

**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**  
(6 de 9)

el punto de vista de la sociedad, tienen un claro significado de haber sido realizados de modo conscientes por su autor<sup>20</sup>.

Sin embargo, y a diferencia de lo afirmado para la determinación del tipo subjetivo, hoy en día sí se admite de forma generalizada que ciencias como la psicología o la psiquiatría pueden aportar orientaciones decisivas sobre la imputabilidad del acusado. Por este motivo no sólo resulta recomendable, sino necesario, que se acuda a ellas para dilucidar las posibles dudas sobre dicha imputabilidad. Admitiendo que tales ciencias desempeñan un papel importante en este último punto, es posible poner a la vez de manifiesto que éstas ejercen de modo efectivo, aunque sólo indirecto, *una tarea de reducción del riesgo de instrumentalización que se asume en una "determinación del dolo" llevada a cabo a partir del sentido social de un hecho*. Esta idea debe ser desarrollada a continuación.

### C.1. Ciencias empíricas y reducción de riesgos

Como se ha afirmado repetidamente, el riesgo de instrumentalizar a un individuo que se asume en toda condena se realiza de modo efectivo, por lo que respecta al dolo, en aquellos casos en que se imputa a un sujeto unos conocimientos con los que éste (psicológicamente hablando) no ha contado, sin que, a la vez, dicho sujeto haya previsto la posibilidad de tal condena. Algunos de los supuestos en que es imaginable tal divergencia son todos aquellos en que, a causa de determinadas deficiencias de tipo orgánico, el sujeto no ha contado (psicológicamente) con el conocimiento que se le imputa. Esta idea puede exponerse tomando como punto de partida el siguiente ejemplo:

*Después de haber ingerido una gran cantidad de drogas alucinógenas, el acusado creyó oír voces del más allá que le alentaban a lanzar a su hijo de corta edad por la ventana del apartamento en que se encontraba, asegurándole dichas voces que unos ángeles tomarían en sus manos al pequeño e impedirían que sufriera daño alguno. En el momento en que el acusado*

---

<sup>20</sup>Esta problemática se analiza de forma detallada *infra* X.2.C.2, cuando se expone el tratamiento que procede dispensar a los delitos cometidos en situaciones pasionales.

*obedeció a tales voces y lanzó a su hijo desde el séptimo piso no fue (psicológicamente) consciente de que creaba un elevadísimo riesgo para la vida de éste.*

La “determinación del dolo” del sujeto a partir del criterio del sentido social del comportamiento realizado y de las circunstancias que lo acompañan lleva a un resultado indiscutible: cualquier persona que lanza a un niño de tan corta edad desde semejante altura es consciente de que está llevando a cabo una conducta apta para causar una muerte<sup>21</sup>. Esta conclusión implica una divergencia entre los auténticos hechos psíquicos (el sujeto no se representó tal riesgo) y el resultado de la imputación, aunque —por motivos evidentes— tal divergencia no puede llegar a ser determinada en la práctica. Es en este punto donde las ciencias empíricas desempeñan su papel restrictivo de riesgos de instrumentalización: si al analizarse la capacidad de culpabilidad se consigue poner en evidencia a través de la prueba pericial que el acusado tenía completamente alteradas sus capacidades intelectivas y volitivas, éste podría ser declarado inimputable y, por tanto, no condenado. Con la evitación de la condena se consigue que el riesgo de error asumido en el ámbito de la “determinación del dolo” no llegue a materializarse: la absolución final evita que se acabe instrumentalizando al acusado.

El juicio en virtud del sentido social no siempre se lleva hasta su último extremo: en determinados casos se acepta una apelación a la individualidad del sujeto para eximir a éste de las consecuencias que deberían derivarse de su conducta en el caso de que ésta fuera valorada de acuerdo con parámetros sociales. Éste es el caso de los inimputables, a quienes se exonera del sentido social creado con su actuación a causa de determinadas peculiaridades de su individualidad. La contrapartida a tal exoneración, sin embargo, es que en adelante no se les va a tener más en cuenta como interlocutores aptos para la comunicación social<sup>22</sup>. La pérdida de tal aptitud comporta ventajas, como la no imposición de la sanción penal, pero a la vez inconvenientes, como, por ejemplo, que se deje de considerar al sujeto como capacitado para determinados actos de naturaleza negocial o para ejercer determinados cargos públi-

---

<sup>21</sup>Un desarrollo de los fundamentos de afirmaciones como ésta *infra* XII.2.

<sup>22</sup>Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 15.

cos, aparte de los casos en que, además, se le considere peligroso y se le imponga una medida de seguridad.

La importancia del papel de las ciencias empíricas en este ámbito es puesta expresivamente de manifiesto por *Wolfgang Köreber*, cuando este autor afirma que, en el empleo de teorías basadas en la experiencia cotidiana para determinar los elementos subjetivos del delito,

no concurre el peligro de errar absolutamente sobre el aspecto psicológico del autor, pues los presupuestos aplicativos para la atribución del dolo se comprueban por separado en la *culpabilidad*, donde ya no queda margen para “psicologías esotéricas”, pues la determinación de la culpabilidad es una cuestión empírica a pesar de todas las discusiones normativas sobre sus límites<sup>23</sup>.

En la medida en que en el ámbito de la “determinación del dolo” se trabaja con un modelo ideal de sujeto (“*cualquier persona* que lanza a un niño de tan corta edad es consciente de que está llevando a cabo una conducta apta para causar la muerte de éste”), se incorpora en toda condena un riesgo de error atribuible a la posibilidad de que el sujeto concreto a quien se juzga no reúna las características de dicho modelo. El recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad permite evitar la realización de dicho riesgo, en la medida en que con tal recurso pueden ponerse de manifiesto los casos en que el grado de divergencia entre el modelo ideal y el concreto sujeto activo es especialmente manifiesta.

Pese a las anteriores afirmaciones, debe dejarse claro que, aunque el recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad tenga un efecto reductor de los riesgos de condena errónea, ello no implica que los hechos en cuestión dejen de ser considerados dolosos. Esta afirmación tiene una especial importancia en los supuestos de realización de conductas objetivamente típicas en que el autor se encuentra inmerso en un estado pasional (“*Affekt*”) especialmente intenso.

---

<sup>23</sup>KÖBERER, *KrimJour*, 1983, p. 190

## C.2. Atribución del dolo y estados pasionales

Desde determinados ámbitos de la dogmática penal se viene insistiendo con cierta frecuencia en las últimas décadas sobre el hecho de que los avances de las ciencias empíricas permiten aseverar que, cuando un sujeto actúa inmerso en determinados estados pasionales, no puede entenderse que en su actuación concorra el conocimiento (y, eventualmente, la voluntad) exigidos por el dolo<sup>24</sup>. Estas ideas pueden resumirse en la afirmación de que estados pasionales y dolo son incompatibles y todo indica que la vía adecuada para trasladar estas ideas al proceso pasa por recurrir a la prueba pericial. Según algunos autores, acreditada fehacientemente por los peritos una situación pasional, la única opción del juez es negar el dolo.

Sin embargo, cuando se afirma que el dolo es algo que se determina en función del sentido social del hecho, también éste es el criterio que debe emplearse para resolver los supuestos en que concurre un estado pasional. Así, por ejemplo, en el discutido supuesto en que el acusado, experto karateka, perdió los nervios a causa del persistente llanto de un bebé y le propinó un golpe en la nuca con el canto de la mano que le causó la muerte, el sentido social evidente del hecho no puede ser otro que afirmar el dolo homicida del acusado pues, desde un punto de vista social, resulta inadmisibile afirmar que alguien que conoce perfectamente la fuerza de sus golpes y la vulnerabilidad de la víctima haya dejado de representarse estar creando un riesgo para la vida de ésta<sup>25</sup>. Afirmar ante casos como éste que sólo concurre un

---

<sup>24</sup>Cfr. los trabajos de PRITWITZ, GA, 1994, p. 454 ss; KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 15 ss, así como la obra en que en buena medida se basan ambos autores, LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 20. Cfr., igualmente, SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, esp., pp. 104-105 y PUPPE, NK, § 15, n° marg. 100. Sobre la discusión histórica acerca de la cuestión, cfr. PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 12 ss y p. 22 ss e, igualmente, SCHROEDER, LK, § 16, n° marg. 107 ss. Para las diversas definiciones de estado pasional ("Affekt"), cfr. ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, p. 17 ss.

<sup>25</sup>La descripción del caso, cuya sentencia puede encontrarse en NStZ, 1988, p. 175 ss, en PRITWITZ, GA, 1994, p. 460. Cfr. *supra* II.3 ulteriores referencias bibliográficas sobre este supuesto. Pueden encontrarse casos similares en SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 113 ss.

homicidio imprudente, es decir, que tal muerte se ha producido por un descuido, es algo que desde el prisma social no resulta comprensible.

La anterior afirmación no debe implicar que se deba dejar totalmente fuera de consideración el hecho de que el acusado haya actuado obcecado por un estado pasional provocado por la conjunción del molesto llanto del niño y de su carácter irritable. Sin embargo, la sede adecuada para llevar a cabo tal toma en consideración no es el dolo, donde se opera con sentido social y, por tanto, con un modelo ideal de persona<sup>26</sup>. La cuestión donde debe tratarse la posible concurrencia de un estado pasional y los efectos que de ella deben derivarse es la culpabilidad: el elemento del delito en que se analiza si realmente puede entenderse que en el supuesto de hecho concurre un sujeto "normal"<sup>27</sup>. Si del análisis de culpabilidad se concluye que en el momento de los hechos el sujeto se hallaba dominado por impulsos tan poderosos que ya no actuaba en una situación de normalidad, el aplicador jurídico encuentra en el texto de la ley suficientes recursos para dejar de atribuir al sujeto el

---

<sup>26</sup>El Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz) que "en principio puede decirse que la disminución de la capacidad intelectual, o la disminución de la culpabilidad no afecta al dolo". Sin embargo, no está demasiado claro si esta afirmación se sostiene en la sentencia como una regla con validez general o si con ella sólo se hace referencia a la problemática del caso concreto que se resuelve. Cfr., asimismo, la STS de 13 de noviembre de 1991 (A 8299, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se sostiene que "la capacidad de culpabilidad no influye sobre el conocimiento de los elementos del tipo ni sobre la voluntad de realizar la acción ejecutada".

<sup>27</sup>Cfr., en este punto, las consideraciones de PUPPE, NK, § 15, n° marg. 131 ss, quien pone en duda que la discusión sobre los límites del dolo y la imprudencia sea el lugar adecuado para tratar las aminoraciones de pena que la inmensa mayoría de la doctrina considera necesarias para el caso en que el autor actúe inmerso en un estado pasional (*ibidem*, n° marg. 134). En la doctrina española SILVA SÁNCHEZ, "Sobre los 'movimientos reflejos', 'actos en cortocircuito' y 'reacciones automatizadas'", en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 38, entiende que el ámbito en que conviene tratar el problema de los estados pasionales es el del trastorno mental transitorio. Otro punto de vista en FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 420, quien en el concreto caso de la prueba del ánimo de matar en el delito de homicidio entiende que el papel fundamental lo desempeña una investigación psico-física de la personalidad del acusado, teniendo especial importancia "sus antecedentes, su comportamiento anterior y posterior al delito, las peculiaridades emotivas de su sique, lo mismo que su estado mental".

sentido social creado con su hecho o para atribuírselo sólo parcialmente<sup>28</sup>. Sin embargo, el que por cuestiones relativas a la culpabilidad el sentido social no se atribuya a quien lo ha creado no quiere decir que tal sentido haya dejado de emitirse.

La solución que en cualquier caso no parece adecuada es la que afirma que en estos supuestos concurre un homicidio imprudente (el estado pasional elimina el conocimiento necesario para el dolo) pero con culpabilidad por parte del sujeto. Esta solución encierra un enorme contrasentido, pues viene a decir que en el supuesto de hecho concurre un sujeto que era "normal" en el momento de llevar a cabo su comportamiento y, sin embargo, que éste no se representó lo que una persona normal no podía haberse dejado de representar<sup>29</sup>. El sentido desorientador de resoluciones como ésta parece fuera de toda duda<sup>30</sup>.

*Wolfgang Schild* se ha ocupado en tiempos recientes de esta problemática, defendiendo para su resolución un punto de vista original que no parece pasar por hacer depender las posibles soluciones de la averiguación de un dato psicológico<sup>31</sup>. Sin embargo, desde su punto de vista tampoco una solución como la que aquí se defiende (que "renuncia por completo a cualquier certeza psicológica —aunque provenga de la psicología de la *Gestalt*— y desarro-

---

<sup>28</sup>Lo que, sin entrar en análisis concretos, parece perfectamente posible acudiendo a las diversas causas de inimputabilidad contenidas en el Código, con sus correspondientes eximentes incompletas e, incluso, la atenuante analógica.

<sup>29</sup>PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16, constata que un punto de vista como éste lleva a una doble valoración de los estados emocionales como factores que exoneran al autor penal y que el lugar más idóneo para llevar a cabo tal valoración es la culpabilidad.

<sup>30</sup>Una convincente crítica a la jurisprudencia del BGH, muy reacia a admitir dolo homicida en caso de estados pasionales, en PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 133.

<sup>31</sup>En SCHILD, "Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners", *JA*, 1991, p. 48 ss, se analiza la problemática del tipo subjetivo en los casos de homicidio del compañero sentimental, unos supuestos en que, si bien no se presentan los rasgos característicos de los estados pasionales, sí se plantean dudas sobre la integridad psíquica del sujeto en el momento de llevar a cabo el comportamiento homicida. Sobre la separación entre el concepto jurídico de dolo y el punto de vista de las ciencias empíricas, cfr. *ibidem*, p. 51.

lla un concepto de dolo puramente normativo, des-psicologizado”) parece acertada, pues este autor entiende que con ella no se deja de pensar en un sentido psicológico: se parte de que conocer y querer son objeto de la psicología, y sólo cuando el recurso a esta ciencia no proporciona resultados satisfactorios, se propone una construcción normativa<sup>32</sup>. El punto de vista defendido por *Schild* debe exponerse a partir del siguiente caso, comentado por el propio autor:

*El acusado Anton causó la muerte de su prometida Gerda golpeando repetidamente la cabeza de ésta con una plancha, después de que ella hubiera anunciado su intención de poner fin a la relación sentimental que les unía. Desde el punto de vista psicológico se plantean dudas sobre si el autor podía ser verdaderamente consciente de estar causando la muerte de su pareja cuando lo que él precisamente quería es que ésta continuara a su lado*<sup>33</sup>.

*Schild* defiende que, desde un principio, ni la voluntad ni el conocimiento en Derecho penal son objeto de la psicología, sino que éstos deben identificarse en la reflexión ético-práctica del sujeto ante situaciones en que se le exige una responsabilidad. El factor clave desde su punto de vista radica en si el sujeto identifica el comportamiento típico como su propio pasado y en si puede reconocer en él la realización de su voluntad. Según los planteamientos de este autor, el dolo debe afirmarse cuando de acuerdo con criterios de validez y aceptación general (que también deben regir para el acusado) el autor tiene que responder del hecho como realización de su voluntad<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup>Cfr. SCHILD, JA, 1991, p. 51.

<sup>33</sup>SCHILD, JA, 1991, p. 51, muestra a qué resultados llevarían algunas propuestas normativas con las que no se muestra conforme: “en un caso como el del homicidio de Gerda a manos de Anton, debe afirmarse por fuerza dolo pues, en caso contrario, la función general-preventiva del sistema penal no se realizaría por completo o podría incluso frustrarse. Si el destinatario del sistema jurídico-penal (ley, juicio y ejecución penal) es la comunidad que confía en el Derecho, ésta debe ser confirmada en su modo de ver las cosas (lo correcto es confiar en la vigencia de la norma) y debe verse reforzada en su confianza en el Derecho. Afirmer que, en casos como el de Anton, no concurre un delito doloso es algo que, como ya se ha afirmado, incomoda y frustra la expectativa normativa de quienes confían en el Derecho. ¡Un Derecho penal como éste sería disfuncional! Por ello es necesario construir precisamente el dolo de Anton a partir de fundamentos preventivos”.

<sup>34</sup>SCHILD, JA, 1991, p. 52.

Aplicando este punto de vista al anterior supuesto, *Schild* afirma la concurrencia de dolo en el protagonista del ejemplo<sup>35</sup>. Desde su perspectiva tal solución se explica por el hecho de que, en los días anteriores al homicidio, el acusado había ido dando cuerpo a la idea de que no era posible que su amada viviera sin él a su lado. Ello permite, de acuerdo con una reflexión ético-práctica sobre la responsabilidad jurídica, atribuir la posterior muerte a la voluntad del sujeto: habiendo albergado tales pensamientos, el acusado no puede dejar de ver reflejada en el hecho su voluntad de que la víctima muriese<sup>36</sup>. Sin embargo, *Schild* entiende que las circunstancias del autor permiten considerar que sólo concurre una modalidad menos grave de homicidio<sup>37</sup>.

Dejando de lado el discutible concepto de dolo en que se basa, la propuesta de *Schild* plantea numerosos motivos para la duda. En primer lugar, la oscuridad de los argumentos esgrimidos por este autor para la afirmación del dolo hacen francamente difícil aventurar qué solución corresponde a cada caso y a partir de qué criterios debe obtenerse ésta. En este sentido, resulta imposible imaginar cómo tales planteamientos pueden plasmarse en reglas intermedias, claras y racionales que permitan desterrar la impresión de que para cada caso se manejan criterios *ad hoc* y, por tanto, de que concurre una cierta arbitrariedad. En segundo lugar, y pese a su crítica a planteamientos como el aquí defendido, su propuesta no deja de acudir a otros criterios de imputación, sin que se consiga demostrar que éstos resultan más idóneos para que el Derecho penal despliegue de forma adecuada sus efectos, ni tampoco legitimar el posible riesgo de instrumentalización que lleva implícito su empleo. Sólo estos motivos acabados de exponer permiten ya afirmar que la solución que aquí se defiende resulta en muchos aspectos más adecuada que la propuesta por este autor.

---

<sup>35</sup>SCHILD, JA, 1991, p. 54 ss.

<sup>36</sup>SCHILD, JA, 1991, p. 56, considera que, para atribuir responsabilidad, el juez tiene que atender también a los antecedentes del autor y a sus relaciones con la víctima, no en el sentido de la culpabilidad por la forma de vida del autor, sino para conseguir una correcta comprensión del hecho.

<sup>37</sup>SCHILD, JA, 1991, p. 56. El autor basa esta solución en la posibilidad de atenuación de pena prevista en el § 213 StGB.

De acuerdo con lo expuesto, la respuesta al problema del dolo en casos de situaciones pasionales no debe dejar de obtenerse del sentido social de la conducta y de las circunstancias que la acompañan. Esta solución no sólo debe hacer posible otorgar a los casos un tratamiento uniforme, sino que, además, está en sintonía con las capacidades que hoy en día se atribuyen socialmente a las ciencias empíricas: pese a que se entiende que dichas ciencias no pueden decir exactamente qué es lo que se representó un sujeto en el pasado, sí se les reconoce la capacidad de determinar ante cada caso si concurre un sujeto "normal" a quien sea posible atribuir por completo el sentido social creado con su conducta<sup>38</sup>. La contribución de las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad permite reducir los riesgos que se derivan del empleo del sentido social como criterio de "determinación del dolo", sin interferir por ello en el contenido de los mensajes que el Derecho penal dirige a la colectividad.

### X.3. Legitimación del sentido social como criterio de "determinación del dolo"

En los anteriores apartados se han aislado conceptualmente, en primer lugar, los casos en que concurre un riesgo de instrumentalización cuando se recurre el sentido social como criterio para determinar en qué supuestos un hecho ha sido realizado dolosamente. Seguidamente, se ha aportado una caracterización de este criterio que hace posible una reducción global de riesgos que debe verse completada con el recurso a las ciencias empíricas en el

---

<sup>38</sup>PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16: "esta vigencia práctica de la conducta, interpretada desde un punto de vista racional como un juicio de deber-ser que contradice directamente la integridad de los intereses ajenos jurídicamente protegidos, debe ser imputada al autor como su injusto personal, siempre que éste sea considerado como un *partner* competente en el proceso de comunicación social. Es una cuestión de culpabilidad si el autor ha realizado este juicio, desde un punto de vista psíquico, con claridad de discernimiento". En sentido contrario la STS (Sala 5ª) de 15 de marzo de 1997 (A 2505, ponente Aparicio Gallego), en la que el "transtorno grave de la personalidad" padecido por el acusado se emplea como indicio, entre otros, para negar el dolo de éste.

ámbito de la culpabilidad. Pese todo lo anterior, es evidente que el recurso al sentido social sigue sin poder garantizar que sus resultados vayan a coincidir, plenamente y en todos los casos, con la realidad psicológica del sujeto o que, en los supuestos en que no se dé tal coincidencia, ésta no suponga una instrumentalización. En proporciones más o menos restringidas es evidente que un cierto grado de riesgo siempre subsiste. La pregunta clave que debe ahora responderse es si cabe considerar legítima una condena pese a la permanencia de tal grado de riesgo.

En los apartados anteriores se han expuesto diversos criterios aportados por la doctrina para legitimar la posibilidad de dictar una condena pese al inevitable riesgo de error entre hechos probados y realidad. Rechazado el criterio propuesto por *Georg Freund*, por hacer depender éste dicha legitimidad en la mayoría de supuestos de la actitud procesal del acusado, dos argumentos parecen mostrar un especial vigor: los defendidos por *Andreas Hoyer* y *Ulrich Stein*. El primero de estos autores defiende la idea de que *en todo ciudadano concurre una doble pretensión*: por un lado, la de nunca ser condenado como culpable de un delito sin haber cumplido de modo efectivo con los requisitos que la ley exige para declarar tal culpabilidad; por otro lado, la de que el Estado proteja sus bienes más fundamentales frente a agresiones de terceros, plasmándose dicha protección, entre otros ámbitos, en la acción del Derecho penal<sup>39</sup>. Como pone en evidencia *Hoyer*, ambas pretensiones no pueden mantenerse a la vez en sus términos más absolutos: al ser imposible una reconstrucción totalmente fidedigna de los hechos efectivamente acaecidos, en toda condena se asume el riesgo de estar castigando a un inocente, un riesgo que sólo podría excluirse completamente prescindiendo de la acción del Derecho penal. En este último caso, sin embargo, el Estado ya no estaría en condiciones de garantizar la protección de los intereses de los ciudadanos. De ahí que pueda afirmarse que el interés que tienen éstos en que el Estado les proteja sólo puede satisfacerse si están dispuestos a pagar el precio que implica aceptar el riesgo de llegar a poder ser condenados alguna vez como culpables de un delito sin haber cumplido de forma efectiva con todas las circunstancias que la ley exige para tal condena. La corrección de esta

---

<sup>39</sup>En general, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 539 ss y *supra* IX.4.A.2.b

idea —con independencia de los cuestionables desarrollos que a partir de ella extrae *Hoyer*— apenas parece discutible<sup>40</sup>.

Uno de los planteamientos defendidos por *Stein* corre paralelo a las anteriores ideas. Mientras se afirma por parte de algunos autores que condenar pese al riesgo de error implica un atentado contra la dignidad de la persona, advierte *Stein* que no por ello la Constitución deja de regular la posibilidad de que el Estado haga uso de la sanción penal y de atribuir determinadas finalidades a este recurso. Ello implica que, si no se quiere afirmar que la Constitución se contradice, debe admitirse que la protección de la dignidad de la persona no puede llevarse hasta el extremo de convertir en inefectivo al Derecho penal. En cierto modo, estos argumentos pueden entenderse como la aportación de un fundamento jurídico-constitucional a los planteamientos de *Hoyer*: la Constitución pretende proteger, tanto la pretensión de los individuos de no ser víctimas de injerencias en sus derechos fundamentales, como el interés de éstos en que el Estado les asista para la protección de tales derechos.

El sentido social como criterio de atribución del conocimiento ajeno, en los términos en que se ha planteado, debe ser analizado ahora a la luz de criterios de legitimación como los expuestos. Como ya se ha afirmado repetidamente, resulta imposible llegar a cuantificar en qué porcentaje de casos se da una situación de divergencia entre conocimientos imputados de acuerdo con el sentido social y conocimiento como realidad psicológica efectivamente acaecida. Sin embargo, todo hace pensar que se trata de una cantidad no demasiado elevada. Para comprobar la corrección de semejante punto de vista, basta con preguntarse por el número de veces en que, en la vida cotidiana, otras personas le atribuyen a uno, en virtud de circunstancias externas, el conocimiento de un hecho que, en realidad, nunca tuvo. Si por regla general la respuesta es que tal divergencia se da pocas veces, esta escasa frecuencia se reduce más aun si, dado lo gravoso de la respuesta penal, se adoptan especiales cautelas en el momento de decidir sobre el contenido subjetivo de

---

<sup>40</sup>Sobre la perspectiva defendida por HOYER y los problemas que plantea ésta, cfr. *supra* IX.4.A.2.b.

los comportamientos ajenos: penalmente no basta con meras suposiciones como pueden darse en la vida cotidiana, sino que el hecho debe tener el *inequívoco* significado de haber sido realizado conscientemente.

Aislado globalmente el grupo de supuestos en que existe el riesgo de una (indetectable) instrumentalización, dicho riesgo debe situarse en una balanza junto a los que se derivarían de suprimir del Derecho penal la previsión de tipos dolosos por considerar que éstos resultan inaplicables<sup>41</sup>. Desde el punto de vista que aquí se sostiene, parece incuestionable que, tanto a corto como a largo plazo, los perjuicios serían superiores de aceptarse el segundo riesgo. En consecuencia, conviene en este punto dar la razón a *Hoyer y Stein*: si los individuos aspiran a que el Derecho penal les proteja de algún modo deben asumir el (todo indica que escaso) riesgo de que alguna vez se les pueda condenar por un hecho no efectivamente cometido. Y ello implica que la protección constitucional de la dignidad de la persona no puede interpretarse de tal modo que haga ineficaz la acción del sistema punitivo del Estado, pese a los riesgos que ésta implica.

Desde este punto de vista, no parece descabellado afirmar incluso que en realidad no concurre instrumentalización alguna. La crítica de la instrumentalización sólo atiende al momento posterior a la imposición de la condena, aquél en que el sujeto ya ha sido (desde el prisma psicológico) incorrectamente condenado y lamenta tener que pagar a costa de algunos de sus derechos fundamentales determinados beneficios sociales que pretendidamente se generan a través de la pena que se le impone. Sin embargo, las cosas se ven de otra manera si se observan desde una perspectiva anterior a la condena o, mejor aun, al proceso mismo, y si en este momento previo se formula la pregunta de si se prefiere correr el hipotético riesgo de llegar a ser condenado algún día injustamente (desde el punto de vista psicológico) o los perjuicios que se derivarían de una práctica derogación del Derecho penal. En la medida en que todo parece indicar que cualquier individuo racional asumi-

---

<sup>41</sup>Esto es, un Derecho penal donde la diferencia entre lo doloso y lo imprudente dejara de existir y en que no tuvieran prácticamente sentido todos aquellos tipos para los que únicamente se prevé la punición en caso de comisión dolosa.

ría el primer riesgo se hace difícil continuar hablando de instrumentalización.

Para que tal riesgo resulte soportable por los ciudadanos, el Estado debe atenerse una serie de condiciones en su recurso a la sanción penal. La condición principal viene dada por la exigencia de que se dé una situación de igualdad entre los posibles destinatarios de los riesgos inherentes a la existencia del Derecho penal. Ello implica, en primer lugar, que no pueda determinarse *a priori* (antes de que se realice cualquier comportamiento) qué concretos individuos van a padecer la existencia de tales riesgos y, en segundo lugar, que los criterios que se utilicen para determinar tal padecimiento garanticen un trato igualitario entre todos los posibles destinatarios<sup>42</sup>. Otra condición básica la explicita *Stein*: dada la entidad de la sanción penal sólo parecen asumibles aquellos riesgos que resulten imprescindibles para garantizar la razón de ser del Derecho penal. El inequívoco sentido social como criterio para la atribución del conocimiento en que se fundamenta el dolo cumple con todas estas exigencias: garantiza una igualdad de trato entre los sujetos —a todos se les juzga por el sentido social que se desprenda de

---

<sup>42</sup>A este ámbito son trasladables algunos de los razonamientos que se emplean para justificar la existencia de determinados riesgos permitidos en el seno de la sociedad. Así, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, Madrid, 1996, p. 118, entiende que, "puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado como *riesgo permitido*" (cursiva en el original). Este autor añade (*ibidem*, p. 122) que "en una sociedad de libertades no puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamientos a expensas de los demás. De aquí se deduce, especialmente, que quienes deben soportar el coste han de tener carácter anónimo en el momento en que la actividad tiene lugar". A las anteriores ideas se añade un ejemplo (*ibidem*): "si *ex ante* se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a ocasionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que *ex ante* las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporta". Argumentos similares parecen poder emplazarse con respecto de los riesgos que se derivan de la justicia penal.

sus comportamientos— y, al reducir la atribución del conocimiento a los supuestos en que se juzga inequívoca su concurrencia, el recurso a la pena se circunscribe a aquellos casos en que resulta absolutamente imprescindible replicar al sentido social que el sujeto ha expresado con su conducta.

#### X.4. Criterios de atribución del conocimiento a partir del sentido social

A diferencia de las presunciones generales de dolo empleadas en otros tiempos, el sistema de atribución del conocimiento que aquí se propugna no prejuzga un hecho antes de entrar en su análisis. Ciertamente es que cuando este análisis se lleve a cabo deberán aplicarse reglas con carácter presuntivo: cuando se abandona la búsqueda de la realidad psicológica y se pasa a juzgar el dolo en función de la significación social del hecho es evidente que detrás de dicha significación social se ocultan determinadas presunciones asentadas en las valoraciones sociales, de acuerdo con cuyo contenido, cuando un hecho adopta una determinada configuración externa, se entiende que su autor lo ha realizado con determinados conocimientos<sup>43</sup>. El contenido presuntivo es inevitable en todo juicio de atribución del conocimiento que no pase por una plena reconstrucción de éste como dato psíquico efectivamente acaecido<sup>44</sup>. Sin embargo existen dos diferencias ciertamente evidentes: en primer lugar, mientras las tradicionales presunciones de dolo reducían los criterios de atribución a una única regla, el criterio que aquí se propone tiene

---

<sup>43</sup>KÖHLER, "Comentario a la sentencia del BGH de 17-6-1980", *JZ*, 1981, p. 37, se muestra crítico con el fenómeno que él denomina "objetivación del dolo" y que se da en aquellas situaciones en que se trabaja con reglas concretas para la "prueba del dolo". Entiende este autor que, en estos supuestos, los casos se acaban subsumiendo en las reglas de prueba del dolo y no en el concepto de dolo. Sin embargo, como es habitual en la doctrina, tampoco este autor aporta criterios más adecuados para probar el dolo prescindiendo de las reglas de prueba y de la objetivación.

<sup>44</sup>Las antiguas presunciones de dolo y la imputación de dolo, como aquí se ha expuesto (cfr. *supra* IX.2), comparten, ciertamente, un común denominador: el dolo no se determina a partir de la reconstrucción de ciertos datos psicológicos, sino que se atribuye normativamente al sujeto. Cfr., al respecto, PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 417 (y nota 12). Añade este autor, *ibidem*, p. 417 (nota 13), que la presunción se distingue del indicio porque respecto a la presunción "no se exige ninguna prueba específica para ser mantenida".

en cuenta la riqueza y variedad de los comportamientos sociales<sup>45</sup>. En segundo lugar, el criterio del sentido social no supone, a diferencia de las presunciones, que toda la carga de la prueba del tipo subjetivo se desplace a la persona del acusado, sino una valoración global del hecho a partir de datos objetivos previamente probados, una valoración que, en determinados casos, puede beneficiar al acusado en cuestión<sup>46</sup>.

El recurso al sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo no sólo resulta adecuado desde el punto de vista de un efectivo y mesurado empleo del Derecho penal. Además, lleva a resultados mucho más convincentes desde la perspectiva de la seguridad jurídica pues, como tratará de mostrarse en este apartado, permite dotar a los supuestos de hecho de soluciones uniformes y previsibles<sup>47</sup>. Como se ha puesto anteriormente de manifiesto, las valoraciones sociales trascienden a la persona del juez, algo que no puede afirmarse de la íntima convicción. Ello debe permitir que cualquier intérprete pueda analizar tales valoraciones y determinar *a priori* cuál debe ser la solución correcta de cualquier supuesto de hecho<sup>48</sup>. Como afirma *Stein*, "la determinación de los hechos por parte del juez

---

<sup>45</sup>Sirvan en este ámbito los criterios aportados por HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 197 ss, para distinguir entre presunciones de dolo y *dolus ex re*.

<sup>46</sup>Cierta doctrina insiste en que no deben confundirse las presunciones de dolo con la "simplificación probatoria justificada" que implica el empleo de reglas de experiencia en el ámbito de la prueba de indicios; cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 147. Tal vez pueda admitirse que el segundo método resulta menos rígido que las presunciones de dolo en el sentido en qué éstas han sido definidas y empleadas históricamente y permite, por tanto, prestar una mayor atención a las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, es evidente que los dos métodos tienen una naturaleza presuntiva, pues ninguno de ellos está en condiciones de acreditar de un modo incontrovertido cuál fue el contenido de la consciencia del sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho objetivamente típico.

<sup>47</sup>Se trata de conseguir, como sugiere FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 565, "una práctica de la prueba racional y comprensible intersubjetivamente".

<sup>48</sup>Aunque la doctrina procesal ha introducido criterios *objetivizantes* en la formación de la convicción judicial, que deben evitar resoluciones irracionales o arbitrarias, sigue admitiendo —aunque sea implícitamente— que dentro de lo racional o lo no-arbitrario pueden darse soluciones distintas para supuestos idénticos y que la última palabra la tiene la convicción judicial. Así, por ejemplo, las afirmaciones de MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, pp. 152-154, quien, pese a afirmar que "la libertad en la

en el juicio oral también es una conducta que está necesitada de reglas: el ordenamiento jurídico tiene que avanzar al juez reglas vinculantes que le indiquen bajo qué presupuestos debe considerarse como 'probada' una determinada circunstancia fáctica"<sup>49</sup>. Atendiendo a las valoraciones sociales se hace posible anticipar estas reglas.

El recurso a las valoraciones sociales permite que, a largo plazo, los criterios de "determinación del dolo" vayan adaptándose a la evolución de la sociedad, garantizándose de este modo una aplicación efectiva del instrumento penal. El Derecho penal no es algo que se encuentre fuera de la sociedad, sino un producto de ésta creado para atender a determinadas necesidades de los ciudadanos que la integran. Es, en ese sentido, el producto imperfecto de una sociedad imperfecta y las finalidades a las que debe servir no pueden desligarse de las necesidades de la sociedad a la que sirve. De la misma manera, el Derecho penal no puede desligarse de los contenidos comunicativos de la sociedad en la que rige, si no quiere pasar a ser visto como un inútil instrumento o un sospechoso mecanismo de represión innecesaria. Hacia dónde conviene que evolucione el Derecho penal es algo que, sin duda, deberá venir trazado por la evolución de la sociedad misma, pues lo que no se puede pretender es que el Derecho penal utilice unos criterios que la sociedad ve como anómalos sin, al mismo tiempo, generar efectos contraproducentes en el seno mismo de dicha sociedad.

---

apreciación de las pruebas no significa ausencia de reglas a las que el juzgador debe recurrir" añade que, sin embargo, no "se exige que ese resultado [al que llega el juez al valorar la prueba] deba ser considerado forzoso o absolutamente necesario por otro juez que juzgue la causa con posterioridad". Estos puntos de vista —notablemente extendidos— admiten en el plano teórico que dos supuestos idénticos pueden tener dos soluciones distintas y, a la vez, correctas, en función de la personalidad de quien lo enjuicie.

<sup>49</sup>STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 234. Entiende este autor (*ibidem*, p. 244) que, del mismo modo que existen normas que indican a los ciudadanos lo que deben hacer antes de actuar en situaciones de riesgo, tales normas pueden hacerse perfectamente extensivas a la labor del juez en el juicio oral. Sobre el interés de que se desarrollen criterios para el tratamiento procesal de los elementos del delito, cfr. KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312.

A las anteriores afirmaciones se les puede reprochar que tampoco resulta sencillo determinar qué es "lo socialmente indiscutible" o cuándo, desde el punto de vista social, "resulta inequívoco que alguien ha conocido algo". En este sentido, puede afirmarse que, al ser el juez quien tiene que determinar en la práctica la concurrencia de tales valoraciones, la solución acaba una vez más dependiendo de su convicción. Sin embargo, no puede pasarse por alto que con el criterio del sentido social se consigue un notable avance. Así, si bien es cierto que en última instancia el intérprete del sentido social sigue siendo el juez, la vinculación de éste a dicho sentido le obliga a atender a un criterio de atribución que trasciende a su propio punto de vista y, en tal medida, se hace posible entablar un diálogo racional con él sobre si sus conclusiones sobre las valoraciones sociales resultan o no acertadas. Este diálogo resulta imposible con el criterio usual de la convicción, pues ésta es *per se* un acto de naturaleza eminentemente subjetiva sobre el que bien poco se puede decir<sup>50</sup>. Por contra, recurriendo a un criterio valorativo para la "determinación del dolo" surge la posibilidad de discutir sobre el contenido de tales valoraciones, de la misma manera en que se discute y se aportan criterios para decidir sobre la peligrosidad de ciertas conductas, en el ámbito de imputación objetiva, o la evitabilidad de un determinado error en la imprudencia o el error de prohibición. A nadie se le ocurre afirmar que no merece la pena aportar criterios acerca de lo que es objetivamente imputable, por el hecho de que también en este ámbito la última palabra la acabe teniendo el juez.

Debe admitirse, sin embargo, que la idea del inequívoco sentido social puede resultar por sí sola demasiado vaga y que, por tanto, no está libre de posibles usos arbitrarios. Por este motivo resulta especialmente necesario que la doctrina desarrolle, a partir de tal idea, criterios más concretos para determinar en qué casos, a partir del sentido social de una conducta, puede

---

<sup>50</sup>Expone con especial acierto este problema FREUND, *Normative Probleme*, pp. 103-104, en relación con el convencimiento de los jueces sobre la existencia de una determinada verdad material: el principal inconveniente de los planteamientos que pretenden dejar la respuesta en manos únicamente del juez es que admiten que la solución del caso acabe dependiendo de cuestiones "sentimentales", lo que hace imposible que pueda darse un tratamiento igualitario a supuestos estructuralmente idénticos.

afirmarse de modo inequívoco que ésta ha sido realizada con el conocimiento requerido por el dolo<sup>51</sup>. En este sentido, la labor a realizar pasa por identificar cuáles son las reglas de atribución de conocimientos aceptadas en el ámbito de la comunicación social y, a partir de esta base inicial, deben formularse reglas concretas de atribución del conocimiento con la pretensión de que éstas gocen de validez para resolver cualquier supuesto imaginable.

De no existir tales reglas todo queda reducido a una mera intuición que, en cuanto que tal, podrá o no gustar, pero en cualquier caso no es posible juzgarla con parámetros de corrección o incorrección. Estas reglas sociales de imputación deben estar necesariamente vinculadas a los tradicionales enunciados de experiencia, pues a través de ellos es como en la práctica se consigue dar el salto que va de una mera amalgama de hechos probados a la atribución de una determinada subjetividad al acusado. Sin embargo, para que el contenido de una regla de experiencia pueda considerarse adecuado no basta con que ésta se asiente en creencias individuales del juez que la aplica, sino que su validez debe condicionarse a su adecuación a los criterios de la valoración social<sup>52</sup>. En este sentido, las reglas de experiencia no son reglas de la experiencia individual del juez, sino reglas que rigen en una determinada sociedad: ésta es la única manera de conseguir que la solución del silogismo que se lleva a cabo en la práctica de la prueba de indicios resulte conforme al sentido social y, en tal medida, sea previsible para los ciudadanos<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup>STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 262: "en la medida en que está formulada la idea jurídica fundamental (...) se puede encontrar una solución para cada caso concreto con las reglas de la metodología jurídica". El mismo autor (*ibidem*, pp. 262-263) afirma que el traslado a la práctica de estas ideas sólo exige un cambio de mentalidad en los aplicadores jurídicos.

<sup>52</sup>Lo que no necesariamente tiene que pasar por dejar la cuestión en manos de la Sociología, como parece postular OPP en *Kriminologie im Strafprozess*, p. 40 ss, por el sencillo motivo de que tampoco esta ciencia parece dar pautas de interpretación sobre los mecanismos que se emplean en la sociedad para establecer si la conducta de otra persona se ha realizado o no de modo consciente. Evocando a *Bockelmann* (cfr. *supra* IX.3.A), la cuestión debe quedar, de momento, en manos de una "sociología esotérica" del Derecho penal, donde esotérico no equivale, por supuesto, a arbitrario o intuitivo.

<sup>53</sup>La vinculación al sentido social debe extenderse igualmente al Tribunal del Jurado, pues como sostiene ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida*, p. 38, "nada obsta para que el Jurado pueda apreciar las pruebas que se le sometan de acuerdo con las reglas

Hasta el momento presente, la labor de ir fijando en el plano teórico reglas de experiencia con validez general sólo ha sido llevada a cabo parcialmente por la jurisprudencia en el ámbito de la prueba de indicios. Sin embargo, en la misma jurisprudencia y en la mayor parte de la doctrina suele tener cierto arraigo la idea de que no es éste un ámbito en el que puedan aportarse criterios definitivos y que, a fin de cuentas, la vigencia de una regla y su validez es algo que rige sólo para un caso concreto<sup>54</sup>. Esta forma de ver las cosas no sólo resulta muy discutible, sino que posiblemente sea la responsable de que actualmente la determinación procesal del dolo sea un ámbito huérfano de un bagaje teórico mínimamente sólido.

La doctrina ha expresado desde siempre cierta impotencia a la hora de acometer el estudio de aquello que vendría a denominarse, de acuerdo con una terminología convencional, las reglas de experiencia que se utilizan en la prueba de indicios<sup>55</sup>. Así, afirma, por ejemplo, *Freund* que resulta imposible una reconstrucción completa de las reglas de experiencia sobre hechos psíquicos ajenos, pues "nadie puede conocer todas las reglas de la experiencia de la vida que rigen en este ámbito y no existe, evidentemente, ninguna codificación. Además su cantidad podría ser tan grande que un completo registro en un trabajo toparía con enormes dificultades"<sup>56</sup>. Ciertamente resulta

---

de la razón, la sana crítica, el criterio humano, etc., ya que, en definitiva, dichas reglas no precisan de ningún conocimiento específico, sino que forman parte de la propia condición de persona (...) debe superarse la vieja creencia de que los Jurados llegan a su decisión por medio de la 'inspiración', de la simple 'creencia' y considerar que la aplicación de los correctivos hoy en día establecidos a la apreciación en conciencia son de absoluta aplicación a los Jueces legos".

<sup>54</sup>PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 428 afirma que no existe una "determinación general de las condiciones en las que existe dolo, ya que estas condiciones se infieren del caso concreto y ello permite al tribunal afirmar o negar que esas condiciones sean las propias del concepto de dolo que sostenga".

<sup>55</sup>Una afirmación que, por otra parte, ya es posible encontrar en autores mucho más antiguos, cfr. KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 130-131.

<sup>56</sup>FREUND, *Normative Probleme*, p. 27. VEST, *Vorsatznachweis*, p. 7 ss, esp., p. 10: "la capacidad probatoria de un indicio no se puede regular de un modo abstracto ya que depende siempre de las concretas circunstancias del caso específico".

imposible aportar un listado de todos aquellos mecanismos a través de los cuales se imputa socialmente a otra persona un concreto grado de conocimiento<sup>57</sup>. Pero tampoco nadie se plantea, por ejemplo, aportar en el ámbito de la imputación objetiva una lista de todos aquellos resultados que se consideran objetivamente previsibles a partir de todas las conductas humanas imaginables o de todos aquellos comportamientos que merecen la consideración de adecuados socialmente. Y, sin embargo, tal impedimento no ha sido obstáculo para el desarrollo de una serie de criterios intermedios que permiten dotar a la solución de los casos de una mayor uniformidad y, en tal medida, aportar cuotas más elevadas de seguridad jurídica. En el ámbito de la "determinación del dolo" nadie parece haberse planteado adentrarse en semejante nivel de análisis: tal posibilidad simplemente se rechaza afirmando que es irrealizable la tarea de codificar todas y cada una de las reglas. De este modo, la constatación del dolo se convierte en un problema del caso concreto, lo que no habla precisamente a favor de la seguridad jurídica ni de la plena racionalidad en la aplicación del Derecho<sup>58</sup>.

La existencia de este desierto doctrinal resulta aun más sorprendente si se tiene en cuenta que en el ámbito del conocimiento de la antijuricidad sí existe una cierta uniformidad en los criterios que se emplean para decidir en qué situaciones deben atribuirse a un sujeto determinados conocimientos<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup>Ya F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 18, puso de relieve que la tarea de enumerar (aunque sólo sea para un ámbito concreto) todas las máximas de experiencia que rigen en la vida es irrealizable.

<sup>58</sup>No se encuentra una explicación plausible a por qué gran parte de la doctrina admite la normativización en elementos del delito como la voluntariedad del desistimiento o la culpabilidad entre otros y, en cambio, la "determinación del dolo" sigue confinada al mundo ideal de lo ontológico. Sobre la polémica acerca de este fenómeno de "normativización parcial", cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 41-42.

<sup>59</sup>PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, pp. 428-429, pone de manifiesto que, en lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad, existen reglas consolidadas que pueden ser aplicables a todos los casos en que se dé una coincidencia de presupuestos objetivos: en este ámbito "pueden construirse premisas mayores de eficacia general, en las que pueda afirmarse o negarse directamente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la ilicitud". Un interesante resumen de los criterios empleados en este ámbito por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral

Aunque también en este ámbito quede un largo trecho por recorrer, por lo menos se aprecia una voluntad de entrar a discutir a un nivel intermedio que no se constata en lo referente al dolo. Sin embargo, si tanto en el caso del dolo como en el del conocimiento de la antijuricidad, el resultado del juicio que lleva a cabo el aplicador jurídico es el mismo (consistente en ambos casos en afirmar que, dadas determinadas circunstancias objetivas, un sujeto ha conocido o desconocido algo) no se ven los motivos por los que sí es posible aportar criterios uniformes para el segundo de estos ámbitos y no para el primero. Cuestión distinta es que, a causa de la clase de conocimiento que importa en el error de prohibición (la vigencia de ciertas normas jurídicas), resulte más sencillo aislar determinadas reglas. Pero que en la cuestión del dolo pueda existir una mayor dificultad para aislar ciertos criterios no debe llevar a considerar innecesario o incluso imposible aportar reglas que permitan una sistematización teórica de este ámbito.

En segundo lugar, si se parte de que, dado un caso concreto, es posible entrar a juzgar la validez de las máximas de experiencia que para su resolución se utilizan, es decir, si se admite que no todo queda en manos de la intuición del juez, por fuerza deben existir unos parámetros externos al caso que suministren criterios de validez para juzgar la corrección de tales máximas<sup>60</sup>. Y, desde luego, la explicitación de tales parámetros necesariamente tiene que contribuir a que sea posible la progresiva consolidación de máximas de experiencia, lo que, desde luego, deberá traducirse en mayores cotas de seguridad jurídica, pues será posible dispensar a los casos un tratamiento cada vez más uniforme<sup>61</sup>. De lo contrario, todo queda reducido a la aplicación de

---

inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, p. 224 ss. Pone en evidencia este autor (*ibidem*, p. 224), cómo “el TS ha ido desarrollando una serie de máximas de experiencia que casi han acabado por fundirse con los criterios dogmáticos materiales que delimitan el objeto de la prueba, el conocimiento de la antijuricidad”.

<sup>60</sup>OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 27, entiende que las reglas de experiencia judiciales “son empíricas, porque pueden ser verdaderas o falsas”.

<sup>61</sup>Esta reclamación se aprecia en los planteamientos de GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, art. 138, n° marg. 57, cuando —haciendo referencia a los criterios empleados por el Tribunal Supremo para acreditar el dolo homicida— lamenta que “dicha praxis no ha[ya] creado ninguna doctrina sobre el proceso intelectual de inferencia, pues exac-

ocultos mecanismos de imputación que, refugiados en ese ámbito de lo discrecional que es la valoración de la prueba, se amparan en la mera pantalla teórico-formal del descubrimiento de la verdad. De este modo y en contra de las intenciones de quienes la defienden, la idea de verdad material como objetivo del proceso, acaba por convertirse en la coartada teórica del puro decisionismo<sup>62</sup>.

En la Tercera Parte de este trabajo van a intentar desarrollarse una serie de criterios que, a partir de la idea del sentido social, deben servir para operar en el ámbito de la "determinación del dolo". Antes, sin embargo, conviene resumir brevemente las conclusiones a que se ha llegado en el curso del presente Capítulo.

## X.5. Conclusiones

1º) Una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso. Dicha aplicación sólo permite castigar las realizaciones imprudentes en aquellos casos en que esté prevista su punibilidad, pues no es posible garantizar que los resultados que se puedan obtener de las ciencias

---

tamente los mismos hechos y situaciones objetivos que sirven en unos casos para inferir el dolo de matar en otros sirven para negarlo".

<sup>62</sup>Especialmente interesante al respecto una idea aportada por KLEB-BRAUN, JA, 1986, p. 315: para el acusado no resulta en absoluto tranquilizadora la afirmación de que sólo se le va imputar aquello que sea verdad cuando se sabe que tal verdad es inescrutable y que, por tanto, los criterios de decisión van a permanecer ocultos. En este sentido es interesante, HILLENKAMP, *Wassermann-FS*, donde se muestra con ejemplos especialmente ilustrativos la debilidad de los planteamientos teóricos de las ciencias jurídicas (y de la ley misma) para frenar determinadas necesidades de pena. Para evitar abusos en la consecución de dichas finalidades, lo que parece más prudente es tratar de introducir ciertas restricciones dentro del ámbito de lo posible, antes que formular exigencias irrealizables.

empíricas, la confesión del acusado o la prueba de indicios vayan a coincidir, siempre y en todo caso, con la que fue realidad psíquica del sujeto activo.

2º) Tampoco la interpretación que habitualmente se aporta del texto de la ley puede considerarse satisfactoria. La afirmación de que la determinación procesal del dolo depende de la convicción del juez, establece como criterio decisivo para tal determinación un factor subjetivo o irracional, con cuyo empleo es posible, incluso en el plano teórico, que un mismo caso pueda tener dos o más soluciones correctas en función de quien lo enjuicie. Además, esta solución incorpora un evidente riesgo de divergencia entre hechos probados y realidad efectivamente acaecida y, por tanto, de instrumentalización del sujeto y de ataque a la dignidad de éste como persona. Los criterios objetivizantes que suelen exigir jurisprudencia y doctrina (ausencia de dudas concretas, plausibilidad, no arbitrariedad etc.) no eliminan el carácter decisivo de la convicción.

3ª) La solución que opta por hacer depender la determinación del conocimiento requerido por el dolo del significado social de una conducta y de las circunstancias que acompañan a ésta, presenta notables ventajas:

a) Resulta especialmente idónea desde el punto de vista de los efectos que deben conseguirse con la sanción penal. Recurriendo al criterio del "inequívoco sentido social" se restringe el empleo de dicha sanción a los supuestos en que éste resulta verdaderamente imprescindible.

b) Puede ser legitimada de acuerdo con la idea de que todo sujeto que pretende ser protegido por el Derecho penal está dispuesto a asumir el (escaso) riesgo de ser alguna vez condenado como autor de un delito doloso sin haber contado (desde un punto de vista psicológico) con los conocimientos requeridos por el dolo. La cobertura constitucional para este criterio puede deducirse de la previsión, en el texto de la norma fundamental, tanto del derecho a la dignidad de la persona, como del Derecho penal como forma de protección de los intereses fundamentales de los individuos.

c) A corto plazo permite obtener soluciones uniformes para supuestos de hecho idénticos y, a mucho más largo plazo, resulta adaptable a las cambiantes convicciones de la sociedad.

d) Tiene perfecto apoyo legal aun acogiendo la idea de la convicción judicial como finalidad de la actividad probatoria. La diferencia con las concepciones tradicionales radica, sin embargo, en que con el criterio del sentido social ya no toda convicción es válida, sino únicamente la que capta de modo adecuado el sentido social del hecho. En palabras de *Framarino*: "en esta condición social, que es una especie de objetivación de la certeza, radica la mejor determinación del convencimiento judicial, determinación que le impide a éste convertirse, de modo más o menos hipócrita, en arbitrariedad del juez"<sup>63</sup>.

De acuerdo con estas conclusiones procede afirmar que:

*Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyendo a su concreta conducta la capacidad de realizar un tipo penal.*

---

<sup>63</sup>FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 57.

TERCERA PARTE

*Sobre la atribución del conocimiento*

## XI. INTRODUCCIÓN

### XI.1. Planteamiento

En la Segunda Parte de este trabajo se ha llegado a la conclusión de que, en el ámbito del proceso penal, la determinación del conocimiento que requiere toda condena por delito doloso se lleva a cabo a través de juicios en los que el juez o tribunal *atribuye* o *imputa* dicho conocimiento a un determinado sujeto. De acuerdo con esta idea, en el ámbito de la "determinación del dolo" no se trata, en contra de lo que se suele afirmar, de llevar a cabo una averiguación empírica de ciertos fenómenos psíquicos. Como ya se ha dicho, estos fenómenos se hallan ocultos "en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano" y no existen actualmente métodos científicos que permitan su plena constatación<sup>1</sup>.

En páginas anteriores se ha llegado también a la conclusión de que la forma más adecuada para juzgar la procedencia de tales juicios de atribución viene dada necesariamente por la coincidencia de éstos con los criterios sociales de imputación de conocimientos. Sólo cuando se dé tal coincidencia podrá garantizarse que el hecho haya constituido la realización consciente de un comportamiento que contradice una determinada norma penal ante la colectividad y, sólo en este caso, se podrá conseguir que la pena asignada al

---

<sup>1</sup>La cita proviene de la STS de 31 de marzo de 1981 (A 1250, ponente Vivas Marzal). Sobre la falta de criterios científicamente asegurados en este ámbito, cfr. *supra* VII.3.A.5.

delito doloso, como réplica a éste, despliegue adecuadamente sus efectos en el seno de la sociedad<sup>2</sup>.

Las personas, en tanto que miembros de una misma sociedad en constante proceso de comunicación, comparten una serie de valoraciones de acuerdo con las cuales entienden que, dadas determinadas realidades objetivas, otro sujeto cuenta de forma inequívoca con ciertos conocimientos<sup>3</sup>. Estas valoraciones, concretadas en reglas de atribución, deben ser también el criterio a utilizar en el proceso por el juez para resolver la cuestión relativa a la determinación de los conocimientos en que se basa una condena por delito doloso. Sólo de este modo es posible garantizar que los resultados de la reconstrucción judicial de los hechos vayan a coincidir con las valoraciones de la sociedad<sup>4</sup>.

En el curso de los siguientes Capítulos se hará referencia a tales comprensiones sociales con la expresión *reglas sociales de imputación o atribución de conocimientos*. Por motivos ya expuestos, la correspondencia con estas reglas es el único criterio válido y eficaz para juzgar la corrección de una determinado

---

<sup>2</sup>De acuerdo con KLEB-BRAUN, "Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus 'volljuristischer' Sicht", JA, 1986, p. 312, la plausibilidad de las conclusiones a las que se llega a través de la prueba de indicios en el ámbito del dolo debe medirse con base en criterios objetivos, lo que hace posible que sea controlada. A la idea de esta autora puede añadirse que el baremo adecuado para medir tal plausibilidad no puede ser otro que la coincidencia con la valoración social de que, inequívocamente, un hecho ha sido realizado de forma consciente. Este punto de vista se puede vincular a la idea de esta autora (*ibidem*, p. 313), según la cual la meta del juicio oral es "una representación de la verdad común a todos los que en él participan".

<sup>3</sup>En este punto resultan especialmente ilustrativas las consideraciones de HRUSCHKA, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", Kleinknecht-FS, Munich, 1985, p. 201. Ver igualmente JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijó Sánchez, Madrid, 1996, pp. 51-52, quien afirma que "la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes".

<sup>4</sup>Cfr., en este punto, la exposición de SCHILD, "Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners", JA, 1991, p. 51 ss. Respecto a las críticas que este autor dirige al planteamiento que aquí se defiende, cfr. *supra* X.2.C.2.

juicio de atribución de conocimientos o, siguiendo la terminología tradicional, de las *reglas de experiencia* sobre el conocimiento ajeno<sup>5</sup>. Por contra, el empleo de criterios que no tengan una plena vigencia social puede conducir a unas conclusiones finales que no se correspondan con el punto de vista compartido por los miembros de la sociedad, no pudiendo en tal caso descartarse que la imposición de una pena como réplica a tal hecho —o la no-imposición— pueda tener un carácter socialmente perturbador, lo que lleva además a cuestionar que en tales casos se pueda considerar legítima la asunción del riesgo de error que va implícita a toda condena judicial<sup>6</sup>.

La demostración de que las valoraciones sociales son un criterio manejable para determinar la validez de una regla de imputación de conocimientos puede mostrarse, sin prácticamente dificultades, acudiendo al siguiente ejemplo:

Imagínese una regla según la cual se sostiene que “todas las personas adultas (en pleno uso de sus facultades mentales y con una socialización normal) saben que disparar a otro en la cabeza con una pistola entraña un riesgo de muerte”. Imagínese también la regla opuesta a la anterior, esto es, la que sostiene que “no todas las personas adultas (en pleno uso de sus facultades mentales y con una socialización normal) saben que disparar a otro en la cabeza con una pistola entraña un peligro de muerte”.

La búsqueda de criterios que permitan considerar correcto uno de los dos anteriores enunciados no pasa en absoluto por el recurso a las ciencias empíricas, pues no parecen existir conocimientos científicos asentados que permi-

---

<sup>5</sup>La racionalidad de las afirmaciones sobre los conocimientos de otra persona sólo puede predicarse en aquellos casos en que el contenido de tales afirmaciones coincida con el de las reglas sociales de imputación de conocimientos. Así, cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la prueba del dolo se lleve a cabo utilizando criterios racionales (cfr., entre otras resoluciones, el ATS de 24 de abril de 1996, A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), dicha racionalidad vendrá necesariamente dada, desde el punto de vista que aquí se defiende, por la coincidencia entre el resultado de la valoración judicial y las precomprensiones sociales sobre cuándo un comportamiento ha sido realizado con plena consciencia, y cuándo inconscientemente.

<sup>6</sup>Sobre estas cuestiones, cfr. *supra* X.2 y X.3.

tan decidir cuál de ellas resulta acertada<sup>7</sup>. El recurso coherente a tales ciencias debería llevar en todo caso a negar el dolo de la persona que hubiera realizado una conducta como la comprendida en las reglas del ejemplo, pues resulta imposible conseguir certeza empírica sobre cuáles fueron sus auténticos conocimientos y, por tanto, científicamente no se puede asegurar que dicha persona previera realmente los posibles efectos de la conducta realizada. Sin embargo, la cuestión puede solucionarse si se acude a un contexto social, donde es indudable que (hoy en día y en la actual sociedad) se sostiene la corrección de la primera regla y, en consecuencia, la improcedencia de la segunda. De este modo se hace posible resolver (en sentido condenatorio) los supuestos de hecho que puedan presentarse en que alguien haya disparado con una pistola en la cabeza de otra persona, siempre que, previamente, le haya sido imputado también un conocimiento perfecto de la situación en que actuaba (esto es, la consciencia de que disparaba contra otra persona y no, por ejemplo, contra un maniquí, y, además, el conocimiento de que la pistola estaba cargada).

El que acudiendo a un contexto social sea posible verificar o rechazar la validez de determinadas afirmaciones sobre el conocimiento ajeno presupone que, de algún modo, las reglas de atribución que se consideran correctas no sean más que meros desarrollos de las precomprensiones que rigen en una determinada sociedad sobre cuándo una persona conoce o desconoce algo. La existencia de tales precomprensiones es lo que hace posible que, de modo casi instintivo y en supuestos tan sencillos como el anterior, se pueda juzgar la procedencia de determinadas aseveraciones sobre el conocimiento ajeno<sup>8</sup>. Si no se parte de dichas precomprensiones no es posible entrar a valo-

---

<sup>7</sup>Sobre las insalvables dificultades con que se encuentran las ciencias empíricas para aportar conclusiones ciertas sobre la realidad del conocimiento ajeno, cfr. *supra* VII.3.A.3.

<sup>8</sup>GIMBERNAT ORDEIG, "Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)", *ADPCP*, 1990, p. 427, afirma que "la mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, están matando intencionadamente a sus víctimas, y que ello es así no tiene vuelta de hoja". Esta rotunda afirmación no parece basarse en lo

rar qué atribuciones de conocimientos resultan atinadas y cuáles no, pues no se cuenta con baremo alguno al que acudir para juzgar tal corrección<sup>9</sup>. Ello no obsta a que en determinados casos pueda resultar ciertamente difícil determinar el exacto contenido o vigencia de algunas valoraciones sociales: en estos casos, evidentemente, es donde una elaboración teórica puede permitir centrar los problemas y aportar soluciones<sup>10</sup>. Cuando, pese a todo, permanezcan dudas sobre el criterio de la sociedad acerca de la validez de ciertas atribuciones de conocimientos, éstos no deberán ser imputados al sujeto<sup>11</sup>.

En la Tercera y última Parte de este trabajo va a abordarse el análisis de las reglas sociales de imputación de conocimientos. Evidentemente, no se pretende aquí aportar una lista de todas las reglas de esta clase que rigen en una determinada sociedad, ante todo porque su elevadísimo número haría imposible la consecución de un objetivo como éste<sup>12</sup>. No obstante, lo que sí va a intentarse a continuación es poner de relieve una serie de criterios que permitan identificar y clasificar las diversas clases de reglas, así como juzgar su corrección o incorrección<sup>13</sup>. De lo que se trata, por tanto, es de mostrar

---

que puedan sostener sobre estos casos ciertas disciplinas científicas, sino en el sentido social obvio de tales comportamientos.

<sup>9</sup>Son especialmente interesantes en este punto las consideraciones de KINDHÄUSER, "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", *ZStW*, 96 (1984), p. 5 ss.

<sup>10</sup>PRITTWITZ, "Die Ansteckungsgefahr bei AIDS" (2ª parte), *JA*, 1988, p. 497, critica las opiniones vertidas por HRUSCHKA, en *Kleinknecht-FS* (cfr. *supra* IX.3.B.2.a) afirmando que en realidad, de éstas no se sigue repercusión práctica alguna. Sin embargo, *Prittwitz* pasa por alto que si el conocimiento en que se basa el dolo deja de ser considerado como un fenómeno psíquico y pasa a entenderse como el resultado de un juicio de imputación, como defiende *Hruschka*, se hace posible plantear y discutir reglas para determinar en qué casos concurre tal conocimiento y en qué casos no, siendo ésta la gran aportación de los planteamientos de este último autor a la práctica.

<sup>11</sup>Cfr. *supra* X.3.

<sup>12</sup>Sobre tales dificultades, PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 497 y, en general, *supra* X.4.

<sup>13</sup>Afirma VOLK, "Dolus ex re", *Strafgerichtsbarkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 624, que "la praxis trabaja con reglas que concretan el dolo para determinados grupos de delitos y que lo hacen aplicable para casos típicos, con reglas que versan sobre su prueba y que al mismo tiempo encubren decisiones político-criminales sobre el merecimiento de pena". En esta línea, y como reclama KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 321,

cuáles son las precomprensiones sociales básicas que permiten juzgar como correcta o incorrecta una afirmación sobre el conocimiento ajeno y, en consecuencia, de enunciar criterios que permitan juzgar si la concreta "regla de experiencia" con la que se pretende resolver un supuesto de hecho coincide o no con las valoraciones sociales sobre cuándo de un comportamiento se desprende inequívocamente el sentido de que ha sido realizado con aquellos conocimientos que son necesarios para afirmar su realización dolosa<sup>14</sup>.

En las páginas que siguen va a intentarse la elaboración de un desarrollo teórico para un ámbito de la praxis penal que hasta ahora se encontraba prácticamente huérfano de toda atención doctrinal<sup>15</sup>. Efectivamente, como ya se ha puesto en evidencia en otro apartado de este trabajo, hasta el día de hoy la dogmática jurídico-penal prácticamente no ha proporcionado criterios (o al menos no lo ha hecho de forma sistemática) que permitan decidir sobre el grado de conocimiento que hay que atribuir a los diversos intervinientes en un concreto supuesto de hecho<sup>16</sup>: la cuestión simplemente se ha abandonado, por regla general, al ámbito de la valoración de la prueba y, en última instancia, a la íntima convicción del juez<sup>17</sup>. Por contra, en los apartados siguientes se va a tratar de aportar criterios que, en principio, deben permitir decidir "hasta el final" cualquier supuesto de hecho imaginable y ello desde

---

"las valoraciones de las que se ha valido la práctica penal durante tanto tiempo deben sacarse a la luz y someterse a debate".

<sup>14</sup>Afirma HERZBERG, "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten" (2ª parte), *JZ*, 1988, p. 640, que "los jueces penales tienen que conformarse a menudo con indicios para la determinación de los hechos", pese a que "lo que ellos esperan de la dogmática, y con razón, es otra cosa: *criterios que decidan sin 'peros'* y que digan claramente qué es lo que *no interesa*" (cursiva en el original). Entiende este autor que la renuncia a proporcionar criterios y el dejarlo todo en una cuestión de indicios supone "la renuncia a la teoría y la entrega del caso concreto al criterio y al sentimiento de justicia del juez".

<sup>15</sup>La inexistencia de una auténtica discusión doctrinal sobre en qué concretos casos debe afirmarse la concurrencia de los presupuestos aplicativos del dolo era ya constatada a principios de siglo por HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 78, quien aporta referencias de las contadas excepciones.

<sup>16</sup>Cfr. *supra* VI.3.

<sup>17</sup>Los problemas que plantea esta solución han sido expuestos *supra* VIII.3.

el convencimiento profundo de que en el ámbito de las afirmaciones judiciales sobre el conocimiento ajeno también existen convicciones correctas e incorrectas, lo que debe ser aun más evidente cuando se ha abandonado un impracticable psicologismo y se vinculan las posibles soluciones al terreno de la valoración social de los comportamientos ajenos<sup>18</sup>.

Cuando se afronta una labor como ésta se tiene la sensación de que se está construyendo sobre el vacío, dada la práctica inexistencia de tradición doctrinal sobre el análisis de la cuestión. Por ello, el principal objetivo de las siguientes páginas no es tanto aportar una serie de criterios indiscutibles e irrefutables, sino mostrar, ante todo, que también es éste un ámbito en el que, no sólo es posible y legítimo que la ciencia penal entre a investigar, sino en el que es conveniente, o incluso urgente, que lo haga. Bastaría, pues, con que los criterios que se apuntan en los siguientes Capítulos sirvieran como una primera base para introducir esta materia en el debate doctrinal y para dar pie a que se empiecen a discutir cuestiones hasta ahora prácticamente ignoradas. Para demostrar, en definitiva, que también sobre este tema puede aportarse algo más que un "mero amontonamiento de argumentos" pensados *ad hoc* para cada supuesto concreto sobre los que debe decidir un acto meramente subjetivo de convicción personal<sup>19</sup>.

## XI.2. Reglas de imputación: ¿concepto o determinación procesal del delito?

### A) Criterios generales

---

<sup>18</sup>BACIGALUPO ZAPATER, "La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal", en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 165, afirma que "inclusive la determinación de los hechos en un sistema de apreciación de la prueba en conciencia (p. ej. art. 741 LECrim) depende de la aplicación de principios jurídicos vinculantes, pues, de acuerdo con el art. 9.3 CE, 'la Constitución garantiza' (...) 'la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos'".

<sup>19</sup>La cita proviene de FRISCH, "Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung — am Beispiel der AIDS-Diskussion", *K. Meyer-GS*, Berlín, 1990, p. 560.

Una vez establecida la existencia de unas reglas sociales de imputación del conocimiento y constatada la necesidad de que éstas sean empleadas en el momento de la determinación procesal del dolo, conviene ahora plantearse la cuestión acerca de si tales reglas tienen una mera naturaleza procesal o si, por contra, deberían tenerse ya en cuenta al enunciar el propio concepto de dolo. A favor de esta última idea puede invocarse que, al fin y al cabo, sólo va a poder afirmarse que una acción ha sido realizada dolosamente cuando a su autor le sean atribuibles ciertos conocimientos de acuerdo con las reglas sociales de imputación, por lo que éstas ya podrían ser incluidas en la definición acerca de lo que se entiende por dolo<sup>20</sup>. Sin embargo, en contra de esta última afirmación podría alegarse que, dado que las reglas de imputación se basan en datos que van más allá de las circunstancias que integran el hecho que se debe considerar probado (declaraciones posteriores del sujeto activo, por ejemplo), su naturaleza es más propia del Derecho procesal que del Derecho material que, por principio, sólo pretende analizar determinadas características de dicho hecho.

Aportar una solución convincente a este problema requiere dejar sentadas una serie de ideas básicas. En primer lugar, y de acuerdo con los planteamientos defendidos en este trabajo, el dolo es, en su indiscutible núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas realidades<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup>Cfr., para este punto, las afirmaciones de VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 617: "se puede discutir si estas nuevas reglas de coordinación [las que vinculan al concepto con la realidad] tienen importancia para el Derecho material y si afectan al concepto de dolo o si sólo se refieren a su prueba". Añade este autor que "la pertenencia de estas reglas al concepto o a la prueba es una controversia en la que no hace falta entrar. En el fondo no cambia nada por la decisión que se adopte al respecto, pues nos encontramos en un ámbito en que las reglas procesales y las jurídico-materiales son intercambiables". Sobre las repercusiones de esta idea en la revisión de las sentencias, *ibidem* (nota 40). Cfr., igualmente, EL MISMO, "Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit", *Bockelmann-FS*, Munich, 1979, p. 77 ss, esp. p. 82 ss. BACIGALUPO ZAPATER, "Presunción de inocencia, 'in dubio pro reo' y recurso de casación", *ADPCP*, 1988, p. 379, afirma que "en la medida en que las normas del Derecho penal sólo se realizan a través del proceso penal, la cuestión de si se introduce en su contenido también lo referente a su realización sólo puede ser una cuestión de posibilidad conceptual. En la medida en que un concepto de norma de esta naturaleza no es imposible, poco es lo que se puede decir en su contra a partir de la teoría de las normas".

<sup>21</sup>Cfr. *supra* V.

En segundo lugar, la concurrencia de dicho conocimiento en un caso concreto se determina acudiendo a reglas que permiten establecer cuándo, a partir de un determinado sustrato fáctico, se entiende que un sujeto es conocedor de ciertas circunstancias<sup>22</sup>. Estas últimas reglas tienen como presupuesto aplicativo hechos objetivos anteriores, coetáneos y posteriores al momento de realización del comportamiento respecto al cual debe determinarse la realización consciente. De acuerdo con estas ideas, toda afirmación de que una conducta ha sido efectivamente llevada a cabo de forma dolosa requiere de tres presupuestos: que se sepa qué es el dolo, que se sepa cómo determinarlo y que se cuente con una base objetiva que permita afirmar que alguien ha actuado dolosamente.

Ciertamente puede pensarse que, dado el carácter práctico del Derecho penal, los dos primeros momentos podrían agruparse en un solo, de tal modo que todo aquello que no pudiera determinarse procesalmente no merecería siquiera la pena incluirlo en el concepto inicial<sup>23</sup>. Sin embargo, también es perfectamente defendible la idea de que es mejor mantener separados los dos momentos, pues mientras el concepto es algo que se circunscribe al hecho que debe (o no) reputarse antijurídico, en la cuestión de la determinación intervienen datos que van más allá de tal hecho. La validez de los dos puntos de vista debe llevar a reconocer que la única respuesta que puede apor-

---

<sup>22</sup>Cfr. *supra* X. Ver también en este punto las consideraciones de BACIGALUPO ZAPATER, en *La sentencia penal*, p. 177: "la determinación de si el autor obró con dolo dependerá de la comprobación de si el autor obró según lo que establezca una definición (dogmáticamente plausible) del dolo; lo complicado será establecer si en el caso concreto el autor obró p. ej. habiendo realmente conocido y querido".

<sup>23</sup>Así, VOLK, "Kausalität im Strafrecht", *NStZ*, 1996, pp. 105-106, entiende que, aunque es habitual la distinción entre los conceptos y su prueba, esta separación no es evidente ni obligatoria y sólo funciona de forma clara cuando en el primer ámbito sólo se depende del "Derecho" y en el segundo de la "experiencia". Sin embargo la nitidez de la distinción desaparece cuando hacen falta reglas de experiencia en el ámbito de la definición de conceptos y también en el de la prueba, como sucede en relación con la causalidad. En estos casos deja de estar claro dónde acaba el concepto y dónde empieza la prueba. Ideas parecidas pueden encontrarse también en BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milán, 1960, p. 1, cuando este autor afirma que, sin ser una categoría sustancial, el *dolus in re ipsa* como forma de prueba "también presenta implicaciones sustanciales".

tarse en este ámbito es que todo dependerá del modelo de análisis teórico que se proponga el intérprete. La cuestión tal vez parezca menos intrincada si se acude a un ejemplo.

*Supóngase que se invita a dos personas a formular una definición de la palabra "unicornio". La primera de ellas responde que un unicornio es "un animal de figura de caballo y con un cuerno recto en la mitad de la frente". La segunda afirma que es "un animal fabuloso que fingieron los antiguos poetas, de figura de caballo y con un cuerno recto en la mitad de la frente"<sup>24</sup>. ¿Cuál de las dos definiciones es correcta?*

Sin lugar a dudas, las dos lo son. Adoptar una u otra como más adecuada, en función de su menor o mayor precisión, probablemente sólo dependa de los intereses de quien tenga que manejarlas. Si quien se interesa por saber qué es un unicornio es un pintor de escenas mitológicas, éste tendrá ya suficiente con la primera definición; por contra, a un zoólogo que se plantee estudiar los unicornios le resultará mucho más útil la segunda, sobre todo para ahorrarse el vano esfuerzo que supondría una investigación acerca de la existencia sobre la tierra de uno de estos imaginarios animales.

De vuelta al Derecho penal, acoger como correcta la definición de "dolo como conocimiento" o de "dolo como conocimiento determinado a partir del sentido social del hecho" depende de los intereses de quien vaya a emplearla. A una dogmática jurídico-penal sólo preocupada por establecer en abstracto las características de esa entidad ideal denominada "delito" le basta con la primera; por contra, a una dogmática interesada por analizar todas las condiciones que tienen que darse en la práctica para que se afirme de modo efectivo la comisión de un delito sólo le podrá resultar útil la segunda<sup>25</sup>. Acoger una u otra opción tiene sus costes: si se opta por la primera se corre el peligro de que enormes esfuerzos por crear los conceptos teóricos más depu-

---

<sup>24</sup>Definición tomada del *Diccionario de la Lengua española*. Real Academia Española, 21ª ed., Madrid, 1992.

<sup>25</sup>Para caracterizar a ambos modelos de dogmática puede servir la siguiente distinción: el primer modelo de dogmática haría suya la afirmación de que el presupuesto de la pena es la simple comisión de un delito, mientras que la segunda afirmaría que el presupuesto de la pena es la comisión de un delito que pueda ser efectivamente acreditada en el ámbito del proceso.

rados acaben resultando del todo baldíos cuando éstos traten de ser llevados a la práctica<sup>26</sup>. Sin embargo, las dificultades no son menores si se acoge la segunda, pues los factores que se toman en cuenta en la práctica para que se acabe reputando delictivo un comportamiento van más allá del análisis ideal de las características de éste. La dogmática basada en esta segunda opción tendría que abandonar el mero análisis de un hecho concreto para centrarse en otras realidades anteriores y posteriores a éste, que ya deberían ser tenidas en cuenta al enunciar sus conceptos. Esta labor, sin ser imposible, implicaría hacer borrón y cuenta nueva con casi todos los puntos de partida de la actual dogmática y supondría una notable pérdida de claridad expositiva.

En referencia a esta última opción, cuando se hablase, por ejemplo, de los requisitos de la autoría no sería suficiente enunciar en abstracto los elementos conceptuales que componen esta figura, sino que también debería explicitarse la forma en que éstos pueden ser determinados procesalmente (confesión, testigos, etc.); y lo mismo sucedería, por ejemplo, al establecer qué debe entenderse por causalidad en Derecho penal: no sólo bastaría con definir qué se considera "relación causal", sino que debería aclararse cuándo y cómo puede ser acreditada una de estas relaciones en el ámbito del proceso.

No se trata aquí de aceptar una de las anteriores opciones y de rechazar la otra pues, con sus problemas específicos, las dos resultan posibles, y la elección depende, como se ha dicho, del modelo de interpretación que libremente decida acoger cada jurista. Sin embargo, desde un punto de vista personal, se entiende que el modelo tradicional (la primera opción) puede seguir siendo válido y, en muchos aspectos, presenta tal sencillez que facilita la explicación y discusión teórica acerca del delito como entidad ideal. De todos modos, esta opción por la primera modalidad de análisis no implica que deban dejarse absolutamente de lado importantes aspectos de la segunda. Esto se puede conseguir si en la elaboración abstracta de conceptos se tiene ya en

---

<sup>26</sup>Conviene en este punto citar de nuevo a FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 552: "de poco sirve todo el trabajo de filigrana en el ámbito de la caracterización jurídico-material del dolo si, en el ámbito procesal, éste carece de una réplica que haga posible el traslado de los discernimientos previos, es decir, si se mantiene en la oscuridad la cuestión sobre (el método para) la determinación de los requisitos exigidos". En este sentido, y como ejemplo paradigmático, cfr. *infra* el Excurso sobre la "intensidad del conocimiento".

cuenta en qué condiciones tales conceptos van a poder ser aplicados, especialmente en ámbitos de la discusión tan sensibles en su aspecto práctico como la causalidad, el tipo subjetivo o la imputabilidad<sup>27</sup>. De este modo debe conseguirse, por un lado, una dogmática mucho más próxima a la praxis y, por otro, un considerable ahorro de esfuerzos vanos, evitándose la construcción de conceptos teóricos inaplicables<sup>28</sup>.

Tener en cuenta las condiciones de aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales supone adentrarse en un ámbito teórico cuya asignación al Derecho penal material o al procesal no es clara. Por un lado, la dogmática penal ha dirigido casi en exclusiva sus esfuerzos teóricos a la caracterización del delito entendido éste como una entidad ideal; por su parte, la teoría del proceso apenas se ha preocupado por elaborar un desarrollo sistemático sobre cómo deben trasladarse a la práctica los concretos elementos de la infracción penal previamente definidos. En los Capítulos siguientes, como ya se ha dicho, se intentarán aportar tales criterios en relación con el dolo del sujeto activo, una labor que en gran parte se encuentra todavía por hacer. Sin embargo, ya en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina procesal pueden encontrarse algunos de los fundamentos teóricos que deben hacerla posible.

#### *B) El estado de la cuestión en la jurisprudencia española*

La doctrina tradicional del Tribunal Supremo, mantenida hasta poco después de la entrada en vigor de la Constitución, consideraba que para dar por probado un hecho bastaba con la convicción del juez sobre su existencia, sin que tal conclusión tuviera que fundamentarse en factor alguno más allá del

---

<sup>27</sup>Cfr. las interesantes consideraciones de HOYER, "Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip 'in dubio pro reo'", *ZStW*, 105 (1993), pp. 549-553, sobre cómo los problemas procesales influyen en el contenido de las reglas de Derecho material. DONINI, *Teoría del reato. Una introduzione*, Padua, 1996, p. 325, pone de manifiesto la vertiente sustancial que surge de los problemas de determinación procesal.

<sup>28</sup>Interesantes en este punto las consideraciones de MIR PUIG, "Por una dogmática penal creadora", en *La sentencia penal*, p. 24.

propio acto, estrictamente subjetivo, consistente en convencerse de algo<sup>29</sup>. En esta misma línea, tampoco se consideraba que fuera necesario hacer públicos en la sentencia los motivos que habían llevado a una determinada convicción<sup>30</sup>. Para poner en evidencia hasta qué punto estaba arraigado este modo de ver las cosas, basta con acudir a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978, en cuya fundamentación jurídica se afirmó:

los Tribunales apreciarán las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado *en conciencia*, es decir, no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la Ley —sistema felizmente superado— o siguiendo los dictados o reglas de la sana crítica o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que, el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial<sup>31</sup>.

Este punto de vista atribuía por completo a los tribunales de instancia la tarea de valorar el material probatorio y de fijar los hechos probados, sin que éstos pudieran ser revisados de ningún modo en el ámbito de la casación<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup>Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 111 ss.

<sup>30</sup>Resulta especialmente interesante en este punto CARMONA RUANO, "La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado", en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 123 ss. Cfr., igualmente, DELGADO GARCÍA, "Prueba de indicios", en EL MISMO (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 383 ss.

<sup>31</sup>A 417, ponente Vivas Marzal (cursiva en el original). Esta perspectiva coincide con la interpretación que del principio de libre valoración de la prueba se lleva a cabo desde sus orígenes en tiempos de la Revolución francesa, especialmente por parte de los hegelianos; cfr., al respecto, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 527. Cfr., igualmente, VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 448 ss, VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 159 ss y DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 386.

<sup>32</sup>Exceptuando el art. 849.2º LECr, referido al error en la apreciación de la prueba documental, aunque, como afirma MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 113, la transcendencia práctica de esta forma de control casacional es muy escasa.

Algunos autores se refieren a esta doctrina como "una interpretación irracionalista del principio de libre convencimiento", atribuyéndole un carácter abiertamente "autoritario"<sup>33</sup>.

Esta concepción va siendo abandonada de forma progresiva durante los años ochenta de este siglo<sup>34</sup>. A partir de estos años, y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo exige de una forma cada vez más firme que el juez de instancia explicita los criterios de que se ha servido para llegar a una determinada convicción<sup>35</sup>. En este interés en que se expongan tales criterios no sólo debe verse una consecuencia del deber de motivación de las sentencias recogido en el art. 120.3 CE: además, la explicitación de los argumentos empleados por el órgano judicial de instancia hace posible que la corrección de éstos pueda ser controlada en casación<sup>36</sup>. Ello se

---

Sobre la imposibilidad de revisión por parte de instancias superiores del juicio presuntivo de la prueba de indicios, cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho Procesal*, Espugues de Llobregat, 1969, p. 711.

<sup>33</sup>MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, pp. 119-120: "el principio de la íntima convicción o apreciación en conciencia de las pruebas, tal como era entendido por el Tribunal Supremo, convertía la actividad de valoración de las pruebas en una especie de operación secreta y misteriosa, que nos atreveríamos a calificar de *mágica*".

<sup>34</sup>Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 356 ss, en referencia a la STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón), que sienta las bases de la nueva jurisprudencia. CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 124 ss, entiende que este abandono de la antigua doctrina del Tribunal Supremo cabe atribuirlo a tres factores básicos: el reconocimiento del derecho al recurso en materia penal garantizado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la exigencia constitucional de motivación de las sentencias.

<sup>35</sup>Cfr., al respecto, DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 381, haciendo referencia a las SSTC 174 y 175/1985 de 17 de diciembre (ponentes Latorre Segura y Gómez-Ferrer Morant, resp.) y MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 164 ss. Sobre el deber de motivación de las sentencias judiciales, cfr. STC 61/1983 de 11 de julio (ponente Gómez-Ferrer Morant), STC 159/1992 de 26 de octubre (ponente De Mendizábal Allende), 55/1993 de 15 de febrero (ponente De Mendizábal Allende) y STC 177/1994 de 10 de junio (ponente De Mendizábal Allende).

<sup>36</sup>Ya FRAMARINO 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. 58, afirmó que la motivación "es el medio práctico que hace posible el control de la sociedad mediante examen posterior al que ha hecho el juez". FRISCH, K. *Meyer-GS*, pp.

debe a que la más reciente jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba rigen determinados criterios que trascienden a la persona del juez y a los que éste se halla vinculado. Como se pondrá de manifiesto seguidamente, este cambio de perspectiva tiene una especial incidencia en el ámbito de la prueba de indicios y también, por tanto, en todo lo que afecta a la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito<sup>37</sup>.

En algunas sentencias del Tribunal Supremo, la posibilidad de revisar la argumentación empleada por los tribunales de instancia para la fijación de los hechos probados ha sido admitida en atención a posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, aunque sólo para los supuestos en que no pudiera constatarse la existencia de una actividad probatoria mínima como base de la condena<sup>38</sup>. Sin embargo, el mismo Tribunal ha admitido en

---

565-566, entiende que una mayor racionalidad en la práctica de la prueba del tipo subjetivo exige que los órganos judiciales encargados de la revisión entren a fondo en la argumentación seguida por los tribunales de instancia para afirmar o negar el dolo. Cfr., en sentido similar, KÖHLER, "Comentario a la sentencia del BGH de 17 de junio de 1980", *JZ*, 1981, p. 37. Sobre el deber de motivación en general, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "La motivación de las sentencias" y ANDRÉS IBÁÑEZ, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", ambos trabajos en *La sentencia penal*, p. 97 ss y 117 ss, resp.

<sup>37</sup>Junto a los cambios jurisprudenciales, en el ámbito de la imputación dolosa desempeña también un importante papel la desaparición en 1983 de la antigua presunción de dolo (cfr., al respecto, *supra* IX.2).

<sup>38</sup>En este sentido resulta clave la STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón) en que el Tribunal Constitucional sienta su teoría de la "mínima actividad probatoria" necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia. Cfr., al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 122 ss y 585 ss, BENÉYTEZ MERINO, "Juicio de valor y jurisprudencia", *PJ*, 19 (1990), p. 15 y CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 147 y p. 151. La posibilidad de que un empleo inadecuado de la prueba de indicios pueda vulnerar el derecho a la presunción de inocencia se acepta en la STS de 20 de enero de 1995 (A 74, ponente Martín Canivell) y en la STS de 23 de enero de 1995 (A 18, ponente Hernández Hernández). En la STS de 20 de abril de 1993 (A 3316, ponente Delgado García) se declara que "conocida es la doctrina de esta Sala por la cual, cuando por inferencias o deducciones lógicas se afirma la concurrencia de algún elemento subjetivo del delito (propósito, ánimo o conocimiento de algo), la mera afirmación en la instancia sobre su concurrencia no vincula al Tribunal que ha de entender el recurso de casación en que esta cuestión se discuta, porque el recurrente puede impugnarlo, bien por la vía tradicional del núm. 1.º del art. 849 de la LECrim por aplicación indebida del correspondiente precepto penal, bien por la del art. 5.4 de la

otros casos la posibilidad de revisar ciertos aspectos de la prueba indiciaria con independencia de que se pudiera constatar una vulneración del citado derecho. A tal efecto la jurisprudencia se ha valido de diversos argumentos.

En primer lugar, la posibilidad de revisar ciertas cuestiones probatorias ha sido admitida con base en la idea de que determinadas valoraciones contenidas en las sentencias de instancia sobre la fijación de los hechos probados *no pueden considerarse como una mera constatación de datos fácticos*<sup>39</sup>. Esta negación del carácter fáctico se sostiene a menudo por el Tribunal Supremo en lo que respecta a los denominados “hechos psicológicos”, entendiendo que éstos deben determinarse a través de *juicios de valor*, cuya ubicación idónea son los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia<sup>40</sup>. Tales valoraciones

---

LOPJ, alegando violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, por entenderse que no hubo prueba alguna sobre la realidad de tal elemento subjetivo” (cursiva añadida). En términos similares, la STS de 17 de septiembre de 1992 (A 7170, ponente Delgado García) y la STS de 18 de mayo de 1992 (A 4081, ponente Delgado García). Por contra, la STS de 31 de diciembre de 1992 (A 10550, ponente Díaz Palos) afirma que “la concurrencia de tal elemento subjetivo [el conocimiento del acusado] más bien pertenece en exclusiva a la jurisdicción ordinaria”, mientras que en la STS Sala 5ª de 25 de octubre de 1995 (A 7619, ponente Pérez Esteban) se rechaza que la “determinación del dolo” resulte impugnabile por una vía distinta a la infracción de ley (art. 849.1º LECr).

<sup>39</sup>Así, por ejemplo, la STS de 26 de enero de 1996 (A 624, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) o la STS de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz), en que se afirma que “los juicios de inferencia sobre las intenciones de los intervinientes en el delito no son hechos en sentido estricto, y al no ser aprehensibles por los sentidos, no son objeto de prueba propiamente dicha”. En esta misma línea, en la STS de 17 de febrero de 1995 (A 1183, ponente De Vega Ruiz), se niega el carácter de “hechos en sí” a los resultados obtenidos de los juicios de inferencia y en la STS de 29 de enero de 1997 (A 111, ponente De Vega Ruiz), se afirma que “los juicios de valor sobre las intenciones de los intervinientes en el delito no son hechos en sentido estricto”. En la STS de 3 de abril de 1992 (A 2747, ponente De Vega Ruiz) tales *juicios de valor* se definen como “la actividad de la mente en los Jueces tendente a calibrar la intencionalidad del sujeto activo de la infracción”.

<sup>40</sup>La STS de 24 de abril de 1995 (A 3534, ponente De Vega Ruiz) afirma que los *juicios de valor* que sirven para determinar los elementos subjetivos “no debe[n] ser incluido[s] nunca en el *factum* de la resolución impugnada” (cursiva en el original). En otros momentos históricos el TS sostenía que la determinación de los elementos psicológicos dependía de la mera convicción judicial; cfr. en este sentido la STS de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral). Sin embargo, la idea de que los ele-

se consideran revisables en la casación, por entender que su incorrecto empleo entraña la infracción de un precepto penal sustantivo o norma jurídica del mismo carácter (art. 849.1 LECr)<sup>41</sup>. Con todo, estos argumentos no han sido demasiado bien recibidos por buena parte de la doctrina, llegando incluso a ser rechazados en algunas de sus sentencias por el propio Tribunal Supremo<sup>42</sup>.

Una segunda línea teórica desarrollada por la jurisprudencia para admitir la revisión casacional de ciertas cuestiones fácticas se basa en la idea de que en toda determinación judicial de hechos probados concurren *dos niveles distintos de valoración del material probatorio*, como se afirma, entre otras, en la importante sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1989<sup>43</sup>. Según

---

mentos subjetivos se prueban a través de *juicios de valor* ya puede hallarse en la STS de 10 de febrero de 1978 (A 418, ponente García Miguel). Cfr., al respecto, CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 151 ss.

<sup>41</sup>En este sentido, entre otras, las SSTS de 5 de mayo de 1993 (A 3843, ponente Moner Muñoz) y de 24 de enero de 1994 (A 160, ponente Hernández Hernández). Cfr., asimismo, MARTÍNEZ ARRIETA, "Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional", en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, pp. 45-46 y DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 387, quien entiende que con la expresión "*juicio de valor*" sólo se quiere "proclamar la aptitud para discutir en casación el raciocinio a través del cual se llega a alcanzar ese particular ánimo o conocimiento del responsable criminal".

<sup>42</sup>En contra del argumento de los *juicios de valor* ANDRÉS IBÁÑEZ, en *La sentencia penal*, p. 127. También crítico BENÉYTEZ MERINO, *PJ*, 19 (1990), p. 15: "la denominación no afecta a la naturaleza de la cosa. Si la afirmación de una realidad subjetiva, interna, que ha acaecido históricamente, es una proposición asertiva de un verdadero hecho, tal naturaleza no cambia por denominarla juicio de valor". En la STS de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que las afirmaciones del tribunal de instancia acerca del conocimiento de determinadas características del arma empleada en un robo por parte del acusado "es, en verdad, técnicamente una cuestión de hecho", aunque se admite que en casación pueden discutirse los criterios empleados por la Audiencia para incorporar tal dato en el relato fáctico. En la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que el término "*juicio de valor*" responde a una "terminología prácticamente abandonada", aunque ésta vuelve a emplearse en la más reciente STS de 17 de noviembre de 1997 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

<sup>43</sup>A 3355, ponente Bacigalupo Zapater. La primera sentencia en que se recurrió a estos argumentos fue la STS de 19 de enero de 1988 (A 383, ponente Bacigalupo Zapater), comentada por JAÉN VALLEJO, "El criterio racional en la apreciación de la prueba

se expresa en esta resolución, la posibilidad de probar ciertos hechos exige una inmediación con respecto a determinados medios de prueba de la que sólo goza el juez de instancia en el momento del juicio oral (*primer nivel de valoración*)<sup>44</sup>. En estos casos, la corrección de las valoraciones judiciales no puede ser controlada en casación, pues el Tribunal Supremo no goza de la inmediación citada<sup>45</sup>.

Junto a este primer nivel, existe un segundo ámbito de valoración de la prueba que va más allá de la mera inmediación y que se basa en la realización de una serie de razonamientos por parte del juzgador en que éste debe aplicar las leyes de la lógica, los conocimientos científicos o las leyes de la experiencia al material fáctico previamente aceptado (*segundo nivel de valoración*)<sup>46</sup>. Este ámbito es lo que en algunas sentencias se denomina la

---

penal", RDP, 1989, p. 69 ss. Las mismas ideas se someten a un desarrollo teórico minucioso en BACIGALUPO ZAPATER, "Presunción de inocencia, 'in dubio pro reo' y recurso de casación", ADPCP, 1988, p. 373 ss. También se refiere a la cuestión CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 173.

<sup>44</sup>Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, ADPCP, 1988, p. 374. Cfr., igualmente, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 598 ss, esp. p. 602, con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales y VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia*, p. 168, con numerosas referencias jurisprudenciales.

<sup>45</sup>Así la STS de 20 de abril de 1993 (A 3316, ponente Delgado García): "lo único que vincula al Tribunal de casación es lo que el Tribunal de instancia da como probado como resultado de su percepción directa de los medios de prueba utilizados, y que ha de respetarse por exigencias del principio de inmediación".

<sup>46</sup>Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, ADPCP, 1988, p. 374. DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 400, afirma que "el razonamiento lógico, a través del cual en una prueba de indicios pasamos de los hechos base al hecho consecuencia, nada tiene que ver con tal principio de inmediación". En la importante STS de 15 de abril de 1989 (A 3355, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que las inferencias empleadas para determinar los elementos subjetivos "pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos". Respecto a esta problemática en Alemania, cfr. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Munich, 1990, pp. 154-155, quien entiende que si el juez no se atiene a las llamadas "leyes del pensamiento" en el instante de dictar sentencia, se produce una vulneración del Derecho que sirve de fundamento para la revisión de acuerdo con el § 337 StPO, que en su segundo párrafo establece que "la ley se vulnera cuando una norma jurídica se ha de-

“estructura racional” de la valoración de la prueba<sup>47</sup>. Dado que las reglas en que se basa tal estructura trascienden a la persona del juez y su hilo argumental debe ser explicitado en la resolución de instancia, los tribunales superiores pueden controlar su corrección<sup>48</sup>. Según numerosas sentencias del Tribunal Supremo, el recurso de casación es una vía idónea para que tal control pueda llevarse a cabo<sup>49</sup>.

---

jado de aplicar o no se ha aplicado correctamente”. Cfr., igualmente, GOLLWITZER, *L/R*, 24ª ed., Berlín, 1987, § 261, nº marg. 182.

<sup>47</sup>Cfr. el FJ 5º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater). BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 374, también se refiere a este ámbito con la expresión “infraestructura racional de la formación de la convicción”.

<sup>48</sup>Cfr. la STS de 14 de septiembre de 1994 (A 7386, ponente Montero Fernández-Cid): “la prueba producida en el juicio oral sólo es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observancia por el Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos”. De acuerdo con estas ideas, que califica de “impecables”, ANDRÉS IBÁÑEZ, en *La sentencia penal*, p. 158 y MONER MUÑOZ, “El dolo y su control en el recurso de casación”, en J. JIMÉNEZ Villarejo (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 148, quien cita en apoyo de estas afirmaciones la STS de 4 de abril de 1989 (A 3014, ponente Soto Nieto). CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 155, entiende correcto que los criterios empleados en la prueba de indicios puedan ser sometidos a revisión, pero “no porque la convicción a la que pueda llegar el Tribunal por vía indiciaria no sea una conclusión fáctica, sino porque tal inferencia es racionalmente controlable por otro órgano ajeno al sentenciador”. En la STS de 18 de mayo de 1992 (A 4081, ponente Delgado García) se afirma que “poco importa que tal resultado de la prueba de indicios figure o no como un dato fáctico más entre los hechos probados, pues, aunque así se haga, ello no impide que esta Sala, al conocer del recurso de casación, puede valorar de nuevo y censurar, en su caso, las mencionadas inferencias o valoraciones”. Cfr., igualmente, la STS de 14 de mayo de 1991 (A 3653, ponente Ruiz Vadillo).

<sup>49</sup>Interesante en este sentido CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 170 ss, quien se refiere, entre otras, a la STS de 21 de febrero de 1989 (A 1625, ponente Bacigalupo Zapater): “la jurisprudencia de esta Sala viene reiterando una y otra vez que la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de instancia no es revisable en casación en todo aquello que depende de la intermediación con la que aquélla ha sido producida. Este principio no impide, como es lógico, que en los casos en que el Tribunal ha formado su convicción a partir de deducciones apoyadas en indicios el Tribunal de Casación compruebe si tales deducciones han sido correctas. Tal comprobación tiene su fundamento normativo en el art. 9.3 CE que declara ‘la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos’”. DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 400, entiende que la infracción de estas reglas es recurrible, tan-

La determinación procesal del *factum* en que se basan los elementos subjetivos del delito es una labor que debe ubicarse por completo en el *segundo nivel de valoración de la prueba*, pues en ningún caso puede afirmarse que el juez de instancia goce de inmediación con respecto a los presupuestos aplicativos de dichos elementos. En consecuencia, la fijación de tales presupuestos es una labor que está sujeta a criterios que van más allá de la persona del juez y de cuál sea la convicción de éste y, por tanto, nada debe impedir que la doctrina exprese con carácter general cuál debe ser su contenido o qué exigencias deben cumplir: si en este ámbito rige verdaderamente la racionalidad, debe ser posible explicitar reglas con validez general que permitan establecer *a priori* cuándo una determinada conclusión sobre la subjetividad de un acusado debe ser considerada correcta<sup>50</sup>.

Evidentemente, es en este segundo nivel donde deben regir las reglas de imputación del conocimiento. Dado que el juez de instancia nunca goza de inmediación con respecto al que fue conocimiento del acusado en el momento de realización del tipo, la "determinación del dolo" se asienta por completo en criterios que trascienden al juzgador y que, por motivos ya expuestos, deben ser obtenidos de las precomprensiones sociales<sup>51</sup>. En este sentido, tal

---

to por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como por infracción de ley. BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 382, entiende que en los casos en que la valoración de la prueba contradiga las leyes de la lógica, la experiencia o los conocimientos científicos, el Tribunal de casación "podrá apreciar infracción de Ley por violación de una norma de carácter sustantivo ('in dubio pro reo') que debió ser observada en la aplicación de la Ley: el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

<sup>50</sup>BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, pp. 381-382, se refiere a tres modalidades de normas que se derivan de la finalidad protectora de principios como el de legalidad o el *in dubio pro reo*: "normas penales materiales (sustantivas): las que establecen la punibilidad y las que determinan las condiciones de aplicación de éstas; normas penales formales (adjetivas): las que son puras normas procesales en sentido estricto, y normas de carácter sustantivo que se deben observar al determinar los hechos probados (por ejemplo, arts. 741 y 717 de la LECr)". Esta última modalidad es la que interesa en este ámbito.

<sup>51</sup>Interesante para esta cuestión LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *La sentencia penal*, p. 104: "la sentencia ha de ser racional y ajustada a los parámetros de la sociedad en la que se dicta (...) la convicción debe tener su origen en las pruebas de manera tal que objetivamente se justifique, por lo que otra persona en la misma posición del Juzgador

vez la principal deficiencia de los argumentos del Tribunal Supremo radica en el hecho de no concretar qué parámetros deben emplearse para medir la corrección del “segundo nivel” de valoración de la prueba, más allá de una apelación genérica a las reglas de la lógica y la experiencia. De acuerdo con ideas ya expuestas, tales reglas de experiencia deben asentarse en las valoraciones sociales sobre cuándo resulta inequívoco que alguien conoce algo, de tal modo que una valoración judicial que entre en contradicción con éstas deberá reputarse arbitraria.

A modo de conclusión puede afirmarse que en la línea jurisprudencial que defiende la existencia de dos niveles de valoración de la prueba se encuentra una sólida base que debe hacer posible un desarrollo teórico sobre la “determinación del dolo”, pues con ella se reconoce que no todo lo relativo a la aplicación de los conceptos depende de la mera convicción judicial. Tal labor ha sido llevada a cabo hasta el momento por la propia jurisprudencia que, de un modo un tanto asistemático, ha establecido con respecto a ciertos tipos penales qué presupuestos fácticos permiten afirmar que alguien ha actuado con determinados conocimientos o intenciones. Dada la importancia práctica de la cuestión, parece indiscutible la conveniencia de que la doctrina trate de aportar para este ámbito propuestas teóricas de más largo alcance.

### XI.3. Cuestiones metodológicas

Como se ha expuesto al hacer referencia a la prueba de indicios, las reglas de experiencia que contienen afirmaciones sobre el conocimiento ajeno (*reglas de imputación del conocimiento*) tienen una estructura según la cual, dada una determinada base objetiva, se entiende que un sujeto cuenta con determinados conocimientos (dado el hecho A, el sujeto X conoce B)<sup>52</sup>. Los di-

---

comprenda y pueda llegar racionalmente a la misma convicción”. También resultan interesantes en este punto las observaciones de GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n° marg. 179.

<sup>52</sup>Esto es lo que permite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmar, al hacer referencia a la prueba de indicios, la existencia de unos “hechos base probados” y de unos “hechos consecuencia”; cfr. la STS de 13 de junio de 1990 (A 5288, ponente Díaz Palos). Cfr., igualmente, MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, pp. 147-148. Intere-

versos datos objetivos que pueden tener tales reglas como presupuesto aplicativo deben permitir identificarlas y clasificarlas, siendo éste es uno de los objetivos a alcanzar en el curso de los siguientes Capítulo<sup>53</sup>. Una vez realizada esta tarea, debe resultar mucho más sencillo aportar criterios generales para establecer qué requisitos debe satisfacer una regla concreta para poder ser acogida y, por tanto, empleada de modo efectivo para la resolución de un supuesto de hecho.

La base objetiva que las valoraciones sociales toman en cuenta para la imputación del conocimiento va más allá de la que sólo viene dada por el hecho objetivamente típico. Pese a que los rasgos objetivos de este hecho desempeñan un papel clave en la atribución social de conocimientos, también realidades objetivas anteriores y posteriores a él sirven como base para imputar conocimientos al sujeto en el momento (posterior o anterior) de su realización<sup>54</sup>. Sin embargo, debe quedar claro que los datos objetivos posteriores y anteriores al comportamiento típico sólo tienen relevancia en este ámbito si, a partir de ellos, es posible atribuir al sujeto un determinado grado de cono-

---

santes en general sobre este punto las consideraciones de KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 166.

<sup>53</sup>BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840, pp. 282-283, aporta una relación de posibles bases objetivas (indicios) para afirmar el dolo del sujeto, aunque sin que este autor proceda a su sistematización, por entender que la cuestión debe quedar abierta a la decisión del juez.

<sup>54</sup>Así, las tradicionales expresiones del Tribunal Supremo, de acuerdo con las cuales “la prueba del dolo en cuanto integrado por elementos psicológicos que yacen en la psique del sujeto activo del delito, ha de basarse en circunstancias —anteriores, coetáneas y posteriores al hecho; de todo orden, por tanto— que manifiesten al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del acto punible” (STS de 15 de julio de 1987, A 5540, ponente Díaz Palos, cursiva añadida). Abundantes referencias jurisprudenciales sobre esta concreta materia en GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia, 1997, art. 138, n° marg. 51. Esta argumentación, evidentemente, debe trasladarse al ámbito de la imputación social, dejando de lado el hecho de que el Tribunal Supremo (¡sólo a nivel de declaraciones teóricas!) conciba el dolo como algo que “yace en la psique el sujeto activo”.

cimiento en el preciso momento de efectiva realización de la conducta objetivamente típica<sup>55</sup>.

Dado que las reglas de imputación del conocimiento operan siempre una vez han sido fijados los hechos objetivos que se consideran probados, es importante que entre tales hechos se incluyan todos aquéllos que puedan tener alguna significación para atribuir al sujeto el conocimiento de determinadas realidades, cuando dicha consciencia sea necesaria para reputar dolosa la realización del tipo<sup>56</sup>. Tal proceso de fijación de los hechos significativos para la cuestión del dolo puede analizarse de una forma *dinámica*, esto es, partiendo de que existen unas reglas generales de experiencia sobre el conocimiento y el desconocimiento ajeno y de cómo las partes implicadas en el proceso penal tratan de conseguir que se consideren probados aquellos hechos objetivos que deben hacer o no posible la aplicación de una determinada regla y, por tanto, la atribución o no al acusado de los conocimientos en que se fundamenta el dolo<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup>En este sentido afirma PÉREZ DEL VALLE, "La prueba del error en el proceso penal", *RDP*, 1994, p. 420, que "la inferencia, aunque parta de hechos diferentes —anteriores o posteriores— va a parar en su conclusión al comportamiento concreto que se juzga, lo que permite rechazar en la apreciación todos los datos que no tengan una conexión lógica directa con la conclusión del tribunal y, por tanto, con el hecho".

<sup>56</sup>En este sentido tienen especial interés los criterios aportados en la STS de 30 de octubre de 1995 (A 7695, ponente Hernández Hernández) sobre las exigencias que debe cumplir toda prueba de indicios correctamente practicada.

<sup>57</sup>Este modelo de análisis es el adoptado por FREUND en *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, Heidelberg, 1987, *passim*. Este autor considera que en la cuestión del conocimiento ajeno rigen ciertas reglas de experiencia cuya vigencia se halla sujeta a una serie de excepciones. Lo que intentan las partes en el proceso (especialmente la defensa) es aportar el sustrato fáctico objetivo en que se asientan tales excepciones, para que de esta manera se acabe negando la existencia de dolo por parte del tribunal. Sobre la teoría de Freund, cfr. *supra* IX.4.A.2.a. Un punto de vista similar adopta PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 419, al afirmar que "la argumentación ha de basarse, por tanto, en la negación de tales máximas de experiencia o en datos de hecho que permitan sostener, al menos en su opinión [del acusado], la existencia de una excepción a la regla". Interesante también en este punto SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios*, p. 709. La jurisprudencia italiana parte, para determinar el dolo, de unas máximas de experiencia generales y entiende que las circunstancias objetivas que pueden

En los siguientes Capítulos va a partirse, sin embargo, de un nivel de análisis distinto (que puede denominarse *estático*), centrado en el contenido que deben tener las valoraciones judiciales sobre el conocimiento ajeno una vez que los hechos objetivos han sido plenamente determinados. El proceso de formulación de las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno siempre es el mismo: primero se prueba un hecho objetivo y, a partir de éste, se infieren (mejor, se imputan) determinadas realidades subjetivas de acuerdo con el contenido de una regla con vigencia social<sup>58</sup>. Ello no quiere decir que en la discusión sobre la prueba de los hechos objetivos las partes no puedan ya tener en cuenta las repercusiones que para el tipo subjetivo van a poder derivarse de que un determinado hecho objetivo se dé o no por probado<sup>59</sup>. Pero el método de análisis por el que aquí se opta partirá siempre de que la base objetiva ya ha sido fijada en su plenitud, pues sólo una vez fijada ésta es posible obtener una panorámica global sobre cómo deben emplearse las reglas de imputación del conocimiento<sup>60</sup>.

En Capítulos anteriores se ha afirmado que una conducta objetivamente típica sólo puede considerarse dolosa cuando, desde el punto de vista social, se entienda que ha sido llevada a cabo por el autor de modo inequívocamente consciente. Cuando el sentido del hecho resulte dudoso (no inequívoco), deberá negarse el dolo y, dado el caso, sólo podrá afirmarse una realización

---

dar pie a alguna excepción de las citadas reglas deben ser aportadas por el acusado; cfr. TASSI, *Il dolo*, Padua, 1992, p. 146.

<sup>58</sup>Cfr., en este sentido, las consideraciones de MARTÍNEZ ARRIETA, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 45.

<sup>59</sup>La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma en algunas sentencias (como la STS de 21 de marzo de 1995, A 2044, ponente Conde-Pumpido Ferreiro) que los juicios acerca del dolo del sujeto pueden ser cuestionados por dos vías distintas: "acreditar la inexistencia de los datos objetivos base de la inferencia racional del Juzgador" o "demostrar la arbitrariedad o irracionalidad del argumento lógico que anuda aquellos datos objetivos y la consecuencia de ellos obtenida en orden a la subjetividad del agente". Será esta segunda vía la que será sometida a análisis en este Capítulo.

<sup>60</sup>Lo que no debe significar que el acusado tenga la carga de la prueba en este ámbito, como parece afirmar alguna sentencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 5 de abril de 1993, A 3036, ponente Delgado García).

imprudente<sup>61</sup>. La exigencia de que la afirmación final sobre el conocimiento tenga un significado indiscutido requiere que reúnan esta característica, tanto las conclusiones parciales aportadas por las distintas reglas que llevan a constatar el conocimiento de realidades diversas por parte de un sujeto, como la vigencia social de tales criterios. Por este motivo, deben rechazarse en el ámbito de la imputación del conocimiento, si se quiere *captar* sentidos sociales inequívocos, las reglas que responden a la estructura "dada una determinada realidad X el sujeto *tal vez, posiblemente o probablemente* conoce Y"<sup>62</sup>. De acuerdo con tal afirmación, únicamente tienen cabida en este ámbito los enunciados del tipo "dada una determinada realidad X, el sujeto *necesariamente* conoce Y", cuando, además, éstos tengan una plena e inequívoca vigencia social. Sólo si se satisface esta doble exigencia es posible garantizar que el juicio definitivo cumpla con las condiciones en que resulta legítima una condena por delito doloso<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup>En esta línea, si bien referido a la prueba de indicios, afirma KÖHLER, *Strafrecht*, p. 166, que "en caso de duda debe negarse el dolo". Cfr., igualmente, BELLOCH JULBE, "La prueba indiciaria", en *La sentencia penal*, p. 87: "la lógica enseña que si un indicio permite dos conclusiones distintas, ambas igualmente razonables en cuanto parecidamente probables, ninguna razón permite, a falta de mayores datos complementarios, inclinarse por una u otra. La dogmática penal muestra que, en tales supuestos, la opción viene determinada por el axioma 'in dubio pro reo'".

<sup>62</sup>Ésta es una de las más notables diferencias de la teoría de la imputación social del conocimiento con respecto a los planteamientos tradicionales, pues mientras para éstos bastaría, para afirmar el conocimiento, con una regla de las citadas *supra* más la convicción judicial, para la primera teoría ello no sería suficiente para afirmar dicho conocimiento.

<sup>63</sup>Cfr. *supra* X.



## XII. LOS CONOCIMIENTOS MÍNIMOS

### XII.1. Planteamiento

En el ámbito de la comunicación social la mayor parte de imputaciones de conocimientos entre sujetos se llevan a cabo atendiendo a determinadas características personales de éstos, a ciertas particularidades de la situación en que han actuado o a una combinación de ambos factores. Estos datos actúan como presupuesto aplicativo (base objetiva) de numerosas reglas sociales de imputación de conocimientos. Sin embargo, también es posible constatar que, en el ámbito de dicha comunicación, se realizan a menudo atribuciones de conocimientos en que se prescinde de cualquier base objetiva o, mejor dicho, en que se parte de una base objetiva que por regla general se presupone: *la acreditación de que, en el momento de llevar a cabo la acción objetivamente típica, el sujeto de la imputación reunía las condición de "persona normal"*. En este sentido, puede constatarse la vigencia de una serie de reglas que tienen la estructura siguiente: "si el sujeto S era una persona normal en el momento de realizar el hecho, entonces contaba en tal momento con el conocimiento de A, B, C, etc.". Los conocimientos que se atribuyen a un individuo atendiendo exclusivamente a su condición de *persona normal* recibirán en este trabajo el nombre de *conocimientos mínimos*.

Cuando socialmente se atribuye a otro sujeto la condición de *persona normal* se le imputan ya con ello determinados conocimientos cuya posesión se juzga presupuesto básico e irrenunciable para afirmar tal normalidad. En otras palabras, la ausencia de tales conocimientos sólo se admite socialmente

si es posible explicarla a través de la existencia simultánea de determinadas características personales del sujeto que tienen como base, precisamente, la negación de la *normalidad* de éste. La noción de *normalidad*, trasladada a las valoraciones sociales que se plasman en el Derecho penal, se traduce en la idea de *imputabilidad*<sup>1</sup>: existen ciertos desconocimientos que sólo se entienden posibles si el sujeto padece determinados trastornos de orden psíquico (art. 20.1º CP) o en la percepción (art. 20.3º CP), o si es menor de cierta edad (art. 19 CP). La cuestión queda expuesta con sencillez a través del siguiente ejemplo:

*Se acusa a un individuo de homicidio doloso por haber dado muerte a otro sujeto propinándole diversos golpes con un hacha que le hundieron el cráneo. El autor vio en todo momento perfectamente que el objeto de su agresión era otra persona; sin embargo, alega ante el Tribunal que le juzga que desconocía el hecho de que, en general, propinar semejantes golpes pudiera entrañar un peligro para la vida de otro ser humano<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup>Tiene especial interés en este punto la afirmación de que la clave para decidir la cuestión de la imputabilidad radica en si en el ámbito de la comunicación social puede considerarse al otro individuo como un igual. Cfr. al respecto JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 598. Según *Jakobs (ibidem, p. 598 ss y 629 ss)* tal igualdad falta en aquel sujeto en quien concurren determinadas perturbaciones psíquicas y en el supuesto de los menores.

<sup>2</sup>Un caso estructuralmente parecido puede encontrarse en la STS de 29 de enero de 1996 (A 150, ponente Conde-Pumpido Tourón), en que se declara probado que "la víctima fue acometida inicialmente por el señor M. que le cogió por los brazos y le zarandeó, haciéndole perder el equilibrio, siendo a continuación cuando la esposa del señor M. —con el consentimiento de éste— cogió una piedra y le golpeó el rostro", a consecuencia de lo cual la víctima perdió varias piezas dentarias. La defensa de los acusados alega ante el Tribunal Supremo que las lesiones fueron causadas imprudentemente (cfr. FJ 7º). Dicho Tribunal rechaza tal alegación, respondiendo que "la dinámica comisiva de la acción agresora está presidida por un clarísimo 'animus laedendi', concurriendo un dolo genérico de lesionar". Dejando a un lado la más que discutible cuestión del *animus*, lo que parece evidente es que no puede tener ninguna credibilidad cualquier alegación encaminada a aseverar que alguien en su sano juicio pueda ignorar que propinar a alguien un golpe en el rostro con una piedra, cuando está tendido en el suelo, supone crear un riesgo para la integridad física de éste, con lo que, por principio, debe negarse la posibilidad de imprudencia.

Del análisis de un supuesto como el anterior sólo pueden derivarse dos soluciones posibles. La primera de ellas depende de que pueda considerarse que el sujeto ha llevado a cabo el ataque contra la víctima siendo imputable: si efectivamente lo era, socialmente se entiende que dicho sujeto necesariamente conoció la peligrosidad abstracta de su conducta y tal conocimiento debe serle imputado<sup>3</sup>. Este conocimiento sólo puede dejar de ser atribuido si se consigue demostrar que el sujeto no estaba en su sano juicio al llevar a cabo semejante comportamiento<sup>4</sup>. Una tercera solución resulta imposible desde un punto de vista social: una persona en su sano juicio no puede desconocer la peligrosidad de acciones como la llevada a cabo. La imputabilidad excluye, pues, determinados desconocimientos. Este punto de vista puede observarse, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo en que se afirma que “todo el mundo sabe —por la experiencia común— que la presión fuerte y mantenida sobre el cuello de una persona, impidiéndola respirar, en breves momentos, es causa de su muerte por asfixia”<sup>5</sup>. En ella sólo falta precisar que

---

<sup>3</sup>La regla de imputación social de conocimientos reza: “una persona mayor de edad y en su sano juicio sabe que golpear a otro con un hacha en la cabeza es una conducta peligrosa para la vida de ésta”.

<sup>4</sup>Así, VON WICK, “Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes”, *ACR*, 1857, p. 612; afirma este autor (cfr. *infra* Excurso) que a un funcionario no se le admite la disculpa de que en el momento de cometer el hecho no pensó en su condición de tal, o que a un marido no se le acepta que afirme no haber recordado que estaba casado al cometer un adulterio, porque ambos datos forman parte indefectiblemente de la conciencia de “toda persona sana mentalmente”.

<sup>5</sup>STS de 11 de mayo de 1994 (A 3686, ponente Puerta Luis). En una misma línea se dirige la argumentación del Tribunal Supremo cuando, en su sentencia de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente de Vega Ruiz), afirma que no cabe la alegación del error de tipo “cuando el agente actúa empleando vías de hecho que todos saben están prohibidas” (en este caso una joven madre golpeo a su hija de diez meses de edad en la cabeza con o contra un objeto contundente de tal modo que la niña “salió por el aire” y seguidamente murió. La defensa de la acusada alegaba ante el TS un error de tipo). También se atribuyen *conocimientos mínimos* en afirmaciones como la de que “existe un conocimiento común de las gravísimas consecuencias que para la vida de una persona derivan de clavar objetos punzantes de tal longitud que afectan a órganos vitales”, sostenida en la STS de 21 de enero de 1997 (A 461, ponente García-Calvo y Montiel). Cfr., igualmente, la STS de 22 de enero de 1992 (A 291, ponente Carrero Ramos).

la condición de inimputable por parte del sujeto sería la única excepción admisible frente a tal regla general.

Curiosamente, si bien la formulación de la idea de los *conocimientos mínimos* en el ámbito del dolo no parece haber sido aún explicitada ni desarrollada desde un punto de vista teórico, en el ámbito del conocimiento de la anti-juricidad sí se cuenta con un desarrollo más o menos minucioso o, por lo menos, con una cierta praxis, sobre qué desconocimientos, referidos en este caso a la vigencia de determinadas normas, deben tenerse por imposibles<sup>6</sup>. Así, por regla general no se admite el error sobre la vigencia de las normas que prohíben conductas que atentan contra los bienes que se consideran básicos en una determinada sociedad y, como suele afirmar el Tribunal Supremo, la invocación del error de prohibición está fuera de todo lugar “en aquellas infracciones o hechos cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de general comprensión”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup>BORST, “Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes”, *NACR*, 2 (1818), pp. 440-441, afirma que el desconocimiento no se admite en determinados hechos, no a partir de una presunción de dolo malo, sino de la certeza de que el infractor, como cualquier otra persona de su misma condición y facultades individuales, conoce la prohibición cuando el contenido de la norma es especialmente evidente. Basta con que resulte imaginable que una persona de la misma educación y facultades mentales que el infractor haya ignorado la norma para que semejante certeza desaparezca. Cfr., igualmente, JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 375: “la problemática del error acerca de la norma sigue careciendo de todas maneras de relevancia en el ámbito central del Derecho penal”. Especialmente interesante BURKHARDT, “Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss”, en ESER/NISHIHARA (ed.), *Rechtsfertigung und Entschuldigung*, IV, Friburgo d.B., 1995, p. 409 ss. Cfr. igualmente las consideraciones de VON WICK, *ACR*, 1857, p. 613-614, quien niega la posibilidad de desconocimiento en aquellos delitos que incorporan un componente moral.

<sup>7</sup>STS de 28 de mayo de 1993 (A 4267, ponente De Vega Ruiz). Cfr. también el voto particular formulado por el magistrado Soto Nieto a la STS de 29 de febrero de 1988 (A 1354) —“quedan excluidos del ámbito del artículo 6 bis a) del Código Penal no sólo los casos de error burdo, sino también los supuestos en los que la antijuricidad no puede desconocerse, entre los que se encuentra la norma elemental de toda sociedad civilizada, por todos conocida, de que nadie puede tomarse la justicia por su mano”—, la STS de 28 de febrero de 1992 (A 1399, ponente Cotta Márquez de Prado) —donde se afirma que la invocación del error de prohibición “no es permisible en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente”—; idénticos argumentos en la STS de

Esta misma lógica parece trasladable sin demasiados problemas al ámbito del tipo subjetivo, pues tal modo de ver las cosas no tiene por qué circunscribirse en exclusiva al conocimiento de la vigencia de determinadas normas por parte de los sujetos, sino que puede y debe regir respecto al conocimiento de circunstancias integradoras del tipo penal. La posibilidad de esta traslación parece lógica si se tiene en cuenta que, al fin y al cabo, en ambos casos concurren juicios sobre el conocimiento ajeno de determinadas realidades o, mejor dicho, sobre desconocimientos que no se entienden por principio posibles en lo que socialmente se considera una persona normal.

Qué *conocimientos* deben considerarse *mínimos* y cuáles no, es algo que, evidentemente, no se puede desarrollar hasta el más minucioso de los detalles y, desde luego, no puede aportarse una lista de los *conocimientos* que se consideran *mínimos* en la actual sociedad. La concreción deberá llevarse a cabo pensando en cada caso concreto si socialmente puede considerarse como igual a una persona que desconoce determinadas realidades. Lo afirmado hasta ahora puede parecer obvio e, incluso, superfluo. Sin embargo, dando realce a la figura de los *conocimientos mínimos* se obtiene un instrumento especialmente útil para acometer un análisis crítico de determinadas afirmaciones judiciales que con relativa frecuencia pueden encontrarse en el ámbito de la determinación procesal del dolo.

---

11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz). Cfr., asimismo, la STS de 10 de febrero de 1995 (A 810, ponente García Miguel): "no cabe admitir la posibilidad de error o desconocimiento de la antijuricidad de un hecho de general conocimiento aun para las personas desprovistas de la más elemental cultura como es el de que los atentados contra la vida o la integridad física de las personas son hechos delictivos". Un interesante resumen y crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que respecta al criterio de la "ilicitud notoria" en FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, pp. 236-238.

## XII.2. Repercusiones prácticas de los conocimientos mínimos

La figura de los *conocimientos mínimos* tiene una primera e importante consecuencia práctica. De acuerdo con ella, las alegaciones por parte del acusado o de su defensa dirigidas a afirmar la ausencia de tal tipo de conocimientos sólo podrán ser viables si se acompañan de la alegación de que el sujeto era, en el momento de realizar el hecho, plenamente inimputable. La primera alegación sólo podrá prosperar si también lo hace esta última. De lo contrario, la afirmación sobre el desconocimiento no puede aceptarse y los conocimientos en cuestión deberán atribuirse al sujeto, pues de acuerdo con lo afirmado, *los conocimientos mínimos se imputan por principio a toda persona imputable con independencia de la situación en que haya actuado ésta o de otras características personales distintas a aquéllas en que se fundamentan las causas de inimputabilidad.*

El segundo efecto práctico que se deriva de la figura de los *conocimientos mínimos* requiere de una argumentación algo más compleja. Socialmente se parte, por un lado, de que determinados desconocimientos no son imaginables en una persona imputable (p. ej. no es imaginable que una persona imputable no sepa que golpeando a otra persona con un hacha se le pueden producir lesiones); por otro lado, socialmente se acepta que ciertos desconocimientos no van necesariamente ligados a la inimputabilidad del sujeto que los alega (p. ej. es imaginable un sujeto imputable que no sepa que el consumo de anilina puede causar determinadas lesiones). En este segundo caso, la posibilidad de imputar el conocimiento del que se trate (p. ej. del carácter venenoso de la anilina) requiere desde el punto de vista social de una base objetiva más amplia que la mera acreditación de que el sujeto era imputable en el momento de realizar la conducta típica (p.ej. que el sujeto, además de imputable, trabajaba en la industria del aceite).

De la anterior argumentación debe extraerse una idea clave: *deben reputarse incorrectas todas aquellas atribuciones de conocimientos que sólo se basen en la inimputabilidad de un sujeto cuando socialmente sea imaginable un sujeto imputable que, sin embargo, no cuente con ellos.* Plasmada en los anteriores ejemplos, esta

idea implica que la afirmación "si el acusado es imputable sabe que golpeando a otro con un hacha crea un peligro para la integridad física de éste" debe considerarse correcta, pues desde el punto de vista de las valoraciones sociales no es imaginable una persona mayor de edad en su sano juicio que desconozca tal peligrosidad. Por contra, la afirmación "si el acusado es imputable conoce el carácter venenoso de la anilina" debe reputarse incorrecta, pues desde el punto de vista social es imaginable un sujeto mayor de edad en su sano juicio que no conozca el potencial lesivo del citado producto. En consecuencia, la posibilidad de imputar a un sujeto el conocimiento de este potencial lesivo dependerá de la eventual concurrencia de un sustrato fáctico más amplio que la mera condición de imputable del acusado.

Un ámbito en que la idea de *conocimientos mínimos* despliega de modo evidente su capacidad crítica puede encontrarse en la discusión sobre el tipo subjetivo de los delitos contra la propiedad industrial (art. 273 ss. CP). Para hablar de dolo en estos delitos se exige que el autor tenga conocimiento (aunque sea eventual) de que la marca o patente que está reproduciendo se encuentra inscrita a nombre de otra persona en el Registro de la Propiedad Industrial<sup>8</sup>. Durante cierto tiempo se defendió por parte de algunos autores, de formación básicamente mercantilista y denominados tradicionalmente "industrialistas", que con la mera publicidad registral bastaba para entender que cualquier ciudadano era conocedor de los distintos derechos que se hallaban registrados. La regla de imputación defendida por estos autores se fundamentaba en una presunción según la cual se entendía que todo el mundo conoce el contenido del Registro, lo que basaban en el artículo 4 del Reglamento de la Propiedad Industrial de 1924, según cuyo tenor literal,

---

<sup>8</sup>Esta exigencia queda incorporada explícitamente al texto positivo de la ley desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (arts. 273, 274 y 275). Aunque el Código anterior no exigía expresamente el conocimiento del registro (el antiguo art. 534 CP73 sólo hablaba de infracción "intencionada" de los derechos de propiedad industrial) la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendía que tal conocimiento era un requisito de la intencionalidad. A este respecto, cfr., entre otras, la STS de 10 de febrero de 1987 (A 1233, ponente Moyna Ménguez). En la doctrina SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995, pp. 393-394, afirma en referencia al Código anterior que el dolo en estos delitos exige conocer "la existencia de un objeto de propiedad industrial ajeno y del registro del mismo".

“publicados los registros en el Boletín Oficial de la Propiedad Intelectual e Industrial, no se podrá alegar ante los Tribunales desconocimiento o ignorancia de su existencia”. Así, *Díaz Velasco* afirmaba, por ejemplo, que “esa presunción de conocimiento, que lleva consigo la del ánimo doloso, es una presunción que no admite prueba en contrario”<sup>9</sup>. Dichos autores no sólo pretendían la imputación genérica del elemento intelectual del dolo referido a la publicidad registral a cualquier persona, sino también del elemento volitivo, para lo cual se apoyaban en la presunción de voluntariedad del antiguo art. 1.2º CP, vigente hasta la reforma de 1983<sup>10</sup>.

La doctrina mayoritaria ha basado su crítica a los postulados industrialistas en la idea de que con ellos se da crédito a una auténtica presunción *iuris et de iure* de dolo, que se opone al principio de culpabilidad y que, por tanto, debe ser rechazada<sup>11</sup>. Sin embargo, pese a que estas críticas deben considerarse acertadas en sus resultados finales, no son defendibles en su fundamentación, pues acusan a los industrialistas de un objetivismo en la

---

<sup>9</sup>DÍAZ VELASCO, *Estudios sobre Propiedad Industrial*, Barcelona, 1987, p. 703.

<sup>10</sup>Cfr. *supra* IX.2.

<sup>11</sup>Las posturas industrialistas, cuyos más significativos representantes son *Mascareñas* y *Díaz Velasco*, han sido repetidamente rechazadas por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, cfr. la STS 16-V-1979 (A 2082, ponente Vivas Marzal) donde se recalca que “por muy especial y genuina que sea la naturaleza de la propiedad industrial, no lo es tanto como para que, trascendiendo de lo punitivo, derogue los presupuestos esenciales de la estructura del delito” (ideas que se reiteran en lo esencial en la STS de 22 de marzo de 1980, A 1176, ponente Vivas Marzal). La dogmática jurídico-penal se ha opuesto con inusual unanimidad a los postulados industrialistas; sirva como ejemplo lo que al respecto comenta QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1978, p. 680, quien entiende que, de acogerse los postulados industrialistas, “se consagraría un odioso objetivismo de dolo *in re ipsa* que echaría por tierra las más preciadas esencias del derecho penal”. Según GUINARTE CABADA, *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid, 1988, p. 235, la presunción industrialista debe ser rechazada por faltarle a ésta apoyatura legal suficiente (ante las dudas sobre la vigencia del art. 4 del RPI y la desaparición de la presunción de voluntariedad del Código de 1973) y por las exigencias del principio de culpabilidad. Otra visión crítica de los postulados industrialistas en SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, pp. 391-393.

“determinación del dolo” del que tampoco ellas se hallan exentas<sup>12</sup>. La crítica adecuada a los industrialistas debe basarse en el hecho de que dotan de la característica de mínimos a conocimientos que, desde un punto de vista social, no lo son. Efectivamente, la normalidad como persona no implica socialmente el conocimiento del contenido de todos y cada uno de los asientos del Registro de la Propiedad Industrial. O, dicho con otras palabras, no todo aquél que desconoce el Registro de la Propiedad Industrial es considerado socialmente como plenamente inimputable. Ello significa que la atribución del conocimiento del Registro deberá siempre llevarse a cabo con base en datos objetivos específicos del supuesto concreto, pero nunca en la forma con que se imputan los *conocimientos mínimos*<sup>13</sup>.

También deben considerarse incorrectas aquellas declaraciones que ocasionalmente se encuentran en la jurisprudencia sobre lo que, desde su punto de vista, resulta de conocimiento general, cuando es muy discutible que así sea. Esta afirmación se justifica por el sencillo motivo de que desde el prisma de las valoraciones sociales es perfectamente imaginable que pueda existir

---

<sup>12</sup>Basta con ver cómo en la práctica del Tribunal Supremo, pese a rechazarse explícitamente las posturas industrialistas, las afirmaciones sobre el efectivo conocimiento del contenido del Registro por parte del acusado también se basan en datos objetivos (cualificación profesional del sujeto, similitud entre el signo distintivo producido y el registrado...). Desde luego estos criterios de atribución incorporan una mayor capacidad de matización y de adaptación a las circunstancias del caso concreto que la presunción *iuris et de iure* de los industrialistas, pero su base es igualmente objetiva, con lo que la crítica del objetivismo está fuera de lugar.

<sup>13</sup>En buena lógica debe rechazarse la opinión de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996, p. 420, quien afirma, respecto al dolo en los delitos contra la propiedad industrial, que “no parece que pueda ser una excusa la alegación del desconocimiento de que el objeto estaba registrado porque, precisamente, los registros públicos tienen la finalidad de dar certeza *erga omnes* de un hecho oficializado por la inscripción”. Esta equiparación teórica entre conocimiento y cognoscibilidad resulta inaceptable. Mucho más atinado PORTELLANO DÍEZ, “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista”, *CPC*, 60 (1996), pp. 658-659, quien entiende que las evidentes dificultades probatorias que implica demostrar que alguien conocía el registro pueden superarse si se cumplen dos condiciones: explotación efectiva de la invención patentada y comercialización del producto acompañado de signos que indiquen su registro (p.ej. el símbolo ®). Como es evidente, este último autor exige una base objetiva más amplia que la mera condición de imputable del sujeto activo.

una persona imputable que, sin embargo, no cuente con tales conocimientos. En este sentido, sin una base objetiva más amplia no parecen adecuadas para imputar conocimientos las afirmaciones de que, por ejemplo, es de conocimiento general la existencia de una determinada marca de licores en el mercado<sup>14</sup>, de que “es de dominio público o, al menos, de conocimiento vulgar” la causación de la fiebre de malta por quesos frescos contaminados<sup>15</sup> o de que “toda persona sabe de los objetos valiosos que aparecen en su propio ámbito de dominio, cuando además aquélla es la única que ha podido tener acceso al lugar en que las cosas han sido encontradas”<sup>16</sup>. Respecto a los tres ejemplos puede imaginarse una persona imputable que no cuente con tales conocimientos, por lo que la corrección de las tres afirmaciones no puede considerarse inequívoca desde el punto de vista de las valoraciones sociales<sup>17</sup>.

### XII.3. Conocimientos mínimos y “socialización exótica”

---

<sup>14</sup>STS de 22 de julio de 1993 (A 6352, ponente Delgado García). Afirma esta resolución que “tan conocida es en el mercado la ginebra Larios que no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Larios de autos pudiera ser considerada delictiva”; la imputación del dolo en este caso se salva al afirmar también el Tribunal que la imitación era muy clara y que el autor de ésta había sido “un fabricante de licores que conoce bien el mercado y la gran difusión y publicidad del producto imitado”. El hecho de que se recurra a estas otras dos bases de imputación muestra que la primera y harto discutible afirmación resulta en todo caso superflua.

<sup>15</sup>STS de 12 de abril de 1989 (A 3182, ponente Díaz Palos); en esta sentencia concreta la imputación general se refuerza con la idea de que los que fabricaron el queso eran profesionales. Cfr. también la imputación de conocimientos de la STS de 15 de noviembre de 1989 (A 8646, ponente García Miguel), “el valor de las cosas ocupadas a los procesados y que los mismos declaraban haber encontrado, tenían un valor de 250.000 ptas., por lo que es evidente que mal podía presumirse que hubiesen sido abandonadas por sus propietarios”.

<sup>16</sup>MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 150. El mismo autor admite la posibilidad de excepciones a tal afirmación.

<sup>17</sup>Muy cuestionable la argumentación de la STS de 4 de mayo de 1981 (A 2096, ponente Vivas Marzal), según la cual toda persona poseedora de un arma de fuego que no cuente ni con marca de fabricación ni con número conoce estas dos circunstancias, a no ser que se trate de un “invidente o subnormal profundo”.

La referencia a la figura de los *conocimientos mínimos* ha permitido establecer la regla según la cual, cuando se considera imputable a una persona se le atribuyen todos aquellos conocimientos cuya ausencia no se explicaría de no ser por su plena inimputabilidad. Existen, sin embargo, supuestos en que ciertas condiciones personales del sujeto de la imputación hacen posible que en su caso se admitan determinados desconocimientos que, como regla general, serían inconcebibles en cualquier otra persona, aunque no se fundamente dicha admisión en determinadas anomalías psíquicas de tal sujeto, sino en la peculiar relación existente entre éste y la sociedad en el seno de la cual se realiza la imputación. Tal vez con el siguiente ejemplo se entienda mejor la idea que aquí se quiere hacer expresiva:

*Un sujeto dispara contra otra persona a la que tiene a un escaso metro de distancia con un arma de fuego y le causa la muerte. El sujeto alega ante el Tribunal que le juzga el desconocimiento de que un disparo con arma de fuego puede causar la muerte de otro, pues ni siquiera sabía qué era ni para qué servía el arma en cuestión.*

Ante un supuesto como éste, la primera impresión lleva a afirmar que el conocimiento de que disparar un arma de fuego contra otra persona que se encuentra a un metro de distancia crea un evidente riesgo para la vida de ésta es algo que forma parte de los *conocimientos mínimos* de toda persona imputable. Sin embargo, tal afirmación no es suficientemente precisa: imagínese el caso en que un aborigen de una tribu que apenas ha mantenido contactos con la civilización occidental llega por los motivos que sean a una ciudad europea y, a los pocos minutos de su llegada, alguien le pone una pistola en su mano y le exhorta a que, "siguiendo una tradición continental", apriete el gatillo. Parece que en este supuesto la no-imputación del conocimiento del riesgo de la actuación es algo que, cuando menos, se estaría dispuesto a plantear, cosa que ni tan siquiera sucedería de ser el acusado una persona nacida y educada en el seno de la cultura occidental o de otras sociedades con unos parámetros culturales cercanos a los de ésta.

El ejemplo en cuestión lleva a plantearse la idea según la cual, en realidad, los *conocimientos mínimos* en sentido estricto son muy pocos, porque pocos son también los conocimientos que es posible entender que posee cualquier

miembro adulto de la raza humana no gravemente mermado de sus facultades mentales o sensoriales básicas. De ahí los ejemplos a los que se ha acudido anteriormente para hablar de *conocimientos mínimos*: parece que el conocimiento de que golpear a otro con un hacha en la cabeza o con una piedra en el rostro entraña determinados peligros forma parte de los conocimientos generales de cualquier persona adulta, con independencia del referente cultural en que se la ubique. Pero ya no es tan evidente que el conocimiento de determinadas realidades sólo propias de sociedades concretas o, mejor dicho, totalmente ajenas a determinadas sociedades, pueda hacerse extensivo a toda persona imaginable<sup>18</sup>.

En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se está, por tanto, ante una imputación que se lleva a cabo en dos pasos. En primer lugar, si el sujeto no puede ser considerado plenamente inimputable se le deben atribuir los *conocimientos mínimos en sentido estricto*, es decir, los comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable; en segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado con normalidad en el seno de las sociedades occidentales se le debe atribuir una segunda categoría de conocimientos: los

---

<sup>18</sup>Algo que de hecho ya se desarrolla, respecto a la posibilidad de desconocimiento inevitable de la antijuricidad, en los planteamientos de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 659: "el que el autor haya supuesto que por principio la alta traición, la coacción al Parlamento o el homicidio, las lesiones o incluso los daños están permitidos, es aceptable sólo si el autor muestra como estado psíquico una socialización exótica". Cfr., igualmente, EL MISMO, "El principio de culpabilidad", p. 375. Interesantes también las consideraciones de HRUSCHKA, "Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin", en *Welzel-FS*, Berlín, Nueva York, 1974, p. 148 ss. Por lo que a la jurisprudencia respecta, cfr. la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater), en referencia al conocimiento de la antijuricidad: "por bajo que sea el nivel intelectual de los recurrentes, la prohibición de la estafa forma parte del núcleo culturalmente más básico del derecho penal. Un error en normas de este ámbito no puede ser deducido sólo del bajo nivel cultural, pues una persona que actúa en el medio empresarial en que actuaban los recurrentes no puede presentar un *déficit de socialización* tan considerable como el que sería necesario para explicar el desconocimiento de la prohibición de la estafa" (cursiva añadida). TORÍO LÓPEZ, "Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva", en *Estudios jurídicos. Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, 1993, tomo II, p. 1018 ss, afirma la necesidad de una "individualización cultural" de los sujetos en el ámbito de la consciencia de la antijuricidad.

denominados, en adelante, *conocimientos mínimos en sentido amplio*, es decir, aquéllos cuya ausencia en personas imputables sólo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contactos con la sociedad que le juzga y cuando, a la vez, tales conocimientos no formen parte del marco cultural del que proviene tal sujeto.

El único sustrato objetivo que puede impedir, por tanto, la imputación de los *conocimientos mínimos en sentido amplio* sólo puede venir dado por la demostración de que los contactos entre el sujeto y lo que aquí se denomina "cultura occidental" han sido prácticamente nulos y por el hecho de que en el marco cultural del que procede el sujeto se desconozcan determinadas realidades que forman parte del acervo básico de conocimientos de cualquier miembro de la citada cultura occidental<sup>19</sup>. Sin embargo, cuando se trate de un sujeto plenamente imputable y con una socialización normal, deben serle imputados por principio tanto los *conocimientos mínimos en sentido estricto* como los *conocimientos mínimos en sentido amplio*<sup>20</sup>.

La escasa trascendencia práctica de los hechos jurídico-penalmente relevantes cometidos por sujetos "exóticamente socializados", en el sentido que aquí se atribuye a estos términos, comporta que, cuando en la exposición de los próximos apartados se haga referencia a los *conocimientos mínimos* sin ulteriores precisiones, esta figura deberá ser entendida en su sentido amplio.

---

<sup>19</sup>Otro supuesto en que podrían no imputarse los *conocimientos mínimos en sentido amplio* sería aquel en que el sujeto, pese a haberse desarrollado dentro del espacio físico en que está implantada la sociedad occidental, hubiera padecido una situación de pleno aislamiento, por ejemplo, por haber vivido encerrado y sin contacto con otras personas desde su infancia. También en este caso podría hablarse de "socialización exótica".

<sup>20</sup>En la STS de 20 de enero de 1997 (A 190, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se sostiene que "por poco que se conozca de armas de fuego, el revólver es seguro y elemental en su funcionamiento", con la finalidad de desvirtuar la afirmación de la sentencia de instancia, que había dado por plausible la alegación de un condenado por homicidio en el sentido "de que no conocía bien el funcionamiento del arma". La regla formulada por el Tribunal podría encontrar una excepción en el caso de las personas que procedieran de culturas (si existen) en que no se supiera nada de las armas de fuego.