sostiene que "las modernas teorías cognitivas que renuncian a ese elemento volitivo, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor, fundamentando en ella la diferenciación, no hacen sino reconducirlo al conocimiento, lo cual implica una rechazable deformación conceptual, pero, en el fondo no cambia nada". No se comprende la crítica de esta autora: en coherencia con su planteamiento, debería demostrarse que el "conformarse" o la confianza no son reconducibles al conocimiento, para así acreditar su autonomía conceptual y la necesidad de su formulación expresa y separada. Desde el momento en que la autora admite que tales elementos son reconducibles al conocimiento y "en el fondo no cambia nada", lo que debería justificarse es por qué añadir elementos adicionales a la representación si, en realidad, de ésta es de lo que en última instancia depende que se afirme o no el dolo del sujeto.

¹²Así, LUZÓN PEÑA, en *Problemas jurídico-penales del SIDA*, p. 20. Aunque este autor defiende criterios de racionalidad media para determinar en qué casos la confianza excluye el dolo, en realidad tal relevancia depende del grado de peligro que el sujeto se sigue representando. A modo de ejemplo, este autor acepta que la confianza excluye el dolo en los casos de contactos sexuales llevados a cabo por seropositivos cuando éstos hayan empleado medios de contención del peligro (habitualmente preservativos). Sin embargo, quien emplea un preservativo por regla general entenderá que el

Consideraciones muy similares merece la capacidad que, para excluir el dolo, puede tener una eventual *voluntad de evitación* de la realización del tipo por parte del sujeto. Tampoco este elemento parece tener una autonomía conceptual propia, pues a aquél que quiere evitar sólo se le acepta tal voluntad como fenómeno que excluye el dolo cuando atribuya a sus intentos de evitación la capacidad de impedir la realización del tipo. Dicha atribución no indica otra cosa que la confianza del sujeto en poder evitar que el tipo se realice, referida en este caso al éxito de la acción evitadora¹³. En este sentido, lo expuesto acerca de la confianza resulta perfectamente trasladable a los casos en que concurra una voluntad de evitación, lo que en última instancia demuestra que ésta sólo puede excluir el dolo si repercute de tal modo en el elemento de la representación que el sujeto ya no se presenta el riesgo de su conducta en el grado que el dolo exige¹⁴. El sujeto que quiere evitar sólo deja de actuar dolosamente cuando confía de tal modo en su acción de evitación que ya no se representa el grado de riesgo necesario para el dolo, pues de lo contrario su

peligro de contagio es menor que en caso de no emplearlo, con lo que, en realidad, se otorga relevancia a la confianza cuando ésta lleva a que alguien se represente una menor cantidad de peligro.

¹³Algo que se aprecia de modo evidente en los planteamientos de KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 70, cuando este autor exige que el sujeto atribuya a su comportamiento una auténtica capacidad de evitar el resultado. Si tal atribución existe, por fuerza tiene que repercutir sobre el *saldo final* de riesgo que se representa el sujeto. Cfr. también sobre este punto, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 328 y 332 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 13-15.

¹⁴En este ámbito debe hacerse referencia, como ejemplo paradigmático, al llamado "caso Hipercor" (sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional 49/89 de 14 de octubre): unos terroristas colocan un coche-bomba en el aparcamiento de un hipermercado. Unos minutos después llaman por teléfono a la policía anunciando la presencia de la bomba, en lo que podría interpretarse como una maniobra tendente a la evitación del resultado. Sin embargo, el coche-bomba estalla y mueren varias personas. Parece evidente que en este caso los terroristas no dejaron de representarse que la policía podía no llegar a tiempo para desactivar la bomba y, por tanto, que seguía existiendo un riesgo relevante de producir muertes, lo que resulta suficiente para que tales resultados sean imputados a título de dolo. Cfr., al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 424-426. Sobre la vinculación entre voluntad de evitación y representación, cfr. FRISCH, *NStZ*, 1991, pp. 24-25.

voluntad de evitación sólo se traduce en unas meras esperanzas irrelevantes¹⁵.

Por todos estos motivos se puede afirmar que la exigencia de elementos adicionales a la representación del sujeto por buena parte de los autores que se inscriben en el *consenso divergente* no va más allá de lo meramente terminológico: *el saldo final de representación con que actúa dicho sujeto es el criterio que en realidad permite afirmar si en un supuesto concurre o no dolo.*

C) *La representación necesaria para el dolo*

Una vez aislados la representación o el conocimiento del sujeto como fenómenos sobre los cuales las teorías actualmente imperantes construyen su concepto de dolo, más allá de las apariencias terminológicas, conviene determinar ahora qué grado de conocimiento debe concurrir en un comportamiento para que, según estos puntos de vista, deba ser considerado como una realización delictiva dolosa.

Los tipos penales contienen, en su vertiente objetiva, dos clases de realidades: algunas circunstancias integrantes del tipo ya existen en el momento en que el sujeto lleva a cabo su acción. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la edad de la víctima en unos abusos sexuales o con la ajenidad de la cosa en un hurto. En estos casos el dolo depende, en principio, de que el sujeto conozca estas circunstancias preexistentes en el momento de actuar. Por contra, otros elementos del tipo objetivo se plantean como realidades futuras, en la medida en que todavía no tienen existencia propia cuando el sujeto lleva a cabo su acción. Básicamente es esto lo que sucede con el resultado en los delitos que lo contienen en su descripción típica, pues, precisamente lo propio de todo resultado es que éste surge

¹⁵Como entiende PUPPE, NK, § 15, n° marg. 47, dotar de sentido autónomo a la voluntad de evitación sólo se entiende en aquellas teorías que consideran que la manifestación de tal voluntad es prueba de que el sujeto no deseaba el resultado, es decir, como sucedía con la teoría del consentimiento.

como efecto separado espacio-temporalmente de un determinado comportamiento, no antes de éste¹⁶: quien todavía está matando no puede ya *conocer* el cadáver de su víctima. Lo que todavía no existe se puede prever, pero no conocer¹⁷.

El conocimiento de las circunstancias típicas puede revestir fundamentalmente dos formas. En primer lugar, existen situaciones en que un sujeto considera *seguro* que un determinado hecho existe o que un determinado resultado va a producirse (*conocimiento cierto*)¹⁸. Esta forma de conocimiento puede referirse tanto a realidades preexistentes como futuras, lo que sucede por ejemplo, cuando alguien se apodera de una cosa y sabe con seguridad que ésta pertenece a otra persona (*conocimiento cierto de hechos preexistentes*), o cuando alguien dispara contra otro en la certeza de que va a provocar su muerte (*conocimiento cierto de hechos futuros*). Respecto a estos supuestos la doctrina está de acuerdo en que el dolo del autor abarca las circunstancias de este modo conocidas y, así, se suele hablar de *dolo directo de segundo grado*¹⁹. Al igual que estas últimas situaciones, los casos de absoluto desconocimiento tampoco plantean problema alguno, siendo evidente que las circunstancias del tipo que son totalmente desco-

¹⁶Cfr., sobre esta cuestión, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 200.

¹⁷En este sentido, cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241, SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), p. 281 y CEREZO MIR, *Curso*, pp. 124-125, quien exige conocimiento de las circunstancias preexistentes y previsión del resultado. En contra DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 294, quien afirma que el terrorista "que dispara a una persona previamente maniatada en la nuca, es obvio que sí conoce el resultado de su acción en el momento de dicha acción, pues entre una y otra transcurren milésimas de segundo. Hacer una distinción basada en milésimas de segundo resultaría absurdo". Sin embargo, la afirmación de que el resultado se deriva *después* de unas milésimas de segundo (o aunque fueran millonésimas), significa que, *antes* de que éstas transcurran, el resultado no existe y lo que no existe no se puede conocer, sino sólo prever. También defiende la necesidad de que el sujeto conozca el resultado LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 411.

¹⁸Sobre la distinción entre conocimiento cierto ("tener por seguro") y conocimiento incierto ("tener por posible"), cfr. SAMSON, "Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht", *JA*, 1989, p. 450, SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 30 y SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241.

¹⁹Cfr. *supra* I.3.

nocidas o que no han sido en absoluto previstas por un sujeto en el momento de actuar no pueden formar parte de su dolo.

Una segunda situación posible se da en aquellos casos en que el sujeto *no está seguro* de la existencia o acaecimiento, respectivamente, de ciertas circunstancias presentes o futuras, pero tampoco puede afirmarse que las desconozca en absoluto, esto es, los supuestos de *conocimiento incierto*. Éste es, por ejemplo, el caso en que el autor duda sobre la edad de la víctima de unos abusos (conocimiento incierto de hechos presentes), o en que alguien hiere a otra persona con un arma blanca sin estar seguro de que acabe causando una muerte (conocimiento incierto de hechos futuros). Es en este ámbito donde debe trazarse la frontera entre el conocimiento que sólo puede fundamentar imprudencia y el que lleva a considerar que la circunstancia conocida de modo incierto ha sido abarcada dolosamente.

Para decidir qué casos de conocimiento incierto deben integrarse en el ámbito de lo doloso, los autores que se inscriben en el *consenso divergente* emplean distintas expresiones. Así, y según el autor de que se trate, para que concorra dolo se formula la exigencia de que un sujeto haya "contado con" la realización de un tipo, de que se haya representado "la concreta posibilidad" o la "no improbabilidad" de dicha realización, o bien, que haya "tomado en serio" o "haya conocido" el riesgo de que el citado tipo se realizara²⁰. Todos estos planteamientos presentan un *denominador común*: la exigencia de que *un sujeto atribuya a su concreto comportamiento la capacidad de realizar un determinado tipo penal*²¹. Así, no basta con que dicho

²⁰Cfr. *supra* III.2 y III.3.A.

²¹La idea de "atribución", en su caso referida a la peligrosidad de la conducta, coincide con planteamientos de FRISCH, *NStZ*, 1991, p. 26 o KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 74. Interesante también en este punto BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112 ss, en que se define el error como "la divergencia entre la representación subjetiva personal del agente, acerca de la situación y/o de la idoneidad lesiva de su conducta, y la representación que el espectador objetivo *ex ante facto* se forme, en el contexto concreto, conforme a leyes, acerca de la situación o acerca de la idoneidad lesiva de la conducta del agente". En sentido inverso, el

sujeto sepa que en abstracto determinados comportamientos son peligrosos, sino que es necesario que tal conocimiento se proyecte sobre la específica conducta que se realiza mediante lo que puede denominarse un *juicio de atribución de concreta capacidad lesiva*.

Por lo demás, las diferencias parecen meramente terminológicas: la expresión "representación del riesgo" se ajusta tal vez mejor a la idea de previsión del resultado, mientras que las expresiones "conocimiento de la posibilidad o de la no improbabilidad" abarcan más adecuadamente la forma de conocimiento que el dolo requiere con respecto a circunstancias preexistentes²². La única expresión que resulta un tanto desafortunada es la que exige que el sujeto "tome en serio" el riesgo o la posibilidad de realización del tipo, pues parece dejar a la libre voluntad del individuo la decisión entre atribuir importancia al riesgo que ha conocido o minusvalorarlo. Este punto de vista no parece admisible para fundamentar el dolo: quien ha atribuido una concreta aptitud lesiva a su conducta no puede sostener válidamente que, por haber tomado tal aptitud a la ligera, ésta dejó de formar parte de los posibles desenlaces previstos de su actuación²³.

En conclusión, puede afirmarse que el denominador común básico de las teorías que se inscriben en el *consenso divergente* se basa en la idea de que *concorre una realización dolosa cuando el sujeto actúa pese a atribuir a su concreta conducta la capacidad de realizar un tipo penal*. Seguidamente debe

dolo debe definirse como el conocimiento de la idoneidad lesiva de una determinada conducta en la situación en que se lleva a cabo.

²²La idea de la coincidencia terminológica también en HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 259, quien considera que es indiferente hablar de conocimiento del riesgo o de la concreta posibilidad.

²³Clarísimo JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 329-330: "el autor que decide seriamente no puede disponer con independencia de ello sobre un resignarse, un no tomar en serio o algo similar". Contundente también FRISCH, *JuS*, 1990, p. 366. Igualmente PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 12-13: en algunos casos el hecho de que un sujeto conozca un riesgo pero no lo tome en serio no es más que la muestra de la indiferencia del sujeto hacia el bien que dicho riesgo amenaza; debe plantearse si tal indiferencia justifica una pena inferior cuando el conocimiento subsiste.

analizarse si un concepto intelectual del dolo como éste satisface las exigencias básicas que todo concepto de dolo debe cumplir.

V.2. Concepto intelectual de dolo: requisitos básicos

La primera exigencia que debe cumplir todo concepto de dolo pasa, como es evidente, por su adecuación al texto de la ley. En otro Capítulo de este trabajo ya se puso de manifiesto que el Código Penal español no contiene definición alguna del dolo, y que sólo es posible deducir una exigencia legal mínima para este concepto a partir del art. 14.1 CP, regulador del error de tipo: para el dolo es necesario un cierto grado de conocimiento correcto de la realidad²⁴. Este requisito se cumple sobradamente por el concepto de dolo expuesto en el anterior apartado y puede sostenerse incluso que tal concepto parece encajar más adecuadamente con la fragmentaria regulación legal sobre la materia que la habitual afirmación de que el dolo es "conocer y querer". En este sentido, se cuestiona *Silva Sánchez* que, si el dolo debe contener un querer adicional al conocimiento, "¿por qué habría de excluirlo sólo el error de tipo (causa de exclusión del conocimiento) y no además unas 'causas de exclusión de la voluntad'?"²⁵.

La segunda exigencia que debe cumplir el concepto de dolo expuesto es la capacidad de extenderse a todos los elementos del tipo objetivo en tanto que punto de referencia del tipo subjetivo. La reducción del dolo al denominador común del conocimiento presenta la notable ventaja de que crea un concepto que puede hacerse extensivo a la totalidad de tipos penales y de circunstancias que los integran, ya sea en forma de conocimiento *stricto sensu* o de previsión. Por contra, quienes defienden que la voluntad debe ser un elemento del dolo, olvidan a menudo que ésta no tiene un papel claro en relación con un elevado número de tipos penales: ¿qué papel desempeña, por ejemplo, la voluntad del sujeto en un hurto (el autor se apodera de una cosa que sabe que es ajena) o en unos abusos

²⁴Cfr. *supra* I.1.

²⁵SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401 (nota 390).

sexuales (el autor realiza tocamientos a una menor sabiendo que ésta tiene sólo diez años)? ¿qué es lo que en tales casos tiene que *querer* el sujeto?²⁶. Algo parecido sucede en otros tipos con el elemento de la confianza: ¿qué papel desempeña ésta, por ejemplo, en el delito de injurias? Reducir el dolo a la representación de los elementos del tipo parece la única vía para conseguir un concepto de dolo que se pueda hacer extensivo a todos los tipos penales imaginables y a las diversas circunstancias que tales tipos contienen y que también deben ser abarcadas por el dolo del sujeto²⁷.

Finalmente, debe analizarse si el concepto de dolo obtenido está en condiciones de explicar adecuadamente desde un punto de vista preven-

²⁶Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 401-402. En este sentido ya había afirmado VON LISZT, *Tratado*, tomo II, p. 410 (nota 2), que "es imposible decir: que el ladrón 'quiere' que la cosa robada sea ajena; que la mujer que aborta 'quiere' su embarazo". Cfr., igualmente, SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 262-263 y FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 310, quienes reconocen algunos elementos típicos como susceptibles de ser representados, pero no queridos, como es el caso de las circunstancias típicas precedentes o concomitantes a la realización delictiva, por ejemplo, la subsistencia de un vínculo matrimonial anterior en el delito de bigamia o la relación de parentesco en el incesto. En contra de estas ideas, replica LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 413, que la exigencia de voluntad se traduce respecto a estos elementos en el "querer realizar la conducta típica sabiendo que concurren todos los demás elementos típicos objetivos, con lo cual ya se quiere o acepta la presencia o concurrencia de tales elementos".

²⁷Ya en el siglo pasado afirmaba VON WICK, *ACR*, 1857, p. 579, que "es evidente que sólo puede hablarse de intención con respecto al resultado del delito. Sólo se puede ambicionar algo que sea futuro". En idéntico sentido, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 83: "esta forma de dolo [la intención] sólo es pensable, según la naturaleza de las cosas, en relación al resultado. Se puede, por ejemplo, llevar a cabo el acceso carnal con una chica de dieciséis años en la creencia de que sólo tiene catorce, pero no con la intención de que sólo tenga catorce". En esta línea se pronuncia también SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, p. 13 y, en España, GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", p. 243 (nota 8). Por su parte, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 381 ss, pone en evidencia cómo, respecto de las circunstancias típicas preexistentes, la jurisprudencia suele conformarse con que el sujeto se representara la posibilidad de su existencia, sin que la voluntad desempeñe papel alguno. En un análisis sobre la jurisprudencia alemana en delitos como la bigamia o los abusos de menores, este autor demuestra que, ante circunstancias típicas como la pervivencia del vínculo matrimonial previo o la edad del menor, la exigencia de voluntad se limita a lo terminológico y, en ocasiones, ni a eso. En contra de las anteriores afirmaciones, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 147: el autor puede querer mantener relaciones sexuales con un menor, si es propenso a la perversión.

tivo por qué determinados hechos (los denominados "dolosos") merecen una mayor pena que otros (los denominados "imprudentes"). En este punto se había concluido en un Capítulo anterior que la única interpretación teórica satisfactoria de tal realidad viene dada por la distinción entre *defectos volitivos* y *defectos cognitivos*, y por la afirmación de que quien actúa manifestando un defecto volitivo expresa con su actuación un sentido social de negación de una norma penal, mientras que quien lo hace inmerso en un defecto cognitivo lo hace negando únicamente las inmutables reglas de la naturaleza²⁸. La anterior distinción se traduce en diferentes necesidades de réplica por parte del ordenamiento, que explican la diferencia de pena entre hechos dolosos (defecto volitivo) e imprudentes (defecto cognitivo).

Si se parte de esta perspectiva, la cuestión que debe resolverse para solucionar la problemática del dolo pasa por establecer a partir de qué nivel de representación ya no puede considerarse que un sujeto actúa inmerso en un defecto cognitivo o, en sentido inverso, a partir de qué grado de conocimiento se entiende que dicho sujeto actúa expresando con su hecho un defecto volitivo. Como se ha dicho, la manifestación de un defecto volitivo requiere que el sujeto exprese con su conducta el sentido social de negación de la vigencia de una norma penal: la norma afirma, por ejemplo, "no se puede matar" y el sujeto replica con su hecho que "sí se puede matar". Por contra, la estructura propia de las comisiones imprudentes resulta bien distinta: la norma afirma "no se puede matar" y el sujeto replica, "yo no estoy matando", pese a lo cual se produce una muerte. En este último caso puede afirmarse que el sujeto ha fracasado en su planificación, al causar un resultado desagradable con el que no contaba²⁹. De acuerdo con estas ideas, quien atribuye a su concreta conducta la

²⁸Cfr. *supra* I.2. Sobre esta cuestión se remite de nuevo a JAKOBS, "Sobre el tratamiento", p. 127 ss, esp. 132 ss, EL MISMO, "El principio de culpabilidad", p. 365 ss, esp. p. 367s y 371 ss y EL MISMO, *ADPCP*, 1989, p. 640 ss.

²⁹Cfr. JAKOBS, "Sobre el tratamiento", p. 140. SILVA SÁNCHEZ, "Recensión", *ADPCP*, 1987, p. 546: "lo característico de la culpa consciente es que, por determinadas razones, el sujeto no llega a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta (por

capacidad de producir una muerte no puede afirmar con certeza que "no está matando", porque el acaecimiento de dicha muerte es, por expresarlo gráficamente, uno de los posibles desenlaces advertidos de su plan. Si ésta finalmente acaece, no se podrá encontrar en este hecho lo que caracteriza a los individuos imprudentes, esto es, el fracaso en su planificación individual que se da en toda causación de resultados imprevistos³⁰.

La atribución de aptitud lesiva es un juicio que el sujeto tiene que llevar a cabo en referencia a su concreto comportamiento. Por ello no basta con que dicho sujeto sepa que, con carácter general, determinadas conductas son aptas para producir ciertos resultados, sino que tiene que ser consciente de que tal aptitud concurre en su específica situación, pues sólo de este modo es posible afirmar que el sujeto no ha fracasado en su planificación. En este ámbito es donde el fenómeno de la confianza desempeña su papel básico: dicha confianza puede excluir el dolo cuando lleve a que el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere; por contra, la confianza no tiene ningún valor a efectos de exclusión del dolo cuando, pese a esperar o desear que el tipo no se realice, el sujeto siga juzgando que su conducta es concretamente apta para realizar el tipo³¹. Si esto último sucede, se podrá afirmar que las esperanzas del sujeto se han visto frustradas, pero no el absoluto fracaso en la planificación que requiere la imprudencia: la realización del tipo era una posibilidad prevista y, por tanto, un posible desenlace del plan.

ejemplo, por introducir en sus análisis una valoración equivocada de sus capacidades, conocimientos, elementos concomitantes, etc.)".

³⁰De acuerdo con la idea de JAKOBS, "El principio de culpabilidad", p. 381, según la cual "quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa (...) quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente *fracasa con su planificación individual*" (cursiva añadida).

³¹Cfr. sobre esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 652, quien atribuye relevancia a la posible confianza del sujeto cuando ésta lleva a incurrir en un error.

Por todos los motivos expuestos en este subapartado y sin perjuicio de ulteriores matizaciones, se considera que la definición obtenida es un punto de partida idóneo para concretar a partir de ella un concepto satisfactorio de dolo. Tal concreción pasa por el análisis de los puntos problemáticos que la citada definición plantea y por las posibles correcciones que se consideren necesarias para salvar tales problemas.

V.3. Puntos problemáticos de una concepción intelectual del dolo

La definición de dolo desarrollada hasta el momento prescinde con coherencia de elementos pretendidamente volitivo-emocionales y es un criterio válido para delimitar el ámbito de lo doloso del ámbito de lo imprudente de acuerdo con una concepción preventiva del Derecho penal. Todas las demás teorías fracasan simplemente a nivel conceptual o añaden en el plano terminológico requisitos superfluos. Sin embargo, sería engañoso afirmar que a la anterior definición no se le presenta ningún tipo de problema teórico. Al contrario, en ella es posible detectar problemas de una entidad no desdeñable, como los que se recogen en los siguientes apartados.

A) Ausencias irracionales de representación del riesgo: ¿privilegio a la irracionalidad?

Un primer punto problemático para la definición de dolo anteriormente expuesta se presenta en aquellos casos en que el sujeto que realiza un comportamiento típico no se representa la concreta aptitud lesiva de su conducta en una situación en que cualquier otra persona, por poco escrupulosa que ésta fuera, habría advertido dicha aptitud. En estos casos una aplicación consecuente del concepto expuesto debe llevar a negar el dolo, pues al sujeto le falta la representación que este título de imputación requiere. Sin embargo, ¿estaría dispuesto algún tribunal a no condenar por homicidio doloso a quien afirmara, por ejemplo, que no se representó en absoluto que pudiera morir alguien pese a haber ocultado una bomba en

un concurrido lugar, porque así se lo había predicho una hechicera aquella misma mañana?³².

El de estos casos no es un problema único y exclusivo de las teorías intelectuales o cognitivas del dolo, sino un problema común a cualquier otra teoría, en la medida en que todas ellas exigen, independientemente de eventuales y ulteriores requisitos, que el sujeto se haya representado la posibilidad de realización del tipo. Así, en casos de no representaciones irracionales, todas ellas deben castigar el hecho, si son coherentes, como una mera imprudencia. Sin embargo, en la realidad es más que dudoso que puedan ponerse en práctica dichos criterios: basta con imaginar la alarma social que podría llegar a producir la resolución judicial que sólo reputara "imprudente" una conducta por haber confiado hasta tal punto su autor en el poder de "ciertas fuerzas sobrenaturales" que hubiera dejado de apreciar un peligro en la colocación de una potente bomba³³.

Tal vez supuestos como éste se podrían resolver de un modo sencillo recurriendo a la idea de la irrelevancia de la confianza irracional o, más exactamente, de las ausencias de representación irracionales desde un punto de vista del hombre medio, pues esta corrección normativa permitiría afirmar que el sujeto sí contó con la representación requerida por el dolo, pese a que en realidad no fue así³⁴. Sin embargo, con esta solución

³²Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63. En este ámbito es válida la discusión planteada sobre la racionalidad de la confianza en la no realización del tipo, aunque sólo en la medida en que dicha confianza repercute en el grado de peligro que se representa el autor (cfr. *supra* III.3.C).

³³En contra, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315, para quien "objeto del conocimiento es el acontecer terrenal, tal como se entiende en general. Quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, en la medida en que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender en general como tal; y es que entonces tiene conocimiento del riesgo, no permitido, de realización del tipo". Este autor pierde de vista que en determinados casos, la total (aunque irracional) confianza del sujeto en lo sobrenatural puede llegar a hacerle perder la consciencia de la existencia del riesgo de realización del tipo, en la medida en que, en la representación del sujeto, lo terrenal y lo sobrenatural no son dos mundos aparte, sino que el segundo tiene capacidad de influir en el primero.

³⁴Cfr. *supra* III.3.C.

se contradiría el punto de partida básico de las teorías del *consenso divergente*, esto es, la idea de que la concurrencia de dolo es algo que depende siempre de la subjetividad del autor penal. Con la corrección normativa que niega el dolo en supuestos de ausencias irracionales de representación de la aptitud lesiva se estaría proponiendo un doble baremo para la resolución de los casos: mientras algunos supuestos se resolverían atendiendo al estado de la subjetividad del autor penal, otros se solucionarían *imputando* a dicho sujeto determinadas representaciones en función de criterios objetivos.

Si por un lado es bien cierto que negar el dolo en los supuestos de ausencias irracionales de representación lleva a resultados que se antojan poco convenientes, por otro lado, también lo es que la normativización marginal consistente en negar la relevancia de determinadas confianzas o ausencias de representación se antoja como una solución *ad hoc* que no está suficientemente fundamentada ni legitimada mientras no se consiga explicar por qué es posible, en función de la configuración de los casos, cambiar los parámetros de resolución. La obtención de criterios para tal fundamentación es una tarea que se abordará más adelante, bastando ahora con exponer el problema³⁵.

B) Riesgos mínimos no permitidos: ¿castigo al escrupuloso?

Un segundo punto problemático de la definición de dolo obtenida en el apartado anterior se plantea en aquellos casos en que un sujeto atribuye a su conducta la capacidad lesiva exigida por el dolo pese a que el riesgo creado, aunque no permitido, tiene escasa entidad, o respecto a él existe una cierta habituación social³⁶. Una aplicación coherente de la citada definición lleva a afirmar que en tales casos concurre efectivamente dolo, pero, aunque sólo sea desde un plano teórico, ¿se está dispuesto a casti-

³⁵Cfr. *infra* XII.4 y XVII.3.B.

³⁶Como afirma FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 19, también los pequeños riesgos pueden ser tomados en serio.

gar por tentativa de homicidio a cualquier conductor que, al reducir la distancia de seguridad con el vehículo que le precede, piense que está realizando una conducta apta para matar en aquella situación concreta?; ¿se está dispuesto a hacerlo con cualquier fumador que se duerma con un cigarrillo en la mano, después de haber valorado como peligrosísimo lo que estaba haciendo, aunque dicho cigarrillo se consuma sin provocar incendio alguno?³⁷.

Que los conceptos de dolo defendidos por las teorías de corte intelectualista llevan a castigar al escrupuloso o al pesimista y, a la vez, a privilegiar al optimista o, más aun, al irracional, es una afirmación que, desde un plano teórico, parece indiscutible³⁸. Esta realidad se suele camuflar por la doctrina y, así, en los ejemplos más tradicionales los optimistas y los irracionales suelen ser personas que causan muertes al volante de sus automóviles o en el transcurso de cacerías, mientras que las personas que toman los riesgos en serio, los escrupulosos, son aquellos que colocan bombas o disparan contra los demás. Para apreciar la debilidad teórica de esta forma de proceder basta con intercambiar los escenarios habituales por los que, en la mayoría de ejemplos doctrinales, suele moverse cada personaje. Cuando se sitúa al escrupuloso frente a un volante y al optimista poniendo bombas ya no parece tan fácil afirmar que el primero actuó dolosamente y el segundo lo hizo sólo de modo imprudente. Sin embargo desde el ámbito de las teorías que integran el *consenso divergente* no

³⁷En este punto son especialmente contundentes las afirmaciones de PUPPE, NK, § 15, n° marg. 57 y 82 y HERZBERG, JuS, 1986, p. 249 ss.

³⁸Cfr., principalmente, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 56. Esta idea ya fue puesta de relieve en el ámbito de la discusión histórica por VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 54-55, aunque empleándola únicamente como crítica contra la teoría de la representación. En referencia a las teorías tradicionales, cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 56-57 y LA MISMA, ZStW, 103 (1991), pp. 12-13. Especialmente ilustrativo, LESCH, JA, 1997. Cfr., igualmente, las consideraciones de MORSELLI, ADPCP, 1991, p. 890. La solución propuesta por ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 30, tratando de equiparar el "tomar en serio" con los casos de ausencia de toma de postura psíquica no resulta convincente si no se acomete una revisión de las definiciones usuales de dolo que no parece permitir el texto positivo del Código Penal alemán. Cfr. igualmente la crítica de CEREZO MIR, *Curso*, p. 143, a la teoría del "tomar en serio".

se aportan soluciones para este evidente problema, sino que parece consagrarse una definición de dolo que aconseja a los sujetos que cuanto menos interés tengan por conocer la realidad, tanto mejor para ellos.

C) *¿Simple no atribución de la capacidad lesiva?*

El tercer punto crítico del concepto de dolo obtenido se aprecia cuando se atiende a las condiciones en que dicho concepto es llevado a la práctica. La atribución de capacidad lesiva a su concreta conducta por parte del sujeto que la realiza, requiere que éste conozca los factores aislados en que tal capacidad lesiva se fundamenta y que dichos conocimientos se integren en un juicio de atribución. Si, pese a conocerse aisladamente todos los factores, éstos no se integran en el citado juicio, no podrá entenderse que concurre dolo. Sin embargo, la doctrina no aporta criterios que permitan determinar en qué casos se ha producido una integración de conocimientos aislados. La problemática se expone analizando dos ejemplos:

1.- Un cazador decide disparar contra unos matorrales que ve moverse, aunque sabe que sus compañeros de cacería hace poco que se dirigieron en aquella dirección. Un compañero de cacería resulta muerto a consecuencia del impacto de la bala.

En este caso la realización de un juicio que atribuya una concreta aptitud lesiva (mortal) a la conducta de disparar presupone el conocimiento de dos factores: la capacidad letal en abstracto de un disparo (factor 1) y el hecho de que no es improbable que los compañeros de cacería se encuentren en la zona hacia la que se dispara (factor 2). Imagínese que el cazador alega ante el tribunal que le juzga que, pese a haber conocido los factores de riesgo 1 y 2, no se representó que al disparar estuviera creando un riesgo de muerte para alguno de sus compañeros, porque pensaba que ninguno de ellos se encontraría tras los matorrales.

2.- Un terrorista oculta un aparato explosivo dentro de una papelera que se halla junto a una parada de autobús. La hora de explosión del artefacto son las 10 de la noche, una hora en que, como el mismo sujeto ha observado durante todos los días de la semana anterior, no suele pasar nadie al lado de dicha parada. La bomba explota a la hora prevista causando la muerte de un transeúnte.

Como en el anterior supuesto, para que haya sido realizado el juicio de aptitud lesiva necesario para el dolo deben haber sido conocidos dos factores: que el estallido de la bomba tiene en general la capacidad de causar la muerte de alguien que se encuentre en sus cercanías (factor 1) y que existe la posibilidad de que a la hora programada para la explosión alguien pase junto a la parada de autobús (factor 2). Como el cazador del anterior ejemplo, el terrorista alega ante el tribunal que le juzga que, pese haber sido consciente de ambos factores, no se representó la posibilidad de que en su caso concreto pudiera acabar muriendo alguien.

La estructura de ambos casos es idéntica: un individuo conoce el potencial lesivo del instrumento que está empleando, pero duda sobre la presencia de posibles destinatarios en el ámbito de incidencia de dicho potencial. Sin embargo, pese a la identidad de estructuras, en la práctica el dolo se negaría en el primer caso y se afirmaría en el segundo, esto es, en el ejemplo del cazador se considera plausible que éste no haya realizado el juicio de atribución de capacidad lesiva, una posibilidad que no se admite en el caso del terrorista. Sin embargo, no existen fundamentos teóricos explícitos para tal forma de proceder. Podría afirmarse que el cazador eliminó mentalmente la representación de la posibilidad de muerte, algo que el terrorista no hizo. Pero, si la eliminación mental es un fenómeno psíquico que puede darse en cualquier ser humano ¿por qué tiene que darse en los cazadores y no en los terroristas?³⁹. El uso que en estos supuestos se suele hacer de fenómenos como la confianza o la eliminación mental, en tanto que elementos con capacidad para excluir el grado de

³⁹Cfr. en este punto SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-246, quien admite una eliminación mental en el supuesto de la "conducción vertiginosa" (cfr. *supra* III.2) y no en el "caso del cinturón de cuero" (cfr. *supra* III.1). Sobre esta cuestión afirma PUPPE, *ZStW* 103 (1991), p. 11, que, en cualquier caso, todas estas diferenciaciones en el plano psicológico conducen a serios problemas de prueba. En la misma línea HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637.

representación necesario para el dolo, se antoja, simple y llanamente, arbitrario o, cuando menos, está muy poco fundamentado⁴⁰.

D) *Concepto intelectual de dolo y delitos de peligro concreto*

Un cuarto punto crítico del concepto de dolo expuesto se aprecia en el momento de desarrollar las diferencias entre el juicio que requiere el dolo en los tipos de peligro concreto, por un lado, y en los tipos de lesión, por otro, si no se quiere caer en la trampa de convertir todos los tipos de peligro en tentativas de lesión⁴¹. Un desarrollo coherente de dicho concepto lleva a sostener que existe dolo de peligro concreto cuando un sujeto actúa pese a ser consciente de que su conducta es apta, en la situación específica, para producir un determinado resultado de puesta en peligro concreto, pero niega a la vez a dicha conducta la aptitud para producir la lesión⁴². Cuando, por contra, el sujeto sí atribuya aptitud lesiva a su conducta concurrirá una tentativa de lesión si el resultado finalmente no

⁴⁰Tal arbitrariedad es puesta de manifiesto por HERZBERG, JZ, 1988, pp. 637-638, en diversos ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana.

⁴¹En este punto específico se atiende básicamente a lo expuesto en la excelente monografía de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 41 ss. Cfr. igualmente, MAQUEDA ABREU, *Elementos subjetivos*, p. 190 ss. Sobre la dificultad de diferenciar dolo de peligro concreto y dolo de lesión cuando se rechaza todo componente volitivo para el dolo, cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 290-291.

⁴²Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 295-298: "el sujeto debe '*partir para sí*' de que su conducta contiene *el riesgo específico* de los delitos de peligro concreto, es decir, el riesgo objetivamente ya no tolerado que conduce a una situación que significa '*peligro concreto*'" (cursiva en el original). Añade este autor que "en los delitos de resultado de lesión, el autor doloso '*parte para sí*' de que su conducta contiene un determinado riesgo *de lesión* —objetivamente ya no tolerado—. Por contra, quien actúa dolosamente en el sentido de los delitos de peligro (concreto) sólo '*parte para sí*', tal como se ha expuesto, de un riesgo —objetivamente tampoco tolerado— de creación de una situación que significa '*peligro*' (...) el autor considera que su conducta posee una dimensión de riesgo en el sentido de la posible causación de una '*situación de peligro*', pero no juzga que sea una conducta lesiva, es decir, una conducta que, según su punto de vista, contenga un riesgo de lesión".

acaece. Lo problemático que resulta este punto de vista se analiza a partir del siguiente caso:

Un conductor decide saltarse un semáforo en rojo ante un paso de peatones. Si juzga que su conducta es apta para poner en peligro concreto la vida de los peatones, pero inadecuada para causar muertes, porque se representa que dichos peatones se apartarán a tiempo al verle venir, concurre un mero dolo de peligro concreto. Si, por contra, el conductor considera posible que alguien pueda no verle y, por tanto, es consciente de estar creando un riesgo apto para causar una muerte concurrirá una tentativa de homicidio si finalmente tiene suerte y no arrolla a nadie.

Decantar la balanza hacia un lado u otro se presenta como una tarea casi imposible acudiendo al mero criterio de que el dolo se determina en función de lo que pasó por la cabeza del autor: hacerlo supondría exigir que el autor hubiera llevado a cabo minuciosos cálculos sobre el potencial lesivo de su conducta. Y dicha dificultad está motivada ante todo por el hecho de que, en casos como éste, es harto dudoso que el autor haya tenido tiempo para reflexionar de un modo tan pormenorizado sobre la aptitud lesiva de su conducta. En este ámbito exigir el elemento de la confianza por separado tampoco soluciona el problema: de hecho, decir que el autor se representó que los peatones se apartarían es lo mismo que decir que confió en no causar ninguna muerte, pues como ya se expuso, la confianza relevante siempre lo es en la medida en que puede reconducirse a la representación⁴³. Otra opción sería entender que quien atribuye a su conducta la aptitud de crear un peligro concreto, por fuerza atribuye

⁴³RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 103, entiende que el elemento de la confianza permite trazar una distinción clara entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión; así, existe dolo de peligro cuando el sujeto conoce la peligrosidad concreta que conlleva su conducta pero confía en que el resultado no va a producirse. Si concurre un caso en que no se da dicha confianza, se entra en el terreno propio del dolo de lesión. El principal problema es que esta autora no puede llevar hasta las últimas consecuencias su concepto de dolo y renuncia a la confianza de no poner en peligro como elemento excluyente del dolo de peligro, conformándose en estos casos con el conocimiento del peligro (cfr. *ibidem*, pp. 165-166 y 183). Sin embargo, ¿por qué tiene que ser estructuralmente distinto el dolo en los delitos de peligro concreto y en los de lesión si, al fin y al cabo, ambos son tipos de resultado? (como se sostiene *ibidem*, p. 183).

también a dicha conducta la capacidad de producir el resultado lesivo⁴⁴. Sin embargo, esta última hipótesis deja sin un sentido propio a la totalidad de delitos de peligro concreto recogidos en el Código y los convierte en tentativas de lesión, creando además complejos problemas concursales⁴⁵.

También en este punto el concepto de dolo expuesto parece llegar a una auténtica situación de colapso. ¿Cómo se puede llegar a establecer en la práctica la diferencia entre los casos en que el sujeto se representó estar sólo realizando una conducta apta para poner en peligro, de los casos en que se representó estar creando una conducta apta para producir una determinada lesión?

V.4. Conclusión provisional

De acuerdo con los argumentos expuestos en los apartados anteriores, se ha llegado a la conclusión de que *concorre una realización dolosa cuando el sujeto actúa pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal*. No obstante, si bien esta definición resulta respetuosa con el texto de la ley, explica de forma convincente la diferencia de pena que se da entre dolo e imprudencia y se refiere de una manera adecuada a todas las circunstancias que pueden integrar un tipo penal, no se pueden pasar por alto los puntos problemáticos advertidos: dos de ellos surgen en un plano básicamente teórico (el privilegio a la irracionalidad y al optimismo más desafortunado) y los otros dos abren serios interrogantes respecto de la posibilidad de una aplicación diáfana de tal concepto (determinación de

⁴⁴Ésta es la opción, entre otros, de SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 227 o ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n° marg. 81. Crítico WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 671, quien recuerda que si el legislador ha previsto delitos de peligro junto a los de lesión, variando también el grado de reproche asociado a cada uno de ellos, debe ser porque los valora de manera distinta y no sólo por el desvalor de resultado, sino también por el grado de peligro inherente a la acción.

⁴⁵Cfr., en este punto, SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 215-216. La solución propuesta por este autor *ibidem*, p. 221 ss.

la realización del juicio de aptitud lesiva y diferencia entre dolo de puesta en peligro y dolo de lesión).

Las anteriores debilidades pueden llevar a pensar en la conveniencia de un abandono de la definición planteada y en un regreso, por ejemplo, a los postulados de teorías volitivas como las del consentimiento. Sin embargo, los problemas que plantean estas últimas teorías se antojan aun más graves, tanto desde el plano teórico como práctico, que los del concepto que aquí se ha obtenido. Por ello se intuye que la solución correcta debe encontrarse aportando un nuevo punto de vista del concepto de dolo que consiga dar una solución convincente a los puntos problemáticos puestos de relieve.

La doctrina ha discutido largo tiempo sobre la importancia que presentan para el dolo fenómenos como la representación o la confianza y tal discusión ha resultado en muchos aspectos estéril. Un único punto de la definición parece no haber sido hasta ahora seriamente cuestionado: la idea básica según la cual el dolo depende en exclusiva de la subjetividad del autor o, más en concreto, de determinados fenómenos psicológicos que concurren en "la cabeza" de dicho autor en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivamente típico. En este sentido, se tiene la intuición de que esta idea básica posiblemente ignore los mecanismos sociales en función de los cuales se admite o se rechaza la existencia de determinados conocimientos o desconocimientos y a tal ignorancia puedan tal vez atribuirse los problemas que se plantean al concepto de dolo expuesto. En consecuencia, hasta que no se confirme o rechace tal intuición y mientras permanezcan por resolver los puntos problemáticos puestos de relieve, la definición de dolo expuesta al inicio de este subapartado debe tener un *carácter incompleto y, por tanto, provisional*. A la superación de tal provisionalidad se dedican las siguientes páginas de este trabajo, tras analizar, a modo de excursión, algunas repercusiones del concepto de dolo expuesto en la tradicional "clasificación tripartita" de las formas de dolo.

EXCURSO

Sobre la tripartición del dolo

Las conclusiones obtenidas en los Capítulos anteriores tienen que conducir, por fuerza, a un replanteamiento general de algunos aspectos del concepto de dolo que hasta el momento presente gozan de amplia aceptación entre las doctrinas mayoritarias. En este sentido, muy pocos son los autores que parecen haber llevado hasta sus últimas consecuencias las conclusiones obtenidas en el terreno del dolo eventual y, mientras la batalla doctrinal ha sido y es aún especialmente cruenta en este último ámbito, prácticamente nadie entra a cuestionar la existencia o razón de ser de las otras dos formas de dolo, esto es, del dolo directo de primer grado y de segundo grado¹.

Seguramente el anterior fenómeno pueda atribuirse al hecho de que, de modo casi unánime, nadie duda de que los casos de intención o certeza se deban hacer acreedores de la pena de los delitos dolosos. Sin embargo, que no se cuestione que los supuestos que tienen cabida en las anteriores formas de dolo merezcan la pena del dolo, no impide que pueda ponerse en tela de juicio la necesidad de mantener tales distinciones. La duda que propicia esta reflexión surge del hecho de que el Código no distingue en-

¹En este sentido una de las aportaciones más interesantes es la de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 496 ss, quien afirma que los resultados a que se llega en el ámbito del dolo eventual "obligan a un replanteamiento de la teoría global del dolo, en especial de las llamadas modalidades del dolo". En este punto está de acuerdo con KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66, quien afirma que "los criterios a partir de los cuales se debe trazar la frontera entre dolo e imprudencia no deben caracterizar únicamente al dolo eventual, sino que deben armonizar también con el dolo directo".

tre formas de dolo y de que tampoco parece asignar consecuencias jurídicas distintas en función de que concurra una u otra modalidad dolosa: ¿qué sentido tiene, pues, seguir diferenciando tales modalidades? Además, si es cierto, como afirma *Bacigalupo*, que "las especies de dolo se han explicado por lo general desde la perspectiva de la llamada teoría de la voluntad", ¿qué debe quedar de estas modalidades cuando se renuncia al elemento volitivo del dolo en el ámbito del dolo eventual? ².

Pese a que el Código no la mencione expresamente, la mayor parte de la doctrina mantiene y justifica la figura del *dolo directo de primer grado* por tres motivos básicos: en primer lugar, porque determinados tipos de la Parte especial del Código exigen en su literalidad que el autor actúe *intencionadamente*. En este sentido, entiende buena parte de la doctrina que cuando tales tipos se realicen sin intención (dolo directo de segundo grado o eventual) la conducta no podrá considerarse subjetivamente típica³. En segundo lugar, otro motivo alegado para mantener esta figura surge de la idea según la cual, en los casos en que el Código no parece exigir una forma específica de dolo, la realización intencionada de un tipo delictivo deberá ser tenida en cuenta por el juez, en sentido agravatorio, en la fase final de determinación de la pena, pues el hecho realizado intencionadamente debe valorarse como más grave que el cometido con una simple representación⁴. Finalmente, se considera que la existencia de intención por parte del sujeto permite calificar de dolosos supuestos en que las posibilidades de realización típica representadas son tan escasas que,

²BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos*, p. 85.

³Por todos, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 80. En España, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 134 y GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 429. ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 69, llega a afirmar que el dolo directo de primer grado no desempeña prácticamente ningún papel en la discusión sobre la Parte general y su papel se limita a una cuestión de interpretación de los tipos de la Parte especial.

⁴Así, por ejemplo, JESCHECK, *Wolf-FS*, p. 482, sostiene que "el contenido de injusto de dolo eventual es menor al de las otras modalidades de dolo, porque en él la lesión del bien jurídico ni se ambiciona ni se prevé como segura".

de no ser por tal intención, el hecho sólo podría ser considerado imprudente⁵.

Por lo que al primer argumento atañe, es efectivamente cierto que el Código Penal de 1995 contempla en su Parte especial algunos artículos en cuyo tenor literal se exige que el sujeto realice el tipo "intencionadamente"⁶. Lo que conviene analizar es si, con la inclusión de la citada expresión, el legislador ha querido realmente dejar fuera del tipo toda realización con dolo de consecuencias necesarias o eventual⁷. En este sentido puede afirmarse que una interpretación restrictiva del término "intencionadamente" lleva en no pocos casos a soluciones indeseables, como se observa, por ejemplo, con respecto a la falta de daños del artículo 625 CP. Una interpretación estricta del tenor literal de este precepto, según la cual el tipo sólo podría realizarse con dolo directo de primer grado, obliga a dejar impunes, por ejemplo, los daños causados en un sofá por quien lo agujerea a balazos cuando su intención es matar a quien estaba sentado en él. Y ello, simplemente, porque dichos agujeros fueron sólo una posible consecuencia de los disparos no abarcada por las intenciones del autor, y no fueron realizados, por tanto, "intencionadamente".

⁵Cfr. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 19 y ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 8. El caso que se suele mencionar en este ámbito de la discusión es el del "tirador inexperto" (cfr. *supra* II.2.B).

⁶Dicha exigencia se aprecia en los artículos 270 (delitos contra la propiedad intelectual), 275 (utilización ilegítima de denominaciones de origen), 277 (divulgación ilegítima de patentes secretas), 408 (dejación, por parte de un funcionario, de la persecución de determinados delitos) y 625 (falta de daños). En el Código Penal de 1973 tal exigencia se contenía, entre otros, en artículos como el 534 ("el que infringiere *intencionadamente* los derechos de propiedad industrial ..."), o el 418 ("el que *de propósito* mutilare o inutilizare a otro un órgano o miembro principal ...") que, según algunos autores, tipificaban conductas sólo punibles si se realizaban con dolo directo de primer grado.

⁷Según la doctrina tradicional española, cuando antiguas versiones del Código no mencionaban la palabra "dolo" y los autores afirmaban que las formas de culpabilidad eran la intención maliciosa y la culpa, se entendía que dentro de la primera expresión cabía también el dolo directo de segundo grado. Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, anotación a MEZGER, *Tratado* tomo II, p. 160, (nota).

Con independencia de lo anterior, la principal duda sobre esta cuestión surge del hecho de que el legislador no parece haber seguido criterios coherentes para la inclusión de la pretendida exigencia de intencionalidad en ciertos preceptos. Así, por ejemplo, no se encuentra justificación alguna para el hecho de que las defraudaciones de las denominaciones de origen o de la propiedad intelectual sólo sean punibles cuando se realicen "intencionadamente" (arts. 275 y 270 CP, resp.) y, por contra, las defraudaciones de marcas o patentes, se castiguen cuando concorra cualquier otra modalidad de dolo. Lo mismo sucede con la falta de daños, cuya comisión debe ser intencionada, mientras que la falta consistente en deslucir bienes inmuebles (art. 626 CP), puede realizarse con cualquier otra modalidad de dolo.

Todo ello debe llevar a sostener que el mantenimiento del adverbio "intencionadamente" en ciertos preceptos del Código no es más que un vestigio del antiguo modelo de imputación subjetiva. De acuerdo con éste, era en principio punible tanto la realización dolosa como la imprudente de cualquier tipo, lo que implicaba que, cuando se quería dejar fuera del ámbito de lo punible una realización imprudente, tal voluntad se tuviera que hacer patente recurriendo a expresiones como "intencionadamente" o "de propósito". Estas matizaciones carecen de sentido en un sistema de *numerus clausus* para la incriminación de la imprudencia. Por tanto, la única solución plausible pasa por interpretar que, cuando aparece en el Código la expresión "intencionadamente", con ella no se quiere decir nada distinto a "dolosamente", con lo que su uso es, en definitiva, superfluo⁸. Por estos motivos, la línea argumentativa que se basa en pretendidas exigencias de la Parte especial para mantener la necesidad de la figura del dolo directo de primer grado no parece tener unas bases demasiado sólidas.

⁸Cabe añadir que también en Alemania algunos autores consideran que no necesariamente siempre que el Código en su Parte especial exige "intención", sólo deba tener cabida en el tipo el dolo directo de primer grado. Incluso en algunos supuestos se postula que pueda tener entrada el dolo eventual. Cfr. ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16. n° marg. 68 y RUDOLPHI, *SK*, § 15, n° marg. 36. Según entiende ROXIN, como mucho puede llegar a caber el dolo directo de segundo grado, no el eventual, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 5.

Un segundo argumento que se propugna a favor de la necesidad de dotar de autonomía conceptual a la figura del dolo directo de primer grado se basa en la idea de que la intención es un factor a tener en cuenta por el juez, en sentido agravatorio, en el momento de concreción final de la pena⁹. Sin embargo, no se comprende por qué una actuación intencionada debe merecer *siempre* más pena que las que no lo son¹⁰. Al fin y al cabo, la realización intencionada de un delito es únicamente un medio del sujeto para conseguir otros fines ulteriores y, en este sentido, pueden darse perfectamente casos en que la finalidad intermedia del sujeto comporte un efecto agravatorio (por ejemplo, realización intencionada de un hurto) pero finalidades ulteriores descarguen de contenido disvalioso a dicha actuación (así, realizar intencionadamente un hurto para comprar comida a personas necesitadas con el dinero obtenido). Por contra, en casos de mero dolo eventual, la motivación ulterior del sujeto puede ser de lo más abyecta¹¹. El argumento de la determinación de la pena, por tanto, parece

⁹Implicítamente LUZÓN PEÑA, *Curso*, pp. 427-428, cuando afirma que el dolo eventual comporta un menor desvalor del hecho y que éste debe ser tenido en cuenta en el momento de determinación judicial de la pena. SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 154, admite esta idea, pero vinculando la intención del sujeto a una mayor reprochabilidad, no a un mayor contenido de injusto. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 498-501, argumenta que las dos modalidades de dolo directo no son formas del dolo de "mejor condición", sino supuestos en que la decisión contra el bien jurídico es "especialmente evidente". De ello extrae este autor repercusiones para la prevención, pues el dolo directo de primer grado comporta un mayor estremecimiento de la confianza general en la validez del ordenamiento e indica una mayor peligrosidad del autor.

¹⁰MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 185, afirma que "la finalidad de la conducta afecta al sentido social de ésta y, con ello, a su gravedad. Una finalidad *positiva* tiende a disminuir la reprobación social de una conducta voluntaria en sí misma nociva, en tanto que una finalidad *negativa* tiende a agravarla". Lo que sucede es que tales valoraciones sociales no siempre se vinculan a la finalidad inmediata, sino que pueden tener en cuenta finalidades ulteriores del sujeto.

¹¹No dejan lugar a dudas las afirmaciones de MEYER-GÖBNER, *NStZ*, 1986, p. 49. Cfr., igualmente, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 316: "dentro del dolo no existe ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal corresponda una culpabilidad más grave *ceteris paribus* que al ocasionar una consecuencia secundaria, pues el autor puede tener un motivo jurídicamente menos negativo para realizar

tener suficientes motivos en contra para ver gravemente debilitada su validez¹². En cualquier caso, el Tribunal Supremo español parece haberlo rechazado expresamente, al afirmar, en referencia al dolo directo y eventual, que “ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales”¹³.

Finalmente, la existencia de intención por parte del sujeto se suele emplear como un argumento para afirmar la existencia de dolo en casos en que la probabilidad objetiva de realización típica es escasa¹⁴. Esta idea,

una consecuencia principal que para llevar a cabo una acción a pesar de su consecuencia secundaria”.

¹²Tal vez este argumento puede tener un mayor peso en Alemania, pues el § 46 II StGB obliga a que, en el momento de determinar la pena, el juez tenga en cuenta, entre otros factores, los móviles y objetivos del autor y la actitud y voluntad que se exprese en el hecho, aunque tampoco existen criterios uniformes para casos en que, por ejemplo, se da una clara voluntad de realización delictiva, pero, a la vez, la ulterior motivación del autor puede considerarse elogiada. Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Oehler-FS*, 1985, p. 152. El BGH (JZ, 1981, pp. 595 ss) ha manifestado que “la intención de causar el resultado no supone por sí sola una especial fuerza de la voluntad delictiva” a efectos del § 46 II StGB. Esta cláusula se suele emplear en supuestos de “intensa planificación, obstinación en la persecución del objetivo delictivo o superación de numerosos obstáculos”, pero no de simple intención; cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 889.

¹³STS 20 de septiembre de 1993 (A 6798, ponente De Vega Ruiz). En idéntico sentido la STS de 24 de abril de 1995, (A 3534, ponente De Vega Ruiz). En la misma línea, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, p. 315: “el dolo directo no es la forma más grave de dolo para la determinación de la pena, sino la más precisa. Ello no quiere decir que la diferencia pueda ser significativa para la determinación de la pena”. En la doctrina MUÑOZ CONDE/DÍAZ PITA, voz “Dolo”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. II, p. 2583, afirman que “las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se pretendía”.

¹⁴Entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 413. Este autor afirma que “la doctrina dominante considera con razón que si el propósito que persigue el autor es realizar un determinado tipo, no obsta a la apreciación del dolo directo de primer grado el que no sea seguro, sino solamente posible y por tanto incierto, que se vaya a producir el resultado o el hecho típico”. OEHLER, “Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes”, *NJW*, 1966, p. 1635, considera que, dada la intención, es indiferente el nivel de representación que pueda tener el autor. Cfr., igualmente, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 199.

históricamente diseñada para combatir a la teoría cognitiva de la probabilidad, se suele expresar en el famoso "caso del tirador inexperto": un sujeto dispara con intención de matar sabiendo que es prácticamente imposible que dé en el blanco y, sin embargo, acierta¹⁵. La exigencia de representación de la probabilidad en este supuesto lleva a condenar únicamente por homicidio imprudente, lo que se antoja inadmisibles. Por ello, algunos partidarios de la teoría de la probabilidad se mostraron sensibles a tal crítica y aceptaron que en caso de intención bastaba con la representación de la posibilidad¹⁶. Sin embargo, cuando se ha optado por bajar el listón del grado de probabilidad representada necesario para que concurre dolo, la crítica ya no surte efecto: el tirador inexperto no deja de atribuir a su conducta la capacidad de causar una muerte, por lo que su actuación es dolosa, sin que importe a efectos de dolo que, además, haya actuado con intención¹⁷.

También es discutible la usual afirmación de que la intención del autor implica *per se* un mayor riesgo para la víctima: tal intención, en cuanto que realidad de naturaleza meramente psíquica no puede aportar por sí sola un mayor nivel objetivo de peligro¹⁸. A lo más que puede llevar la intención es a que el sujeto que actúa queriendo realizar un determinado tipo añada objetivamente factores que hagan aumentar el grado de riesgo creado. Quien ambiciona matar suele ser más peligroso que quien sólo quiere jugar con una pistola cerca de otras personas, porque el primero apunta hacia la víctima y ello comporta, en el plano de lo objetivo, el establecimiento de un nivel superior de riesgo. Sin embargo, constatado este mayor riesgo objetivo, para el dolo es suficiente con que el sujeto lo co-

¹⁵Cfr. *supra* II.2.B.

¹⁶Cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 69-73.

¹⁷Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 323: "quien no atribuye a un disparo desde gran distancia ninguna posibilidad de resultado relevante para la decisión, no se puede motivar a disparar a causa del resultado".

¹⁸Baste aquí con traer a colación el famoso caso del sobrino que, esperando heredar, sufraga a su anciano tío constantes viajes en avión con la esperanza de que, en uno de ellos, se produzca un accidente. Los deseos del sobrino no hacen aumentar el riesgo propio de la navegación aérea.

nozca. Si el sujeto A crea un riesgo de nivel 10 de modo consciente y el sujeto B crea otro riesgo de nivel 10 también de modo consciente, ¿qué importa a efectos de existencia y entidad del riesgo que uno de estos peligros haya sido creado de forma intencionada? Lo decisivo para el dolo es, exclusivamente, que existen riesgos objetivamente relevantes y que los sujetos han sido conscientes de ellos¹⁹. La explicación sobre la causa y el objetivo de la creación de dichos riesgos carece de trascendencia: en ambos casos concurre dolo.

Debilidades teóricas parecidas se aprecian también en los fundamentos más usuales de la segunda modalidad de dolo, el llamado *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias*. Desde un punto de vista *ex ante*, un juicio mínimamente racional nunca permite afirmar con certeza que a consecuencia de una actuación se vaya a producir un determinado resultado, pues siempre cabe un espacio para el azar. Como sostiene Zielinski, “sólo ceguera ante la realidad o una desmedida sobrevaloración posibilitan semejante ‘prever como seguro’”, pues “lo habitual es actuar en la inseguridad a consecuencia de una información incompleta y de un dominio inseguro de la causalidad”²⁰. Por ello, algunos autores amplían esta modalidad de dolo a aquellos supuestos en que el sujeto actúa previendo

¹⁹SILVA SÁNCHEZ, “Recensión”, *ADPCP*, 1987, p. 545: “la persecución del resultado (*Absicht*, intención), que también suele caracterizarse como ‘voluntad’, es un elemento subjetivo del injusto característico de una clase de dolo, pero, por un lado, no sustituye a la necesidad de conocimiento y, por el otro, su verdadera relevancia sólo vendrá dada por un incremento del riesgo objetivo para el bien jurídico: no por un ‘especial desvalor subjetivo’”. Muy interesante sobre esta cuestión SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 151-153.

²⁰ZIELINSKI, *AK-SiGB*, §§ 15-16, n° marg. 70. En idéntico sentido SCHLEHOFER, *NJW*, 1989, p. 2020. Añade PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 150, que “el autor nunca tiene la certeza teórica sobre las consecuencias de su acción y rara vez la práctica. Tampoco en el caso estándar de dolo directo de segundo grado (“caso Thomas”) (...) existe semejante conocimiento. El autor sólo sabía que existía una alta probabilidad de que los miembros de la tripulación se ahogaran”. De hecho, ya ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, pp. 225-226, menciona este caso (un sujeto coloca una bomba en un barco lleno de tripulantes para que explote en alta mar) como ejemplo de dolo eventual.

una gran probabilidad de acaecimiento del resultado²¹. Sin embargo, en la medida en que se da entrada en la categoría del dolo directo de segundo grado a supuestos en que el sujeto no se representa algo con certeza, sino que deja un margen de probabilidad para un eventual no acaecimiento, los límites con el dolo eventual se difuminan, decae la dualidad “certeza” vs. “probabilidad o posibilidad”, que justifica la existencia de dos figuras separadas y la distinción entre dolo directo de segundo grado y dolo eventual pierde buena parte de su razón de ser. Unas fronteras tan desdibujadas no permiten apreciar de modo diáfano el salto cualitativo que, desde el punto de vista estructural, debería existir entre el dolo eventual y el dolo directo de segundo grado desde el momento en que se postulan como dos figuras distintas²².

²¹Ya en su momento afirmó VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 538, que “en la vida cotidiana se identifica una probabilidad muy alta con la necesidad o, para intentar expresarlo de modo más exacto, con la certeza”; WELZEL, *Derecho penal*, p. 99, entiende que para esta modalidad de dolo basta con la representación de que la realización del tipo es prácticamente segura. Cfr. también JAKOBS, *Derecho penal*, p. 324, JESCHECK, *Wolffs*, p. 481, ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 20, y KÖHLER, *Strafrecht*, p. 163. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 85-87, entiende que no existen diferencias valorativas entre la certeza absoluta y la previsión de una alta probabilidad. SCHROEDER, *LK*, § 16, n° marg. 83, sostiene el curioso argumento que en la práctica los casos de conocimiento de la alta probabilidad se ven como de certeza en la valoración judicial de la prueba. En contra de estas ideas, VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 90, para quien las consecuencias representadas como “altamente probables” no pueden considerarse “co-queridas”, como sí sucede, por contra, en los casos de certeza.

²²La argumentación por la que se llega a esta idea concuerda con la expuesta por GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, pp. 256-257. No muy lejos parece estar ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 111. Muy interesantes también los argumentos de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 147-148. A la delimitación entre dolo directo de segundo grado y dolo eventual no se le ha prestado demasiada atención en la discusión doctrinal, porque afecta a supuestos en que la representación lo es de un riesgo tan elevado, que nadie cuestiona que deban ubicarse en el dolo, aunque no se acabe de precisar si en tanto que dolo directo o en tanto que dolo eventual. Sin embargo, las enormes dificultades para fijar la frontera entre ambas figuras se advierten en la discusión que se sostuvo entre los reformadores penales alemanes de finales de los cincuenta cuando se planteó la posibilidad de atenuar la pena de los delitos cometidos con dolo eventual; cfr. *Niederschriften*, vol. XII, p. 115 ss.

El Código Penal parece exigir en determinados tipos de la Parte especial que el sujeto tenga un conocimiento cierto sobre algunos elementos objetivos del tipo²³. Así, por ejemplo, el art. 217 CP castiga al “que contra- jere segundo o ulterior matrimonio *a sabiendas* de que subsiste legalmente el anterior”, o los arts. 273, 274 y 275 CP exigen para determinados delitos contra la propiedad industrial que el sujeto actúe, en referencia a los derechos que vulnera a través de su actuación, “*con conocimiento* de su registro” o “de su protección”. Puede plantearse si el tenor literal de estos tipos impide castigar aquellos casos en que el sujeto no haya tenido un conocimiento a ciencia cierta de la existencia del elemento típico que se trate²⁴. En determinados casos se ve que ello es insostenible: llevaría a absolver a quien no conoce lo que indica el registro sobre una determinada marca porque nunca fue a consultarlo, aunque estimó probable que estuviera registrada. Respecto a la bigamia procedería igualmente castigar a quien no supiera a ciencia cierta, pero se representara como perfectamente posible la vigencia del anterior vínculo matrimonial. Así pues, ni siquiera pretendidos requisitos de tipicidad permiten mantener a la figura con vida propia²⁵.

²³Cfr. entre otros, los arts. 182, 205, 208, 217, 219, 273-275, 280, 298, 311.2º, 320, 322, 329, 362, 371, 446, 451, 456 CP.

²⁴Cfr. sobre esta cuestión SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 311-313. En Alemania, VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 280, entendía que cuando el Código exige que la conducta haya sido realizada “conscientemente” (*wissentlich*) emplea este término como sinónimo de “dolosamente”, lo que da cabida en estos tipos al dolo eventual. Actualmente, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 336-337, parece inclinarse por la exigencia de conocimiento cierto en algunos tipos. De un modo más rotundo a favor de dicha exigencia, SAMSON, *JA*, 1989, p. 452. En tono crítico PUPPE, *NK*, § 15, nº marg. 152-153.

²⁵Basta con imaginar el caso en que un acusado de bigamia afirmara haberse representado como “bastante probable” que aún subsistiera el vínculo anterior: ¿se le debería absolver acaso? Respecto a los delitos de receptación y blanqueo de dinero, cfr. PÉREZ MANZANO, “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 236. Esta autora entiende que la expresión *a sabiendas* no es argumento suficiente para exigir una determinada modalidad de dolo. Sobre la trascendencia de la expresión “a sabiendas” en general, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 134.

Lo que en última instancia se pretende con todas estas argumentaciones es poner en tela de juicio la necesidad de la clasificación tripartita del dolo. Dicha clasificación puede conservar parte de su razón de ser en las teorías de la voluntad, donde el dolo directo de primer grado se define como la modalidad más perfecta de dolo y se debe justificar por qué, en supuestos en que la presencia del elemento volitivo es harto dudosa, también se puede seguir hablando de dolo²⁶. Sin embargo, cuando en relación con el dolo eventual se concluye que el elemento volitivo no tiene que desempeñar papel alguno y, a la vez, que para dicha modalidad de dolo basta con que el sujeto atribuya a su conducta la capacidad de realizar el tipo penal, la clasificación tripartita pierde todo su sentido²⁷.

Así, el dolo directo de primer grado es dolo porque también en él es necesario que el sujeto se represente la capacidad lesiva de su conducta. La intención no aporta absolutamente nada: si desaparece la intención pero la representación subsiste, el dolo se mantiene; por contra, si falta la representación, el dolo decae, por mucha intención que haya puesto el au-

²⁶Cfr. las afirmaciones de SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 150. También muchos partidarios de la teoría de la probabilidad se ven obligados a mantener la clasificación tripartita, pues entienden que en casos de intención no hace falta que el sujeto se represente el resultado querido como probable, sino simplemente como posible. De lo contrario no pueden salvar críticas como la que se les dirige con el "caso del tirador inexperto" (cfr. *supra* II.2.B).

²⁷Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 496-497, afirma que el dolo eventual representa la forma básica de dolo, pues con sus elementos está comprendido "lo que constituye por antonomasia el actuar dolosamente. De acuerdo con esta última idea entiende KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), que "la tripartición en intención, dolo directo y dolo eventual no desempeña papel alguno en el concepto de dolo y que una sistematización como ésta tampoco es obligatoria. La definición mayoritaria del dolo presenta el defecto de que parte de la intención como el dolo por excelencia y por ello no consigue abarcar de modo adecuado las formas del dolo no voluntativas. Por ello es metodológicamente acertado contemplar el dolo eventual como la modalidad básica de dolo". Estas ideas pueden retrotraerse a SAUER, *Derecho penal*, p. 268, un partidario de la teoría de la probabilidad que afirmaba que "*el dolo de probabilidad es el tipo fundamental de dolo*" (cursiva en el original).

tor de su parte²⁸. En este último caso se suele hablar de meros deseos irrelevantes para fundamentar el dolo²⁹. Algo parecido sucede con los supuestos de dolo directo de segundo grado, que también lo son de dolo porque contienen —aunque amplificado hasta la certeza— el núcleo del dolo, esto es, el conocimiento de la aptitud de una conducta para relizar un determinado tipo penal. Pasar de este conocimiento a la certeza, en la mayoría de las ocasiones, sólo se deberá a ciertas ansias emocionales de quien realiza el juicio.

En última instancia, debe negarse el sentido de la clasificación tripartita porque del hecho de que concurra una u otra modalidad de dolo no se deriva efecto alguno, ni desde el prisma de la tipicidad ni de la pena. Así, tal opción clasificatoria acaba por convertirse en un bello ejercicio de elaboración de conceptos a partir de la observación de determinadas realidades pretendidamente psíquicas, pero nada más. Si lo que hace que un hecho sea doloso es el actuar pese a conocer el riesgo, ni la intención ni la certeza aportan nada al dolo en tanto que dolo y su adición sólo consiguen complicar innecesariamente una cuestión conceptual ya de por sí intrincada³⁰. Pocos autores parecen haber caído en la cuenta de que, cuando se postula una determinada concepción del dolo eventual, ésta repercute

²⁸Así, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575, afirma, en referencia al autor doloso, que “el que haya llegado a querer la realización del tipo, no aporta nada más a su condición de autor doloso”, de la misma manera que el poder volar no aporta nada a la gaviota con respecto a su condición de ave, porque el pingüino es tan ave como ella y no puede volar (cfr. *supra* III.6).

²⁹SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 83, entiende que el conocimiento del sujeto es lo que permite hablar de voluntad y no de meros deseos, lo cual no deja de poner de manifiesto que precisamente lo que acaba definiendo el dolo es el conocer y no el querer.

³⁰Partiendo de esta visión, consigue soslayarse la crítica de WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 672, según la cual tanto las teorías cognitivas como las diversas variantes de las volitivas adolecen de un idéntico defecto común: “todas defienden conceptos de dolo que bajo una cobertura conceptual común albergan relaciones psíquicas completamente distintas entre el autor y las consecuencias de su acción”. Si se renuncia a la clasificación tripartita se consigue un concepto único y unitario de dolo.

por fuerza en la idea global del dolo³¹. Así, cuando se afirma que el dolo no es “conocer y querer”, debe añadirse además, siguiendo a Puppe, que “la tripartición conceptual del dolo debería ser abandonada”³².

³¹A la idea a la que sí han llegado una serie de autores es la de que el dolo eventual es la modalidad básica de dolo y los dos supuestos de dolo directo son casos de dolo cualificado. Cfr. FRISCH, *supra* nota 27 y CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 965. A esta visión, totalmente acertada, le falta dar el último paso, esto es, advertir que de dicha cualificación no se deriva consecuencia jurídica alguna y, por lo tanto, resulta superflua.

³²PUPPE, *NJK*, § 15, n° marg. 154 (cursiva en el original) y LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 74.

SEGUNDA PARTE

Sobre la "determinación del dolo"

VI. INTRODUCCIÓN

VI.1. Planteamiento del problema y principales propuestas para su resolución

En la Primera Parte de este trabajo se ha llegado a la conclusión de que el dolo exige que un sujeto cuente con determinados conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica: la consciencia de que tal conducta concreta resulta apta para realizar un determinado tipo penal. Sin embargo, para una correcta y completa resolución de un hipotético caso no basta con una definición de dolo como la anterior, sino que debe poder determinarse si su protagonista ha actuado o no con los conocimientos requeridos por el concepto de dolo¹. Para poder llevar a cabo tal determinación es imprescindible, obviamente, responder a la pregunta de cómo puede establecerse qué es exactamente lo que un sujeto conoció o se representó en el momento de realización de un hecho objetivamente típico².

¹Es decir, deben determinarse los concretos conocimientos con que un sujeto ha llevado a cabo la conducta objetivamente típica que se somete a juicio. Esta tarea puede designarse con el apelativo de "determinación en el caso concreto de los conocimientos requeridos por el dolo". Dada la longitud de esta expresión, en diversos pasajes de este trabajo será sustituida por la de "determinación del dolo".

²BURKHARDT, "Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik", en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 325 (nota 7), afirma que con los argumentos que se suelen ofrecer sobre el dolo no se consigue dar respuesta al problema práctico de cómo se debe averiguar lo que "ha pasado por la cabeza" de un sujeto.

Es indiscutible que toda condena por delito doloso exige acreditar que el acusado realizó el hecho delictivo con determinados conocimientos. Estas afirmaciones sobre el conocimiento de los acusados se realizan en la práctica con una extraordinaria frecuencia, aunque los jueces o tribunales no suelen explicitar cuál es su auténtica naturaleza. La respuesta, en cualquier caso, no resulta unívoca: las dos posibles soluciones son apuntadas por *Díez Ripollés* en referencia a todos los elementos del delito que presentan una naturaleza subjetiva y consisten, básicamente, en "si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista, de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo"³. Como indica este mismo autor, las dos perspectivas citadas no sólo se refieren al momento de la formulación teórica de los elementos subjetivos, sino también al instante de su aplicación práctica⁴.

La primera gran respuesta a la cuestión sobre cómo debe acreditarse en un caso concreto el conocimiento en que se fundamenta el dolo pasa por afirmar la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: *el conocimiento se configura como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamen-*

³DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990, p. 21. Aunque este autor entiende que los diversos planteamientos desarrollados hasta el momento por la doctrina sobre esta cuestión pueden agruparse en cuatro grandes líneas teóricas (perspectivas psicológico-individual, normativa, psicológico-colectiva e interaccionista), afirma también (*ibidem*, p. 301) que la problemática "puede reconducirse a una dicotomía fundamental, aquella que transita entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos y el que pretende convertir la formulación y constatación de tales elementos en un proceder fundamentalmente normativo. En el primer polo de la alternativa se encontraría la perspectiva psicológico-individual, aunque con ocasionales aportaciones de ciertos enfoques interaccionistas, y en el segundo, todas las demás corrientes metodológicas estudiadas". Hace también suya esta distinción DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 37, quien habla de una concepción naturalista y una concepción normativa sobre los elementos subjetivos del delito.

⁴Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 25-26.

te constatada en el proceso penal⁵. Se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente Herzberg, "se encuentra en la cabeza del autor" o, como puntualiza Schewe, se basa en "vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho", unos fenómenos a los que se puede y se debe acceder en el momento posterior del proceso⁶. En lo sucesivo va a encuadrarse a todos los autores que defienden posturas de este tipo bajo la denominación global de *concepción psicológica*.

Lo que deben demostrar los autores que se inscriben en esta perspectiva es a través de qué concretos medios es posible acceder a la realidad del conocimiento ajeno en el momento del proceso penal. Como suele afirmar el Tribunal Supremo, aquello que se conoce o se quiere es siempre algo perteneciente "a lo más íntimo de la psique del individuo", por lo que son obvias las dificultades que plantea el penetrar en "ese arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos, quererres e impulsos motivadores"⁷. Los problemas que plantea esta postura son, ante todo, problemas de aplicabilidad: se debe mostrar de modo convincente cuáles son los medios que hacen posible la averiguación de la realidad psíquica pretérita y ajena que sirve de sustrato material para la apreciación del dolo en un determinado caso⁸.

⁵Cfr., en esta línea, por ejemplo, AMBROSIUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Neuwied, Berlín, 1966, p. 19: "dolo es ante todo la denominación de un hecho totalmente específico, de un 'hecho puramente psíquico'".

⁶Cfr., resp., HERZBERG, "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — ein Problem des objektiven Tatbestandes", *JuS*, 1986, p. 258 y SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 103.

⁷Las citas provienen, resp., de la STS de 20 de septiembre de 1989 (A 6672, ponente Moner Muñoz) y de la STS de 29 de enero de 1992 (A 581, ponente De Vega Ruiz).

⁸Como afirma FREUND, "Comentario a la sentencia del BGH de 20-11-1986", *JR*, 1988, p. 117, una vez determinado en qué sustrato psíquico se basa el dolo surgen dos problemas: por un lado, qué proceso es normativa y empíricamente adecuado para su prueba y, por otro, a qué conclusiones tiene que llegarse tras la práctica de la prueba para poder condenar.

Las dificultades prácticas que plantea la postura anterior llevan a que una serie de autores niegue la posibilidad de entender que la afirmación del dolo dependa de la averiguación de una determinada realidad psicológica. Desde su punto de vista, cuando los tribunales o jueces afirman que "alguien conoció algo" no hacen otra cosa que atribuir dicho conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de la subjetividad de dicho individuo en el momento de realización del hecho típico. Para estos autores, las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno se realizan, en realidad, a partir de vías distintas a la constatación de unos fenómenos psicológicos que, por lo demás, resultan inaccesibles. Éstos son los planteamientos que en este trabajo se agruparán bajo la denominación genérica de *concepción normativa*, pues quienes la integran no caracterizan a los juicios que aquí interesan como juicios descriptivos, sino como juicios de atribución de un determinado contenido de subjetividad al acusado que prescinden de una plena constatación empírica. Los puntos difíciles de una perspectiva como ésta radican, en primer lugar, en dotar de legitimación a unos criterios de imputación subjetiva que, de modo paradójico, renuncian explícitamente a la *auténtica* subjetividad del autor y, en segundo lugar, en aportar una caracterización plausible de aquellos criterios mediante los cuales debe llevarse a cabo el juicio de atribución del conocimiento en que se asienta el dolo.

La confrontación entre la concepción psicológica y la normativa es evidente reflejo de las tensiones existentes entre dos principios rectores básicos que vinculan de forma ineludible a la labor de la dogmática jurídico-penal: *las exigencias de legitimidad y aplicabilidad que debe cumplir todo propuesta teórica sobre el Derecho penal* y, por extensión, todo concepto o definición que se derive de cualquiera de estas propuestas. Antes de entrar en un análisis más detallado de las dos grandes perspectivas enunciadas conviene exponer, aunque sea sucintamente, el porqué de tales exigencias y cómo se concretan éstas en el ámbito del concepto jurídico-penal de dolo y de su determinación práctica.

VI.2. Legitimidad y aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales

Como se ha avanzado en el subapartado anterior, *toda propuesta, concepto o definición teórica elaborados por la dogmática penal debe ser legítima y aplicable*. La exigencia de legitimidad se basa en la idea de que el Derecho penal no puede perseguir determinados efectos a toda costa, sino que, en el ejercicio de su función, debe atenerse a una serie de principios limitadores. En este sentido, una concepción del Derecho penal o un concreto desarrollo de ésta que transgreda tales principios debe ser considerada ilegítima y, por tanto, rechazada. Las exigencias de legitimidad vienen establecidas, básicamente, por lo que de forma tradicional se denominan *límites del ius puniendi*, de tal modo que el respeto a estos límites debe exigirse a todos los conceptos que en su tarea interpretativa elabore la dogmática. Los conceptos delineados de tal manera que con ellos se transgreda alguno de estos límites deben ser considerados ilegítimos.

Centrando la cuestión en el debate sobre el dolo y recurriendo a un ejemplo concreto, puede afirmarse que a la teoría del consentimiento en la versión que emplea *la primera fórmula de Frank* se le dirigen, ante todo, críticas relativas a su legitimidad⁹. Si, como se suele afirmar, dicha teoría lleva a dilucidar la cuestión del dolo en función de la personalidad del autor, con su empleo se transgrede el principio jurídico-penal de responsabilidad por el hecho, "que se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser"¹⁰. Así, un concepto de dolo como éste debe rechazarse por cuestiones de legitimidad¹¹. Otro ejemplo de críticas referidas a

⁹Cfr. las críticas dirigidas a la *fórmula de Frank* en *supra* II.2.A y II.3.

¹⁰MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 97. Cfr. también FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, 2ª ed., Madrid, 1997 p. 223: "un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, sólo por *aquello que ha hecho*, y no, como en el juicio moral, también por *aquello que es*" (cursiva en el original).

¹¹Lo mismo afirma FRISCH, "Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung — am Beispiel der AIDS-Diskussion", *K. Meyer-GS*, Berlín, 1990, p. 552 (nota 86), sobre todas las teorías que hacen depender el dolo de una cuestión emocional. Críticas parecidas a la teoría de la indiferencia sostenida por *Engisch* (cfr. *supra* II.2.C) en MIR PUIG, "Conocimiento y voluntad en el dolo", en JIMÉNEZ VI-

la legitimidad de determinados conceptos de dolo puede observarse en algunas de objeciones que se han dirigido contra las "teorías objetivizantes" del dolo, como las defendidas por Herzberg o Puppe¹². Cuando Prittwitz, por ejemplo, afirma en referencia a la teoría de esta última autora, que "la abierta atribución de responsabilidad subjetiva en función del grado objetivo de peligro es profundamente injusta y contradice el principio de reprochabilidad individual", está, de modo evidente, poniendo en tela de juicio la legitimidad de tal concepto¹³.

La segunda de las exigencias que debe cumplir todo concepto jurídico-penal, la aplicabilidad, se basa en la siguiente idea: si con el Derecho penal se pretende generar algún tipo de efecto en la sociedad, los elementos que configuran las normas penales, así como los conceptos que la dogmática crea en su labor de interpretación deben poder aplicarse en el ámbito del proceso penal¹⁴. En este sentido, de nada sirve delinear conceptos que nunca pueden llegar a ser aplicados, por mucho que éstos resulten totalmente idóneos desde el punto de vista de su elaboración teórica y de su respeto a los principios limitadores de la intervención punitiva del

LLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 22.

¹²Cfr. *supra* IV.2.C y .D.

¹³PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Francfort d.M., 1993, p. 357. Otras críticas a la legitimidad del concepto de Puppe, en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994, pp. 93-94. Críticas a Herzberg en BRAMMSEN, "Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes — Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?", *JZ*, 1989, pp. 79-80 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 100-101.

¹⁴Cfr. las afirmaciones de MIR PUIG, "Por una dogmática penal creadora", en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 24: "una Dogmática que pretenda ser realista ha de empezar por admitir que únicamente será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la Ley. El Derecho implica la pretensión de realización práctica, por lo que la ciencia del Derecho no puede concebirse como una ciencia puramente teórica, sino que la naturaleza de su objeto le impone un carácter fundamentalmente práctico". En la doctrina alemana tienen un especial interés las consideraciones de PETERS, "Strafprozeßlehre im System der Strafprozeßrechts", en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit. Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1988, p. 114.

Estado¹⁵. Como afirma *Puppe*, “un concepto jurídico no tiene una clara razón de ser si no se explicita método alguno para probar su concurrencia ante un tribunal”, pues, como añade *Frisch*, “la tarea de una ciencia práctica como la ciencia del Derecho es crear conceptos adecuados *para la aplicación del Derecho*”¹⁶. En la doctrina española afirma rotundamente *Baldó*

¹⁵Sobre la necesidad de que la ciencia del Derecho penal no pierda de vista la praxis, cfr. NAUCKE, “Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis”, *ZStW*, 85 (1973), pp. 399-400. Cfr., igualmente, SCHLEHOFER, “Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten”, *NJW*, 1989, p. 2019: “el Derecho penal no está pensado para las elaboraciones artísticas de la criminalidad de manual, en las que se puede atribuir discrecionalmente al autor cualquier actitud volitiva, sino que su eficacia debe *acreditarse en la realidad*, algo que no puede conseguir un elemento cuya concurrencia sea inaccesible a la prueba” (cursiva en el original). También interesantes las consideraciones de ENDRUWEIT/KERNER, en HASSEMER/LÜDERSSEN (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, vol. III, Munich, 1978, p. 95 ss, quienes entienden que la calidad de una teoría jurídico penal se analiza en dos momentos: un primero en que se utilizan criterios inmanentes al Derecho penal y un segundo en que “deben probarse sus consecuencias a nivel procesal”. Muy interesantes también las consideraciones de FREUND, “Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem”, en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 44-46 (esp. nota 5) y FRISCH, “Straftat und Straftatsystem”, en *ibidem*, p. 207. La importancia de la aplicabilidad afecta también a los procesos de creación legislativa: según FLORIÁN, *De las pruebas penales*, 3ª ed. italiana trad. J. Guerrero, Santa Fe de Bogotá, 1995, tomo I, p. 64, “hondas preocupaciones acerca de la prueba atormentan a menudo al legislador cuando dicta las normas sobre el contenido de los delitos”.

¹⁶PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 60 y FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 547 (cursiva en el original). La primera autora añade que tampoco sería correcta la vía contraria, esto es, dar sentido a un concepto que no lo tuviera aportando reglas de prueba. HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten”, *JZ*, 1988, p. 637, afirma por su parte que “sólo en la praxis se demuestra si un concepto teórico es apropiado y si garantiza soluciones convincentes y predecibles”. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 37, considera que el presupuesto de la pena debe ser un hecho que, entre otras características, “resulte susceptible de prueba”. Añade este autor (*ibidem*, p. 223) que para que “el juicio tenga carácter cognitivo y jurisdiccional no basta con que los delitos estén previstos por las leyes con arreglo al mero principio de legalidad, sino que también es preciso, como ya se ha mostrado, que consistan en hechos empíricos taxativamente señalados según el principio de estricta legalidad, de manera que resulten verificables (y refutables) las tesis judiciales que afirman o niegan su existencia”.

Lavilla que “no se puede sostener en la *praxis* un constructo teórico cuya implementación en el *proceso penal* sea imposible”¹⁷.

Las críticas sobre la aplicabilidad de un determinado concepto o definición teórica pueden clasificarse en tres grandes grupos. En primer lugar, se cuestiona la aplicabilidad de un concepto cuando se afirma que, de acuerdo con los términos en que dicho concepto está definido, es imposible saber qué sustrato fáctico debe determinarse en el proceso para decidir si procede o no su aplicación. Esta crítica se dirige, por ejemplo, a la teoría de la probabilidad. En la medida en que ésta no aporta un límite claro sobre qué porcentaje de posibilidades tiene que haberse representado un sujeto para afirmar que éste ha actuado dolosamente, nunca es posible saber con exactitud si concurren las condiciones de aplicabilidad del concepto que dicha teoría defiende¹⁸. Como es evidente, en casos como éste los problemas de aplicabilidad son provocados por una indefinición teórica inicial del concepto que se pretende utilizar.

Una segunda dirección en que pueden dirigirse las críticas basadas en la aplicabilidad se aprecia en aquellos casos en que se considera que el

¹⁷BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112 (cursiva en el original). En *ibidem*, p. 113 (nota 239), afirma este autor que las “pretensiones más espiritualizadoras de la imputación subjetiva chocan siempre, por lo menos, contra las características del proceso penal”. La mutua interacción entre conceptos jurídico-penales y necesidades de prueba es puesta de manifiesto por MAIER, “Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal”, *DP*, 1978, pp. 304-305. Con respecto a la específica cuestión del dolo, TAMARIT SUMALLA, “La tentativa con dolo eventual”, *ADPCP*, 1992, p. 540, se hace eco de cómo “las alambicadas construcciones teóricas realizadas por diversos sectores doctrinales” acerca del dolo eventual son “a menudo acusadas de favorecer un drástico distanciamiento entre teoría y *praxis*”. Pese a ello, PETERS, “Gespräch und Briefwechsel. Zur Methode der Tatsachenerkenntnis in der Strafprozeßlehre”, *Klug-FS*, Colonia, 1983, vol. II, p. 548, sostiene que la figura del dolo eventual sirve para superar en buen número de casos los problemas de prueba del dolo.

¹⁸Afirma MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 25, que “es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20% o el 30%, pongo por caso— como frontera de dolo y culpa consciente”.

sustrato fáctico del que depende la aplicación de un determinado concepto nunca o raramente puede llegar a ser determinado en la práctica, pues en el ámbito del proceso no se cuenta con medios que hagan posible tal determinación¹⁹. Esta línea siguen, por ejemplo, las críticas que dirigen ciertos autores contra aquellas teorías del dolo que vinculan la aplicación de esta figura al hecho de que un sujeto haya "tomado en serio" el riesgo representado o no haya "eliminado mentalmente" tal representación²⁰. Otras objeciones similares son las dirigidas a la teoría del consentimiento en la versión que se basa en la *primera fórmula de Frank*: no existe forma posible de llegar a averiguar qué es lo que habría hecho el autor en caso de representarse el resultado como seguro²¹. Semejantes críticas por sí

¹⁹Como es evidente, cuando se trata la cuestión relativa a las condiciones de aplicabilidad de los conceptos penales en el proceso, dichas condiciones deben contextualizarse adecuadamente en un momento histórico. Ello no sólo requiere enunciar los mecanismos que en el ámbito del proceso penal deben facilitar la aplicabilidad de un concepto (esto es, básicamente los medios de prueba), sino la capacidad que en dicho momento se atribuye por la sociedad a cada mecanismo para aportar un determinado grado de certeza sobre la real existencia de un hecho. Expresado con un ejemplo tal vez burdo, aunque ilustrativo: la acreditación sobre si un sujeto participó en un determinado hecho delictivo no se llevaría a cabo hoy en día de idéntica manera a como se hace si los jueces pudieran contar con una máquina del tiempo que les permitiera retroceder hasta el instante y lugar de la comisión de los hechos y ver con sus propios ojos qué conducta llevaba a cabo el sujeto en cuestión.

²⁰Cfr. las críticas dirigidas por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 131, a la teoría del consentimiento por "pretender inferir la existencia del dolo eventual de una determinada actitud psicológica del autor de la conducta sometida a examen, y sólo de esa actitud sin elementos objetivos u objetivables en que poder apoyar una conclusión sobre el particular". Desde el punto de vista de LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, Madrid, 1996, p. 424, los anteriores problemas probatorios también afectan al elemento de la representación.

²¹Cfr., al respecto, PUPPE, NK, § 15, nº marg. 42. Cfr. también las críticas formuladas a la teoría del consentimiento por LIEPMANN, *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem "Strafgesetzentwurf"*, Hamburgo, 1921, p. 76 ss: "¿cómo debe un tercero o el juez obtener una conclusión segura sobre un estado psíquico que en absoluto ha existido en el autor?".

solas no cuestionan la legitimidad de estas teorías, sino que ponen en tela de juicio que éstas puedan ser llevadas a la práctica²².

Por último, la tercera y, a la vez, la más rotunda de las críticas basadas en la aplicabilidad de un concepto se da en los casos en que, desde el plano teórico, se considera que la aplicación de dicho concepto se hace depender de la concurrencia de un sustrato fáctico cuya existencia real se juzga imposible²³.

La entidad de los problemas de aplicabilidad que plantean determinados conceptos penales no debe ser pasada por alto. Sin embargo, no siempre resulta fácil detectar la efectiva concurrencia de estos problemas, pues su existencia suele salvarse en la práctica aplicando un concepto distinto del previamente enunciado. Esta forma de proceder obedece, en la mayoría de casos, a la necesidad de evitar supuestos de impunidad que se antojan inadmisibles. Sin embargo, lo que deviene entonces cuestionable es la legitimidad del razonamiento de unas instancias de aplicación del Derecho que manipulan en la práctica los conceptos que *a priori* afirman necesarios para sostener una condena²⁴. Esta situación se da, por ejemplo, cuando se defiende para el dolo eventual la necesidad de que el

²²Cfr., al respecto, PUPPE, "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", *ZStW*, 103 (1991), p. 11. Cfr., igualmente, las consideraciones de BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milán, 1960, p. 23.

²³Así, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2^a ed. alemana, trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 325, cuestiona que "florituras retóricas" como el "aprobar" o el "asumir con indiferencia" "sean posibles en la práctica". Cfr. también KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 49.

²⁴Algo que VOLK, "Kausalität im Strafrecht", *NStZ*, 1996, pp. 108-109, ha puesto de manifiesto con especial capacidad de convicción en todo lo que respecta a la denominada "prueba de la causalidad". Especialmente interesante en este ámbito, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 109: los problemas prácticos de prueba suelen repercutir en la interpretación que de la ley hace el juez, mientras que las dificultades interpretativas a menudo se resuelven orientando en determinados sentido la valoración del material probatorio.

sujeto se haya conformado con la realización del tipo. Dado que la determinación procesal de tal concepto plantea evidentes problemas, la jurisprudencia acaba afirmando su concurrencia cuando dicho sujeto ha actuado pese a conocer el riesgo de realización del tipo²⁵. Esta forma de proceder lleva a que, después de todo, se acabe por aplicar un concepto distinto al enunciado²⁶.

Las más diversas formulaciones teóricas sobre los distintos elementos de la infracción penal reciben constantemente críticas por una u otra cuestión: aplicabilidad o legitimidad. Ello se debe a que estos últimos no son conceptos cerrados y a que, desde luego, cada autor sostiene una visión distinta sobre lo que es legítimo o lo que resulta aplicable. La problemática, por supuesto, va más allá del ámbito específico del dolo, bastando en este sentido con recordar las críticas recibidas por el concepto de culpabilidad basado en la idea del "poder actuar de otra manera", mayoritariamente rechazada de acuerdo con el argumento de que la concurrencia de tal posibilidad es indemostrable, tanto en general, como para casos concretos²⁷. Parece, pues, indudable que la creación de conceptos en

²⁵PUPPE, NK, § 15, n° marg. 138, afirma que "aquellas fórmulas cuyo sentido no está claro, es decir, que no aportan criterios claros para diferenciar entre dolo e imprudencia sólo pueden ser aplicadas de forma manipulada" (cursiva en el original).

²⁶Cfr., al respecto, PUPPE, ZStW, 103 (1991), pp. 6-9 y p. 11, quien afirma que conceptos como el "tomar en serio", "conformarse" etc. muestran una clara propensión a ser manipulados en su aplicación. En LA MISMA, NK, § 15, n° marg. 32, se sostiene que, aunque tales conceptos se enuncian como dependientes de una realidad psíquica del autor, en la práctica se normativizan. Cfr. también KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 23. En este sentido, sostiene HERZBERG, JZ, 1988, p. 639, que aunque los tribunales exigen para el dolo que el sujeto haya tomado en serio el riesgo representado, en realidad resuelven los casos juzgando si dicho sujeto ha conocido un riesgo que debía ser tomado en serio.

²⁷Cfr. en este sentido ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 41, donde se rechaza una idea de culpabilidad basada en la posibilidad del sujeto de actuar de otro modo, por ser ésta "algo empíricamente difícil de constatar". Una visión panorámica sobre esta discusión en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 409. Cfr., igualmente, U. STEIN, "'Gewißheit' und 'Wahrscheinlichkeit' im Strafverfahren", en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts*, Neuwied, Krefeld, Berlín, 1995, p. 249, quien afirma que si la culpabilidad se fundamenta en el "poder actuar de

el ámbito de la dogmática jurídico-penal no debe transgredir los límites del *ius puniendi*, lo que otorga legitimidad a tales conceptos, y, a la vez, éstos deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso, para impedir que el Derecho penal se convierta en un instrumento totalmente inapropiado para generar determinados efectos en la sociedad²⁸.

La exigencia irrenunciable de aplicabilidad debe servir para rechazar aquellas declaraciones según las cuales "la creación de conceptos no tiene nada que ver con las dificultades de prueba", como sostuvo en su día *Schmidhäuser*²⁹. O la afirmación de *Morselli* de que la aplicación de un concepto "es un problema sólo práctico, que nada quita ni agrega a la va-

otra manera" una condena nunca sería legítima, pues éste no se puede probar ni en general ni en el caso concreto. Finalmente, cfr. también MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 81 ss.

²⁸En este sentido, WALTER, "Die Subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht", *KrimJour*, 1981, p. 207, plantea dos requisitos para los elementos subjetivos en el Derecho penal: "(1) deben permitir captar y desarrollar la situación psíquica interna del actor (por consiguiente, no pueden quedarse sólo en mecanismos de ayuda para atribuciones ficticias). (2) Deben ser funcionales y practicables en el ámbito del establecimiento de objetivos preventivos". La primera exigencia afecta, ante todo, al ámbito de la legitimidad; la segunda, al de la aplicabilidad.

²⁹SCHMIDHÄUSER, "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ('dolus eventualis' und bewußte Fahrlässigkeit)", *JuS*, 1980, p. 243. Este autor justifica tal afirmación argumentando que los problemas procesales exigen saber previamente en qué consiste el concepto que se quiere aplicar y, refiriéndose al tipo subjetivo, entiendo que en todo caso existen posibilidades de acceder a los pensamientos de un acusado a través de confesiones, testigos o indicios. Pero ello no debe excluir la exigencia de que al crearse el concepto se tenga presente a través de qué mecanismos (si es que existen) va a ser posible aplicarlo. En una línea parecida a la de *Schmidhäuser* se encuentran las afirmaciones de KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 150, cuando este autor afirma que "el concepto de dolo debe diferenciarse de las dificultades y los criterios de su determinación en el caso concreto". Una crítica a *Schmidhäuser*, en PRITTWITZ, "Die Ansteckungsgefahr bei AIDS" (2ª parte), *JA*, 1988, p. 496, quien sostiene que "una ciencia del Derecho penal que formula requisitos de imputación subjetiva cada vez más sutiles sin reflexionar sobre su traslación al ámbito de la prueba, pierde legitimación o, por lo menos, poder de convicción".

lidez teórica”³⁰. El Derecho penal sólo puede ser un instrumento efectivo si cuando se define su contenido se piensa en cómo éste va a poder ser llevado a la práctica del proceso penal: de lo contrario todo queda en una elaboración de conceptos tal vez bella, pero estéril, y no se puede seguir afirmando que la dogmática sea una ciencia práctica³¹. Además, puesto que siempre subsisten determinadas necesidades preventivas, si no se establecen *controles teóricos* para el momento de aplicación de los conceptos, se abre la puerta a la arbitrariedad en la aplicación del Derecho³².

En cualquier caso, la legitimidad y la aplicabilidad deben ser vistas como presupuestos mínimos de toda elaboración dogmática y no como principios rectores de dicha elaboración. Esta idea queda clara cuando, con respecto a la legitimidad, se habla de “límites” del *ius puniendi*, pero debe recalcar especialmente en relación a la exigencia de que los conceptos jurídico-penales resulten aplicables. Así, un concepto jurídico-penal no debe considerarse *mejor* que otro por ser *más fácilmente aplicable*.

³⁰MORSELLI, “El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica”, *ADPCP*, 1991, p. 900. La afirmación reproducida *supra* se formula en respuesta a las críticas recibidas por la concepción del dolo defendida por este autor, basada en la actitud interna del sujeto. En España GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, art. 138, n° marg. 58, afirma que “los problemas de prueba no pueden ni deben afectar en lo más mínimo a los contenidos de Derecho material”. En la doctrina italiana PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Milán, 1993, p. 274 (nota 18), se muestra disconforme con las críticas que se basan en la puesta en práctica de determinados conceptos dogmáticos, afirmando que “la ciencia del Derecho penal se ocupa de determinar el contenido de los ilícitos penales y de las respectivas sanciones, pero no de la técnica a través de la cual se averigua el sustrato fáctico del primer”.

³¹En contra de esta idea MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 900: “ciencia y praxis se mueven sobre planos distintos, que no siempre coinciden; en efecto, la praxis debe recurrir a compromisos y a aproximaciones que para la ciencia son, y deben ser, justamente ajenos”.

³²Como sucede, según LIEPMANN, *Die Reform*, pp. 78-79, con un concepto de dolo basado en la *primera fórmula de Frank*: el hecho de que los presupuestos aplicativos de este concepto no puedan ser determinados en la práctica no lleva a su inaplicación, sino a determinar sus exigencias a partir de la personalidad del autor, de tal modo que, subrepticamente, se emplea un concepto ilegítimo.

Es evidente que en la elección de conceptos deben primar otros criterios, como una mayor sintonía con las finalidades del legislador, con el sentido de la ley positiva, o una mayor contribución al logro de los objetivos del Derecho penal. La exigencia de aplicabilidad sólo traza el límite mínimo de dicha elección: un concepto que no resulte aplicable no es válido dentro de una disciplina eminentemente práctica como la dogmática penal y por ello debe rechazarse³³. Estas consideraciones no deben perderse de vista en el desarrollo de los siguientes Capítulos.

VI.3. Trascendencia del problema

El tema que va a tratarse en la Segunda Parte de este trabajo tal vez sea uno de los que mayor importancia presenta en la práctica, aunque, paradójicamente, es también uno de los que menor atención ha merecido por parte de la doctrina³⁴. La cuestión ha sido a menudo bautizada con el

³³En este sentido, son especialmente interesantes las preguntas que formula LIEPMANN, *Die Reform*, p. 68, para considerar correcta la elaboración legal de un concepto de dolo: "1º ¿Son iguales los tipos psicológicos del dolo directo común y del eventual?; 2º ¿Son valorativamente iguales los casos de dolo directo y dolo eventual en su cualificación de culpabilidad, de modo que, con otras palabras, el contenido de culpabilidad del dolo eventual sea esencialmente más intenso que el de la culpa consciente?; 3º ¿Es posible llevar a cabo con seguridad en la praxis la delimitación de los casos de dolo eventual?" (cursiva añadida). En la tercera pregunta se observa de modo evidente la exigencia de un control de aplicabilidad. GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed, Madrid, 1990, p. 252, afirma que "en principio los problemas de prueba no pueden ser decisivos para refutar una teoría de Derecho material". La vigencia de esta regla general debería, no obstante, decaer en aquellas situaciones en que no sólo se dieran "problemas" de prueba, sino que la entidad de tales problemas conllevara la auténtica inaplicabilidad del concepto.

³⁴En este sentido, basta con observar los manuales de Derecho penal, tanto españoles como alemanes, para comprobar el escaso espacio (por no decir nulo) que dedican al problema de la "determinación del dolo". El panorama tampoco es mucho más halagüeño en lo que respecta a trabajos monográficos acerca de la cuestión. En España, el estudio más completo es, sin duda, *Los elementos subjetivos del delito*, de DÍEZ RIPOLLÉS, aunque la cuestión de dolo sólo es una más de entre las diversas que se abordan en esta obra. Tampoco en la dogmática alemana el número de trabajos es mucho más elevado y, lo que sorprende en mayor medida, es la escasa atención que el problema ha merecido, con honrosas excepciones (como *Frisch* o *Hruschka*), a los "pesos pesados"

apelativo escasamente sugerente del "problema de la prueba del dolo" y, como consecuencia casi inmediata de tal denominación, se ha remitido —tácitamente, en la gran mayoría de las ocasiones— al ámbito teórico del Derecho procesal³⁵. Sin embargo, lo más preocupante de la cuestión es que tampoco desde este "mundo aparte" que casi siempre parece ser el Derecho procesal se han aportado respuestas y el problema simplemente se ha ignorado³⁶. Como afirma Loos, "la determinación de los elementos subjetivos del delito debe contemplarse como la gran cruz del proceso penal, un problema que tiene un carácter apremiante para la labor diaria de los prácticos, pero que apenas se ha puesto al día desde un punto de vista teórico"³⁷.

de la ciencia penal de todos los tiempos. Por todo ello, no parece exagerado afirmar que éste sigue siendo un terreno, si no inexplorado, sí en el que queda aún mucho por discutir.

³⁵FRISCH, K. *Meyer-GS*, pp. 550-551, aporta una explicación a este fenómeno: "se suele discutir mucho menos intensamente sobre la problemática de la determinación del dolo que sobre la cuestión jurídico-material de cuál es el concepto adecuado, a causa, posiblemente, de la creencia errónea de que se trata sólo de cuestiones fácticas o del caso concreto sobre las que poca cosa se puede decir de modo general". Las afirmaciones de VEST, "Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes", *ZStW*, 103 (1991), p. 584, confirman tal perspectiva: "para una dogmática concebida de un modo tradicional, los problemas de prueba son tarea del juez encargado de dilucidar los hechos y, por tal motivo, tarea, en todo caso, de la teoría del proceso o de la criminalística". Cfr., igualmente, GERCHOW en el prólogo de SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 7, quien ya constataba esta situación en los años sesenta y hacía extensiva la actitud de desinterés a la psicología y a la psiquiatría.

³⁶Cfr. FRISCH, K. *Meyer-GS*, p. 565, quien califica de "desolada" la situación de la teoría procesal de la prueba en general. Sobre los motivos y los problemas que plantea la separación entre Derecho penal y Derecho procesal penal en el ámbito académico y científico, cfr. MAIER, *DP*, 1978, p. 301 ss. VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986, p. 3, afirma, por su parte, que la total separación entre Derecho material y Derecho de la prueba pasa por alto la realidad misma.

³⁷LOOS, "Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis", en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 262; Cfr., igualmente, EL MISMO, "Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993 (*JR* 1994, p. 510 ss)", *JR*, 1994, p. 513. En una línea similar, KRAUß, "Das psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht", *Brunns-FS*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1978,

Semejante olvido debe por fuerza reputarse "lamentable", afirma Frisch, pues con él se pasan por alto las repercusiones que las cuestiones procesales ejercen sobre el Derecho material y porque "de poco sirve todo el trabajo de filigrana en el ámbito de la caracterización jurídico-material del dolo si, en el ámbito procesal, éste carece de una réplica que haga posible el traslado de los discernimientos previos, es decir, si se mantiene en la oscuridad la cuestión sobre (el método para) la determinación de los requisitos exigidos"³⁸. No entrar en un análisis del problema, prosigue este autor, lleva a que "la determinación de los requisitos correspondientes surja de una vivencia sentimental en un inmenso espacio sin reglas, en que, ante hechos y planteamientos absolutamente idénticos, un aplicador jurídico puede llegar a un resultado y otro aplicador, a otro bien distinto"³⁹. Las funestas consecuencias de esta situación son evidentes: pese a que se afirma que la elaboración dogmática permite dar un tratamiento uniforme a todos los supuestos que se puedan presentar en un determinado ámbito de la práctica, no se aportan sin embargo criterios que hagan

p. 11, quien añade que "la discusión ha versado hasta ahora, de modo casi exclusivo, sobre el significado dogmático y funcional de los elementos subjetivos en el sistema del delito, pero en la mayoría de los casos no se ha discutido qué es lo que se sigue de la posición sistemática y de la 'importancia' dogmática para la subjetividad de un elemento. Es evidente que no está claro a qué psique del autor se refiere el Derecho penal, aunque prácticamente no se discuta al respecto". Pese a todo ello, ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 420, afirma incluso que "el límite entre el dolo eventual y la culpa con representación es un terreno resbaladizo, aunque más en el campo procesal que en el penal" y HILLENKAMP, "Dolus eventualis und Vermeidewille", *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1989, pp. 360-361, añade que las dificultades con que se encuentra la doctrina en el ámbito del dolo eventual obedecen, con toda probabilidad, a la concurrencia tanto de problemas conceptuales como también de prueba.

³⁸FRISCH, K. Meyer-GS, p. 552, en una afirmación que recuerda a la pregunta que se formulara ROXIN en su *Política criminal*, pp. 18-19, cuestionando "si no estará caracterizado el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática, que opera con las más sutiles finezas conceptuales, por una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico".

³⁹FRISCH, K. Meyer-GS, pp. 552-553.

posible una resolución *completa y racional* de todos los supuestos⁴⁰. Cuando se trata de la aplicabilidad de los conceptos previamente definidos, en la gran mayoría de ocasiones, sólo se encuentra por respuesta un enorme vacío teórico y muchos de los razonamientos con los que se resuelven los casos en la práctica permanecen en la oscuridad⁴¹.

Como ya se ha apuntado con anterioridad, son notables los problemas que se derivan de una creación de conceptos materiales de dudosa aplicabilidad. Dado que las necesidades de condena en no pocos casos persisten, no es improbable que en tales supuestos el concepto (inaplicable) acabe por ser igualmente empleado, pero sin que se respeten de modo coherente los requisitos que de su enunciación teórica parecen derivarse⁴². Ello implica que en algún momento concreto de entre los que van de la definición del concepto a su concreta aplicación, dicho concepto sufre algún tipo de *manipulación* que permite hacerlo aplicable. Tal fenómeno no habla precisamente a favor, ya no sólo de la seguridad jurídica, sino de la racionalidad misma del momento de aplicación del Derecho.

En esta misma línea, parece indiscutible que es imposible juzgar el verdadero alcance de los conceptos de Derecho material si no se presta también atención a la forma en que éstos son llevados a la práctica⁴³. De

⁴⁰Una defensa de la dogmática jurídico-penal como ciencia aplicada cuyo centro de interés básico es la resolución de casos prácticos en MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 26.

⁴¹Cfr. NAUCKE, *ZStW*, 85 (1973), pp. 430-431 (nota 66). Este autor expresa con claridad que, en la práctica, la decisión sobre si en un concreto caso concurre o no dolo "no es posible con la ayuda que ofrece la Ciencia [penal]" y los casos se acaban resolviendo con el recurso al sentido común, deviniendo éste "la argumentación en sentido propio", cuyos resultados sólo se controlan *a posteriori* por medio de la pregunta sobre si jurídicamente dichos resultados pueden ser abarcados por el estado de la teoría del dolo eventual.

⁴²BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 23, afirma que la construcción de conceptos de dolo basados en realidades psicológicas cuya averiguación es especialmente compleja acaban llevando al uso de presunciones.

⁴³En Italia BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 2, pone de manifiesto "la estrecha vinculación entre problemas de Derecho material y problemas procesales en materia de dolo,

nada sirve, por ejemplo, propugnar un concepto restrictivo de dolo si, cuando éste se traslada al proceso, el juez se muestra especialmente predispuesto a afirmar la mayoría de las veces que en el caso concreto el sujeto conoció (y, eventualmente, también quiso) los elementos que conforman el tipo objetivo y actuó, por tanto, dolosamente⁴⁴. Conceptos de dolo muy restrictivos en la teoría pueden ampliarse en la práctica hasta el infinito con una aplicación tendente a favorecer la afirmación procesal de que los elementos que configuran dicho concepto han concurrido en el caso concreto.

Este último fenómeno se aprecia con especial intensidad en la aplicación que a lo largo de las últimas décadas se ha hecho de una teoría del dolo tan restrictiva en su formulación teórica como la del consentimiento⁴⁵. Según esta teoría, para afirmar el dolo eventual es necesario que el sujeto conozca la posibilidad de realización de la conducta típica y, además, apruebe interiormente dicha realización. Pues bien, este concepto tan restrictivo de dolo —sobre todo en comparación con otros que han ido ganando importancia en tiempos más recientes— ha sido ampliado hasta su más absoluta deformación por la práctica judicial, llegando a caricaturizar completamente el pretendido elemento volitivo y a presumirlo

la íntima conexión entre el objeto del dolo y su determinación". La misma idea es recalcada por EUSEBI, "In tema di accertamento del dolo: confusione fra dolo e colpa" (comentario a la sentencia de la Corte d'Appello de Milán de 22 de abril de 1986), *RIDPP*, 1987, p. 1067.

⁴⁴Un fenómeno de este tipo lo constata PÉREZ MANZANO, "El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero", en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 233-234, en lo que respecta al dolo de los tipos de receptación y blanqueo de dinero. En este último trabajo se pone de relieve cómo, pese a exigir la jurisprudencia que el autor de estos delitos tenga un *conocimiento cierto* de que los bienes que adquiere proceden de la previa comisión de un hecho delictivo, "luego rebaja las exigencias en materia de prueba" de dicho conocimiento, añadiendo que "resulta contraproducente exigir certidumbre absoluta para luego rebajar las exigencias de prueba del mismo y acabar admitiendo que se deduce a partir de datos como el precio bajo del objeto".

⁴⁵Sobre esta teoría, cfr. *supra* II.2.A.

a partir del cognitivo: la prueba más evidente de ello es que se llegara a crear ese engendro conceptual bautizado como "aprobar en sentido jurídico"⁴⁶. Que dicha deformación pueda obedecer a cuestiones de justicia material —pues, como ya se vio en su momento, una aplicación estricta de la teoría del consentimiento lleva a conclusiones a menudo inaceptables— no puede justificar desde la perspectiva teórica semejantes manipulaciones. Ya no la seguridad jurídica, sino la más mínima exigencia de racionalidad en el discurso jurídico, exigen que en el proceso de aplicación del Derecho las cosas se llamen por su nombre y que se expliciten el auténtico fundamento de las decisiones que se puedan adoptar.

Por contra, un concepto de dolo teóricamente amplio como el que propugnan, por ejemplo, las teorías cognitivas, no tiene por qué llevar en la práctica a un incremento exorbitado de condenas por delito doloso. Esto sucede si, en el momento en que se aplica sobre el *factum* el concepto previamente elaborado, el juez se muestra más bien remiso a constatar que el sujeto realmente ha conocido la peligrosidad que su conducta entrañaba para el bien jurídico o la posibilidad de acaecimiento del resultado lesivo. Esto puede apreciarse en la teoría del dolo propugnada por *Schmidhäuser*, muy amplia en sus contornos conceptuales, pero, a la vez, bien dispuesta a afirmar en no pocos casos la concurrencia de una "eliminación mental" de la representación del peligro por parte del sujeto que excluye el grado de conocimiento necesario para el dolo⁴⁷. En cualquier caso, la práctica inexistencia de criterios a partir de los que juzgar las condiciones de aplicabilidad de los conceptos debe llevar, cuando menos, a relativizar las críticas que unas teorías dirigen a otras acusándose mutuamente de ampliar o restringir de forma desmesurada el ámbito de lo doloso. Hasta que las teorías del dolo muestren los criterios que las deben hacer aplicables, la procedencia de tales críticas debe dejarse en suspenso.

⁴⁶Cfr., al respecto, PUPPE, NK, § 15, n° marg. 33-35 y *supra* III.1.

⁴⁷Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-245, en referencia al caso de la "conducción vertiginosa". Sobre la teoría del dolo defendida por este autor, cfr. *supra* III.2.

VII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: "determinación del dolo" como averiguación de un fenómeno psicológico

VII.1. Planteamiento

De acuerdo con lo apuntado en el Capítulo anterior, la *concepción psicológica del dolo* entiende que la afirmación según la cual una persona ha actuado dolosamente depende de que pueda acreditarse de modo fehaciente que ésta ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos (y, según los autores, intenciones). Esta perspectiva parte de dos grandes ideas: en primer lugar, concibe tales conocimientos como un concreto proceso efectivamente acontecido en la mente de un sujeto, es decir, como un *fenómeno de naturaleza psicológica*¹. En segundo lugar, entiende que la existencia de tal fenómeno es algo que puede averiguarse *a posteriori*, esto es, en el momento del proceso penal. De los resultados de tal averiguación se hace depender el que alguien

¹Como afirma LICCI, "Dolo eventual", *RIDPP*, 1990, pp. 1512-1513 (nota 61), "el esquema normativo ha sido construido por el legislador tomando como base referentes de naturaleza psicológica y, por tanto, la interpretación del dato legislativo no puede no tomar en cuenta la realidad de referencia". En términos similares se expresa también EUSEBI, *RIDPP*, 1987: "con el dolo el ordenamiento penal hace referencia a un efectivo estado psicológico constituido por la representación y la volición del hecho por parte del sujeto (...) el dolo se configura como dato empírico (o de orden psíquico) y *no* como juicio normativo" (cursiva en el original).

pueda ser legítimamente condenado por una realización delictiva dolosa². En consecuencia, cuando no consiga constatarse la concurrencia de los procesos psíquicos en que se basa el dolo, sólo se podrá castigar al sujeto, si la ley lo permite, por delito imprudente.

De acuerdo con estas ideas, el conocimiento en que se fundamenta el dolo se concibe como una *realidad pretérita*: lo que importa son determinados datos psicológicos existentes en el momento en que el hecho se llevó a cabo, un instante que se ubica siempre en un pasado más o menos lejano en relación con el proceso penal. En este sentido, la tarea del juez exige la plena reconstrucción de tales datos. En palabras de *Engisch*:

el jurista procede ni más ni menos que como el historiador cuando aporta y aprecia pruebas para averiguar de qué manera sucedió algo. La llamada *libre valoración de la prueba* no supone, como alguna vez se ha dicho, el ejercicio de un criterio judicial —lo que querría decir que tras la práctica de la prueba serían defendibles diversas opiniones sobre el resultado— sino la no vinculación a reglas legales de prueba para aproximarse a la inequívoca verdad misma³.

En la medida en que estos puntos de vista caracterizan el conocimiento en que se fundamenta el dolo como un dato a extraer de la realidad, es decir, como un hecho efectivamente acaecido, las afirmaciones sobre tal

²DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 32, afirma que, según esta perspectiva, los elementos subjetivos del delito “se han de concebir como realidades psíquicas previamente dadas y susceptibles de desvelamiento a partir de un proceso de averiguación”.

³ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Munich, 1963, p. 6 (cursiva en el original). De acuerdo con estas ideas, HANACK, “Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß”, *JuS*, 1977, p. 728. Cfr., asimismo, MÜLLER-DIETZ, “Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren”, *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 15 (1971), p. 260. Muy interesantes las consideraciones de ANDRÉS IBÁÑEZ, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 132-134. Este autor (*ibidem*, p. 133) establece algunas diferencias entre la figura del juez y la del historiador: “la cuestión sobre la que el juez está obligado a pronunciarse, incluso en su dimensión fáctica, suele estar profundamente teñida de aspectos de valor y la indagación judicial siempre se da en función de una hipótesis necesariamente normativa”.

conocimiento deben necesariamente ubicarse dentro del relato de hechos probados de la sentencia, del mismo modo que consta entre tales hechos, por ejemplo, que el acusado fue quien disparó un arma, o que la causa de la muerte de una persona fue un accidente de automóvil: todas estas afirmaciones comparten la calidad de descripciones de hechos pasados y la única diferencia que les separa es que, en el caso del conocimiento, la naturaleza del hecho es psíquica y, por tanto, interna, mientras que en los demás es externa. Como suele afirmar el Tribunal Supremo, reúnen esta última condición los hechos que otro sujeto puede percibir a través de sus sentidos, mientras que deben reputarse hechos internos los que no son accesibles a tal tipo de percepción⁴.

La enunciación de los grandes postulados en que se basa esta perspectiva no parece una tarea demasiado compleja. Conviene comprobar ahora si la idea de que el concepto de dolo sólo puede aplicarse cuando se consigan averiguar determinados fenómenos psicológicos cumple con los dos requisitos exigidos para toda construcción teórica acerca del Derecho penal: la legitimidad y la aplicabilidad.

VII.2. Legitimidad de la concepción psicológica

La concepción psicológica de la "determinación del dolo" no tiene, aparentemente, ningún problema de legitimidad. Es más, puede incluso afirmarse que, en el ámbito de la discusión doctrinal, a menudo se le presume una plena legitimidad teórica y son los autores que la defienden quienes constantemente ponen de manifiesto déficits de legitimidad en las perspectivas opuestas, desde las cuales se replica, como se verá más adelante, con otro tipo de argumentos⁵.

⁴Así, entre otras muchas, la STS de 28 de abril de 1989 (A 3558, ponente Puerta Luis), donde se afirma que "la intención o propósito que anima a las personas, por residir en su esfera íntima, no es directamente perceptible".

⁵Cfr. *infra* IX.

Un primer motivo básico para defender tal legitimidad surge del siguiente argumento: dado que la aplicación de una norma penal depende de la efectiva realización de unos hechos que se adapten a la descripción típica que incorpora dicha norma, sostener que es posible llevar a cabo un juicio afirmativo de tipicidad sin que conste plenamente dicha realización es algo totalmente inaceptable. De la misma manera que no puede hablarse de que se ha cometido un delito consumado de homicidio sin que se dé por probada la muerte de una persona, tampoco puede hablarse de que "alguien conoció algo" sin acreditar la existencia efectiva y real de dicho conocimiento⁶. Afirmar que es posible la concurrencia de una acción dolosa sin haberse demostrado que el acusado contó con el grado de conocimiento que es presupuesto necesario del dolo, supone una grave contradicción que, por si fuera poco, deja la puerta abierta a peligrosas arbitrariedades⁷. Sin embargo, tal argumentación no justifica por sí sola la legitimidad de la perspectiva. Su enfoque resulta sin duda coherente, porque parte de que la ley establece un concepto de dolo basado en determinados hechos y, efectivamente, aplicar dicho concepto sin que éstos se dieran por probados supondría una contradicción en el seno de la sentencia. El problema que no resuelve este argumento es la vía que debe seguirse para determinar qué es lo que conoció un sujeto y si ésta puede considerarse legítima y aplicable.

La plena legitimidad de la concepción psicológica se suele vincular a ideas como el mandato de justicia constitucional, que se plasma, a su vez, en el deber de búsqueda de la verdad que tiene el juez en la práctica procesal de la prueba y en el momento de aplicación del Derecho. Así, se sostiene por algunos autores que dicha aplicación sólo puede ser conside-

⁶En este sentido, afirma MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Padua, 1992, p. 328 ss, que "la inadmisibilidad de presunciones en materia de dolo no es únicamente una consecuencia del principio de responsabilidad personal, sino algo implícito a la esencia misma del dolo, que es consciencia y voluntad *reales* del hecho".

⁷Así lo entiende MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13, quien afirma que "cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad científica y jurídica".

rada correcta cuando los hechos probados en que se fundamente una condena se correspondan con la verdad material⁸. En este sentido, afirma, por ejemplo, *Albrecht* que sólo un “permanente esfuerzo de aproximación a la verdad material puede satisfacer el mandato de justicia garantizado constitucionalmente”⁹. O, en palabras de la antigua jurisprudencia del *Reichsgericht* alemán, “el proceso penal sirve para la realización de la justicia y ésta sólo puede alcanzarse si dicho proceso se basa en la verdad”¹⁰. No lejos de estas afirmaciones se encuentran aquellos argumentos basados en la idea de que los pilares del actual Estado giran “en torno a la persona en su individualidad y con su responsabilidad” y, por tanto, sostiene *Díez Ripollés*, “resultaría una violación del respeto debido a la dignidad de la persona el que el Derecho penal utilizara las referencias a la psique individual como mera pantalla en la que proyectar otros contenidos”¹¹.

⁸En este sentido, cfr. FINCKE, “Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit”, GA, 1973, quien, en el ámbito de aplicación del Derecho entiende por verdad, “la relación de identidad entre inculpación y realidad”. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 31, considera que los partidarios de la concepción psicológica del dolo “parten, sin duda, de un concepto de verdad material o verdad empírica entendida, a la luz de la teoría de la correspondencia, como la concordancia entre realidad y representación de ella”.

⁹ALBRECHT, “Überzeugungsbildung und Sachverständigensbeweis in der neueren strafrechtliche Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO)”, *NStZ*, 1983, p. 487 (cursiva en el original). En una línea parecida, y en referencia a la determinación del sustrato fáctico en que se basa el dolo, cfr. MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 899: “cierto grado de introspección psíquica es indispensable en el proceso penal si no se desea que el proceso caiga en la más deteriorada superficialidad, y si se quiere de tal manera, alejarlo lo más posible de los errores judiciales”.

¹⁰RGSt, vol. 72, p. 156. Dicha línea jurisprudencial ha sido continuada por el BGH, quien afirma que “el principal objetivo del proceso penal” es “la averiguación de la verdad” (*NJW*, 1956, p. 1647). Añade HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Munich, 1990, p. 147, que en el actual esquema de racionalidad se parte de la idea según la cual “de un supuesto de hecho ‘erróneamente’ determinado sólo se puede seguir una decisión ‘injusta’, pues con ésta se resuelve un (inexistente) caso distinto a aquél que se toma por base”.

¹¹DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 305. Como argumentos ulteriores este autor añade que “difícilmente puede encontrarse un punto de referencia más sólido y acreditado respecto al contenido de los elementos subjetivos que el que los vincula a

Estas últimas afirmaciones se asientan en la idea de que la exigencia de que los presupuestos de la intervención punitiva del Estado se atengan a la verdad material supone una garantía para los individuos frente a aquélla. Esto parece especialmente evidente cuando se postula una visión preventivo-general de dicha intervención¹². En el ámbito del dolo, la renuncia a la verdad material lleva a que la imposición de la pena pueda implicar una clara instrumentalización del individuo en aquellos casos en que, pese a haber actuado éste sin el conocimiento necesario para el dolo, se le imputara dicho conocimiento por otras vías con el objetivo de generar determinados efectos de intimidación, motivación o confirmación de expectativas en la colectividad¹³. En este último caso, el sujeto estaría pagando con sus derechos más elementales el coste de unos efectos pretendidamente beneficiosos para la sociedad sin haber cumplido de manera efectiva con los requisitos exigidos para que ello tuviera que ser así. La

su realidad psicológico-individual". En *ibidem*, p. 36, se afirma, en relación con la legitimación de las concepciones psicológico-individuales sobre los elementos subjetivos del delito, que "cabe aludir asimismo a referencias de corte garantista, que se ocupan de recordar el freno que a intervenciones abusivas del Estado, no respetuosas con la dignidad de la persona, ni con los principios de legalidad y seguridad jurídicas, y fomentadoras de un amplio arbitrio judicial, opone la opción por la verdad material y la consecuente vinculación a los datos de la realidad científica psicológico-individual".

¹²En este sentido, especialmente lúcidas las consideraciones de STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248: "la protección de bienes jurídicos que debe alcanzarse mediante la imposición de la pena sólo es lícita cuando se ejecuta a costa de alguien que ha incurrido *de modo efectivo* en la culpabilidad por el hecho", una afirmación que este autor vincula a la garantía constitucional de respeto a la dignidad del ser humano.

¹³ALBRECHT, "Unsicherheitszonen des Schuldstrafrecht", *GA*, 1983, p. 197, utiliza el argumento de la instrumentalización como crítica a las teorías que entienden que lo que se persigue en el proceso es la búsqueda de una verdad funcional y no la verdad material (cfr. *infra* IX.3.B.1). Cfr., igualmente, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Bolonia, 1995, p. 309, quienes entienden que la principal tarea de una concepción empírico-psicológica del dolo es "servir de baluarte de la libertad del individuo respecto a un exceso de pretensión punitiva por parte del Estado". La jurisprudencia italiana rechaza el empleo de presunciones en la "determinación del dolo" basándose en la idea de que éstas se oponen a la esencia misma de dicho concepto y contraviene el principio constitucional de responsabilidad personal; cfr. al respecto, TASSI, *Il dolo*, Padua, 1992, p. 146.

necesidad de que se acredite la realidad psicológica del sujeto como presupuesto aplicativo del dolo garantiza a dicho sujeto la posibilidad de advertir en cualquier situación qué conductas de las que pueda realizar van a merecer la réplica de la sanción penal por delito doloso y, por tanto, se le otorga la posibilidad de evitarlas¹⁴.

Una renuncia a la realidad psicológica como presupuesto aplicativo del dolo niega a los sujetos la posibilidad de tal advertencia, por lo que éstos pierden capacidad orientativa y quedan reducidos al papel de meros objetos de los que el Estado puede disponer cuando le convenga para conseguir a su costa determinados objetivos y sin que ellos puedan evitarlo¹⁵. Los problemas son evidentes: como ya afirmó en su momento *Framarino dei Malatesta*, "si bien es cierto que la sociedad ofendida tiene derecho al castigo del criminal, esto no puede llevarse al extremo de afirmar que tiene también derecho a que se inmole una víctima en su altar, sea dicha víctima culpable o inocente. No; el derecho de la sociedad no tiene realidad racional sino como derecho al castigo del *verdadero* reo, y el espíritu humano no tiene como *verdadero* sino lo que es *cierto*"¹⁶.

La plena legitimidad de la opción psicológica parece también evidente desde postulados preventivo-especiales. En este sentido, basta con remitir

¹⁴Ya en el siglo XIX HAUSER, "Zur Lehre vom strafrechtliche Vorsatz", GS, 54 (1897), p. 2, afirmaba que "la pena sólo puede actuar preventivamente cuando la causación de sucesos depende de la persona, cuando ésta puede ejercer algún tipo de influencia sobre el acontecimiento externo. Esto es sólo posible por medio de los actos psíquicos que estén en relación con el suceso externo".

¹⁵Cfr. las observaciones de PAGLIARO, "Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)", en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991, p. 122. Por su parte, LICCI, RIDPP, 1990, p. 1514, propone una reconstrucción del dolo basada en aportaciones psicológicas y rechaza, por tanto, adscripciones de tipo presuntivo, afirmando que la primera forma de proceder resulta más respetuosa con el valor intrínseco de la persona. Cfr., asimismo, TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la Psicología de la forma)*, Buenos Aires, 1964, p. 33.

¹⁶FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3ª ed. italiana (Turín 1912), trad. S. Carrejo y J. Guerrero, 4ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1995, p.5

a la pregunta que se formula *Klaus Sessar* sobre "¿por qué alguien que en su (...) entendimiento no quiso matar y, por tanto, no actuó dolosamente, debe aprender a no matar dolosamente con ayuda de la pena?"¹⁷. Los argumentos para sostener la corrección de la concepción psicológica desde un punto de vista preventivo-especial pueden basarse, en primer lugar, en cuestiones relativas a la efectividad de la pena. Por expresarlo gráficamente, mantener una postura preventivo-especial que renunciase a la constatación de la auténtica subjetividad del acusado sería tan poco recomendable como la actitud de aquel médico que decidiera someter a sus pacientes a severos tratamientos sin haberse molestado antes en llevar a cabo una verificación a fondo sobre la existencia de una enfermedad en ellos. Además, proceder de este modo supondría una transgresión intolerable de los derechos más elementales de cualquier individuo, que podría verse sometido de modo arbitrario a una intervención *terapéutica* por parte del Estado. En este último argumento radica, básicamente, la legitimidad de la concepción psicológica, pues garantiza que tal intervención sólo se llevará a cabo en aquellos casos en que sea realmente necesaria.

Yendo incluso más allá de todos estos argumentos, tal vez el principal motivo de aceptación de la concepción psicológica viene dado por lo que puede ser denominado su *efecto tranquilizador*. En efecto, la perspectiva en cuestión garantiza que no se va a castigar como delincuente doloso a nadie que en el momento de los hechos no haya realmente actuado con la consciencia (eventualmente también la voluntad) de estar realizando el tipo penal. Renunciar a esta garantía implica aceptar una inquietante realidad en que puede darse perfectamente el caso en que alguien que realmente no haya conocido, sí cumpla, por contra, con los criterios pensados para atribuirle dicho conocimiento, de tal modo que sea condenado con la pena prevista para quien efectivamente conoció. Basta con traer a la ima-

¹⁷SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, Friburgo d.B., 1981, p. 216. Cfr. igualmente los planteamientos de GSCHWIND, "Zur Kriminologie des Vorsatzes", *Rechtsfindung. Beiträge zur juristische Methodenlehre. Ger-mann-FS*, Berna, 1969, p. 69, quien considera que sólo es posible evitar efectos perturbadores de la pena, sobre todo en relación con cuestiones de reincidencia, si el dolo se determina teniendo en cuenta los criterios de la psicología criminal.

ginación la escena en que un tribunal impasible se dirige al acusado con un severo "usted lo sabía y por ello le castigamos", mientras dicho acusado, que realmente nunca supo nada, escucha el veredicto resignado ante su propia impotencia para conseguir que le crean. La concepción psicológica de la "determinación del dolo", por lo menos en sus planteamientos teóricos, impide situaciones como ésta: no se puede ni debe condenar a nadie por delito doloso de quien no haya sido fehacientemente constata la consciencia de realización del tipo penal. Cuando existan dudas sobre la efectiva realidad de tal consciencia se deberá absolver en virtud del principio *in dubio pro reo* o, si la ley lo permite, se castigará sólo por delito imprudente.

Todos estos argumentos permiten concluir que la concepción psicológica del proceso de "determinación del dolo" no parece plantear problema alguno de legitimidad: en la medida en que se asienta sobre la individualidad del sujeto es totalmente respetuosa con la dignidad de éste y, desde tal punto de vista, si lo que se pretende con la imposición de la pena es generar determinados efectos sobre la colectividad, ello no se llevará nunca a cabo a costa de emplear a un sujeto como instrumento, sino sólo en aquellos casos en que se haya acreditado fehacientemente que el autor fue realmente consciente de las características y de las posibles consecuencias de su conducta¹⁸. Desde planteamientos preventivo-especiales la contundencia de los argumentos parece también incontestable¹⁹.

VII.3. Los métodos de averiguación del conocimiento como fenómeno psicológico

¹⁸Entendida la idea de instrumento no en el sentido absoluto kantiano, de acuerdo con el cual, concurre una instrumentalización en la base de toda perspectiva preventivo-general, sino desde una perspectiva relativa, que entiende que sólo se instrumentaliza al sujeto cuando se le impone una pena sin que éste haya estado en condiciones de evitar tal imposición.

¹⁹Otros argumentos en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 34-37.

Si la cuestión de la legitimidad representa la cara de la perspectiva psicológica —y de todas aquellas teorías que defienden la verdad material como objeto del proceso penal—, posiblemente su cruz aparece en el momento en que los autores que sostienen tal postura se ven obligados a explicar cómo es posible acceder en el ámbito del proceso penal al que fue auténtico contenido de la consciencia de un sujeto en el momento en que éste realizó un hecho objetivamente típico. Para afirmar la validez de esta perspectiva, a su plena legitimidad debe añadirse la posibilidad de averiguar los datos psicológicos a que se vincula una correcta “determinación del dolo”²⁰. De no ser posible tal averiguación, la perspectiva se encuentra en una difícil encrucijada que lleva a dudar seriamente de su validez conceptual en el seno de una disciplina eminentemente práctica como es la ciencia del Derecho penal. En cualquier caso, para acreditar la viabilidad aplicativa de una concepción psicológica de la “determinación del dolo” no bastan afirmaciones genéricas como la de *Engisch*, en el sentido de que “prácticamente ningún jurista pone en duda que existen hechos y realidades psicológicas que es posible verificar o falsear”²¹; debe mostrarse también a través de qué concretas vías es posible llevar a cabo tal verificación.

El objetivo primordial de este apartado es plantear un análisis sobre la idoneidad de las diversas vías que se suelen proponer para determinar, en el ámbito del proceso, cuál fue el contenido de la subjetividad del acusado en el momento en que éste llevó a cabo el hecho típico. Las conclusiones que aquí se obtengan deben permitir afirmar o negar la aplicabilidad de la concepción psicológica de la “determinación del dolo” y, por tanto, mantener o descartar su validez como construcción teórica.

²⁰Como afirma SILVA SÁNCHEZ, “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en EL MISMO (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 27, “para que la estructura del ser pueda desempeñar su función limitadora, es preciso acceder a ella”.

²¹ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit*, p. 7.

De acuerdo con el principio de libre valoración de la prueba, para dar un hecho por probado la ley procesal permite al juez hacer uso, en el ámbito del dolo como en cualquier otro, de todos los medios de prueba que estime pertinentes, excepto aquellos expresamente prohibidos²². A continuación conviene centrarse en tres medios probatorios que parecen desempeñar un papel de especial importancia en la determinación del conocimiento en que se asienta el dolo: *el recurso a las ciencias empíricas a través de la prueba pericial, la confesión del acusado y, sobre todo, la prueba de indicios*²³. El análisis de tales medios probatorios, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, debe llevarse a cabo con el objetivo de comprobar si a través de su empleo es posible alcanzar una plena averiguación de los fenómenos psicológicos pretéritos requeridos por la concepción psicológica.

A) *El recurso a las ciencias empíricas*

A.1. *Planteamiento*

Sobre el papel, el recurso del juez a las ciencias empíricas parece ser el medio por excelencia para determinar en un caso concreto si el sujeto, en el momento de realizar la conducta objetivamente típica, contaba con el grado de conocimiento requerido por el dolo. Dado que, según las concepciones psicológicas, la afirmación del dolo depende de la real existencia del citado conocimiento en la psique del autor, la verificación de dicha existencia debe pasar por el dictamen de aquellas disciplinas científicas

²²Cfr., por todos, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "La motivación de las sentencias", en *La sentencia penal*, pp. 104-105.

²³La preponderancia de la prueba de indicios como mecanismo probatorio más habitual para la determinación de los elementos subjetivos se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como demuestra la STS de 29 de enero de 1992, (A 581, ponente De Vega Ruiz) en la que se afirma que "*sólo la prueba indiciaria (deducida lógicamente, racional y causalmente entre el hecho acreditado y la circunstancia acreditable) puede conformar la íntima convicción de los jueces a través del texto recogido por el art. 741 procesal cuando de conocer el ánimo intencional con el que el acusado procedió se trata*" (cursiva en el original).

que tienen como ámbito de análisis empírico la vertiente interna o psicológica de la persona²⁴. Esta perspectiva parece resultar, en principio, perfectamente lógica y coherente en una sociedad como la actual, en que se atribuye a determinadas disciplinas científicas la capacidad de aportar conclusiones ciertas acerca de la realidad²⁵. Una idea que encaja, además, con la habitual afirmación de que las valoraciones judiciales no pueden apartarse de los conocimientos que se consideran seguros desde un punto de vista científico²⁶.

Las disciplinas científicas consideradas habitualmente *competentes* para el análisis de la psique humana son, básicamente, la psicología y la psiquiatría²⁷. Dado que el dato del conocimiento ajeno resulta inaccesible a

²⁴En este sentido, HETZER, *Wahrheitsfindung im Strafprozeß unter Mitwirkung psychiatrisch/psychologischer Sachverständiger*, Berlín, 1982, p. 79.

²⁵En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 306-307, afirma que "el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias empíricas".

²⁶MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n° marg. 9 y 17. Cfr., igualmente, VOLK, *NStZ*, 1996, p. 105, quien afirma que "el juez está vinculado por los conocimientos asegurados científicamente. En el ámbito de las leyes sobre las que las ciencias naturales que proceden empíricamente están convencidas, al juez no le está permitido dudar, sino que está positivamente vinculado". En la misma línea, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., Munich, 1993, § 15, n° marg. 17, quien menciona la resolución del BGH (BGHSt, vol 10, p. 211 ss), en que se afirma que la convicción judicial no desempeña papel alguno allí donde es seguro que se da un hecho a partir de conocimientos científicos. Interesantes también las consideraciones de WOHLERS, "Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung", *JuS*, 1995, p. 1023. En España el Tribunal Supremo expresa claramente esta idea en su sentencia de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz) haciendo referencia a las leyes causales. Así, afirma este tribunal que, "si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de experiencia obligatoria, esto es, si hay certeza objetiva de la prueba científica, sólo cuando aquélla no puede afirmarse, sino que es discutible, habrá que acudir a la certeza subjetiva de la causación que proporcione la prueba practicada".

²⁷Cfr. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 102: "en cuanto a la posibilidad de la observación de hechos síquicos ajenos, la investigación es clara y encuentra su órgano más natural y eficaz en el perito siquiatra". La necesidad de que el Derecho penal se vincule en todas sus categorías al progreso de las ciencias, especialmente de la psiquiatría, es defendida por TORÍO LÓPEZ, "Acción peligrosa y dolo — Perspectivas jurisprudenciales y legislativas", en *Elementos subjetivos*, p. 180. Añade además este au-

los sentidos del juez en el momento del proceso, éste debería acudir, desde un punto de vista teórico, a representantes de las citadas disciplinas para que, a través de sus informes periciales, revelasen cuál fue el estado de la psique del acusado en el momento en que éste realizó el hecho delictivo y lo hicieran de acuerdo los conocimientos consolidados en el ámbito de sus respectivas ciencias²⁸. Desde esta perspectiva, el psicólogo o el psiquiatra desempeñarían en el ámbito del dolo un papel similar al que, respecto a la prueba de otros elementos del delito, pueden ejercer, por citar dos ejemplos, el perito calígrafo o el experto en balística²⁹.

tor (*ibidem*, p. 175) que la determinación del (pretendido) elemento volitivo del dolo es una cuestión meramente psicológica, "para cuya concreción no debería excluirse la psicología científica". Ya a principios de siglo afirmaba HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 2, que el del dolo no es un problema "puramente jurídico, sino que en él también desempeña un papel importante la psicología", añadiendo que "sólo el jurista en unión con los médicos y los psicólogos pueden superar de manera satisfactoria las enormes dificultades" que plantea el hecho de que "nadie está en condiciones de observar sin trabas el alma del delincuente". Más modernamente, afirma DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 31, que, para las concepciones basadas en la idea de verdad material, "se trata de conectar con una realidad que derive, sin mediaciones, de las leyes físicas de la naturaleza o de los datos de la psicología o sociología". Sobre las diversas ramas de la psicología y el interés de éstas en relación con las diversas manifestaciones del Derecho y la Administración de Justicia, cfr. GARZÓN, *Psicología y justicia*, Valencia, 1989, p. 15.

²⁸Así reza el art. 456 LECr: "el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos". Sobre la naturaleza de la pericia, que define como "inferencia mediata de carácter experimental" basada en reglas de experiencia, cfr. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4ª ed., Barcelona, 1993, p. 232.

²⁹Sobre la vinculación del juez a las afirmaciones de los peritos, cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 470. Este autor viene a defender que, en aquellos ámbitos en que existen evidencias científicas, el margen de libertad del juez es escaso, por no decir nulo: "si hoy, en una sentencia, un Juez niega la ley de la gravedad, o el principio de Arquímedes, o lo que la experiencia enseña sobre la navegación aérea, esa sentencia sería un monumento de escándalo (...). Y este 'escándalo' que salta a la vista cuando se trata de afirmaciones o negaciones de leyes físicas o de otra naturaleza bien conocidas, es el mismo escándalo sólo que con menor proyección pública o popular cuando se trata de afirmaciones que aunque perteneciendo a elevados conocimientos científicos o especializados están también reñidos con las conclusiones a que sobre este punto ha llega-

Sin embargo, la anterior situación —*idílica* desde el punto de vista teórico— no se ve reflejada, ni mucho menos, en la práctica actual de los tribunales de justicia, hasta el punto de que el Tribunal Supremo español en una de sus sentencias declara:

la prueba de los elementos subjetivos del delito, como se ha expresado en numerosos precedentes jurisprudenciales, no requiere necesariamente basarse en declaraciones testificales o en pruebas periciales. En realidad, *en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requieren para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto*³⁰.

El alcance de afirmaciones como ésta se aprecia en su auténtica dimensión si se tiene en cuenta que, para la prueba de otros elementos de la infracción penal —fundamentalmente las cuestiones relativas a la imputabilidad—, los Tribunales suelen depositar un elevado grado de confian-

do la correspondiente ciencia (siempre que se trata de un 'concepto establecido' y no de una simple 'opinión').

³⁰STS de 20 de julio de 1990 (A 6795, ponente, Bacigalupo Zapater, cursiva añadida). Prosigue esta sentencia: "el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias, mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general". En relación con este tipo de ideas, SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 12, constata cómo a menudo se piensa que la capacidad de culpabilidad es una cuestión de "diagnosís", mientras que otros problemas como el del dolo o la acción son meras cuestiones jurídicas. Cfr. también JÄGER, "Subjektive Verbrechensmerkmale", *MSchrKrim*, 61 (1978), p. 298, quien atribuye el hecho de que en la praxis judicial se ignore a las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación de los elementos subjetivos a la idea de que "la colaboración psicológica no hace falta" y basta con "la psicología profana de los jueces". En línea similar, respecto a la poca predisposición de los jueces a "complicar las cosas" con exámenes periciales en los casos aparentemente banales, GSCHWIND, *Germann-FS*, p. 65. TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, p. 179, afirma que, para la determinación del (pretendido) elemento volitivo del dolo eventual, "la psicología popular resulta insuficiente", aunque constata que "la psicología científica, sin embargo, a diferencia de la psiquiatría, raramente encuentra abierta la puerta de las Salas de Justicia".