

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
(8 de 9)

"*conocimiento situacional*", pese a la imposibilidad de recurrir a los criterios ya expuestos, es la cuestión específica que debe analizarse en este apartado.

No hace falta entrar a analizar, cuando se trata el tema del "*conocimiento situacional*", la cuestión relativa a si el sujeto es consciente de sus propios actos. El análisis del tipo subjetivo siempre se lleva a cabo con posterioridad al de la acción y, dado que según opinión generalizada, sólo son acciones relevantes desde un punto de vista jurídico-penal aquéllas que se realizan conscientemente, en el ámbito de la imputación de conocimientos se parte siempre de la base de que el sujeto ha obrado con conciencia de sus propios actos, entendido aquí el término "actos" en el sentido de "movimientos corporales" ⁵. Dicha auto-consciencia se atribuirá incluso con anterioridad a los *conocimientos mínimos*: si el autor no hubiera actuado con ella (p.ej. por sonambulismo o hipnosis) ya no se habría llegado al nivel de análisis del tipo subjetivo, por ser su acción jurídico-penalmente irrelevante. Más allá de la propia conciencia de su conducta, en el presente apartado se trata de determinar cuándo se le puede imputar a un sujeto el conocimiento de los factores objetivos que configuran la situación en que está actuando.

Por ejemplo,

El único hecho probado radica en que el acusado disparó con un arma de fuego contra unos arbustos, sin que quedase claro si al apretar el gatillo sabía que detrás de ellos se encontraba la persona a quien hirió mortalmente. El acusado declara simplemente no haber tenido la más remota idea de que detrás de dichos arbustos se encontraba una persona.

El punto clave para dar un tratamiento adecuado a la cuestión que aquí se plantea pasa por establecer cómo adquiere conocimiento cualquier persona de los elementos objetivos que configuran la realidad que le rodea. Tal adquisición (a falta de *transmisiones de conocimiento* por parte de otras personas o fuera de los casos en que determinados conocimientos forman parte de la propia experiencia) se materializa a través de la percepción sensorial: antes de disparar, el sujeto puede adquirir el conocimiento de que en la posible

⁵Cfr, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 192-193, en España y CRAMER, S/S, previo § 13, n° marg. 39, en Alemania.

trayectoria de la bala se encuentra otra persona si la ve con sus propios ojos en tal momento o si, aunque no la esté viendo directamente, la oye hablar⁶. Como es evidente, rigen también en este ámbito las valoraciones sociales sobre en qué situaciones se entiende indudable que alguien ha aprehendido sensorialmente algo, y no la constatación de dicha aprehensión como fenómeno psico-físico efectivamente acaecido.

Para poder imputar a un individuo el conocimiento de la ubicación de un objeto es necesario, como presupuesto objetivo, que pueda acreditarse que tal objeto se encuentra en una situación tal que, dada la posición del sujeto, éste *necesariamente* ha tenido que haber captado sensorialmente dicha ubicación. En este ámbito se trabaja con reglas de imputación del tipo "si el sujeto estaba situado en una posición P con respecto al objeto O, ha conocido necesariamente la ubicación espacial de O". La corrección de dichas reglas exige que la relación existente entre la posición del sujeto y la del objeto sea tal que, desde un punto de vista social, simplemente no resulte creíble que la presencia de dicho objeto no haya sido percibida por el sujeto⁷. Cuando no pueda descartarse una posible inadvertencia, la posibilidad de imputación decae.

Por ejemplo,

Debe imputarse al autor de unos disparos el conocimiento de que en la trayectoria de éstos se encontraba otra persona cuando, por ejemplo, dicha persona se hubiera situado ante el autor sin que entre ellos se interpusiera obstáculo alguno que pudiera haber impedido la visibilidad y con una iluminación suficiente. Hace falta además acreditar que el autor dirigió su mirada

⁶Cfr. la STS de 16 de julio de 1990 (A 6725, ponente Díaz Palos): "si en los hechos probados se afirma que tan pronto como oyó el recurrente la voz de ¡Alto Policía!, giró su arma hacia el lado izquierdo del que provenía dicha voz y simultáneamente realizó el disparo en tal dirección, es claro que desde ese momento conocía la cualidad personal de que estaba revestido el policía que así le intimaba para entregarse".

⁷Un ejemplo en este sentido puede encontrarse en la STS de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater), en que se sostiene que, un sujeto que ha tenido un arma en su poder, cargándola además con proyectiles adecuados, "seguramente ha visto con sus ojos que el número estaba borrado y, por lo tanto, ha tenido conciencia de detentar un arma carente de número" (en referencia a la exigencia del tipo del art. 255.1 CP73).

en la dirección en que se encontraba la futura víctima. Por contra, no será posible tal imputación cuando, dado el caso, entre autor y víctima se interponga un objeto que imposibilite al primero la captación visual de la segunda, o cuando las condiciones de visibilidad impidan una mínima captación visual. En estos casos deberán intentarse otras vías de imputación y, si éstas fracasan, la imputación no podrá llevarse a cabo.

Las anteriores exigencias pueden cambiar cuando la presencia del objeto puede ser percibido por sentidos distintos a la vista (p.ej. se oye a una persona gritar, aunque no se la ve). En este caso, la imputación debe llevarse a cabo cuando, dada la ubicación del sujeto, éste necesariamente haya advertido el lugar en que se encontraba el objeto.

Las anteriores afirmaciones deben someterse, sin embargo, a determinadas precisiones. En primer lugar, es evidente que las reglas de imputación que pueden ser empleadas en este ámbito parten de que el sujeto de la imputación es un individuo cuyas capacidades sensoriales funcionan correctamente. Dichas reglas pueden no valer en los supuestos en que entre el *factum* objetivo de la sentencia conste que el acusado padece determinados trastornos en su percepción sensorial, de tal modo que ya no pueda afirmarse de forma inequívoca que dicho sujeto no ha podido pasar por alto la ubicación espacial de un determinado objeto⁸:

Por ejemplo,

Una persona que padece sordera total práctica el tiro al blanco contra una diana situada delante de unos espesos arbustos. De detrás de los arbustos, y sin que se llegue a ver a nadie, se oyen gritos pidiéndole que no dispare. Dada la sordera del sujeto, en este caso no podrá serle imputado el conocimiento de que tras los arbustos se encuentra alguien, a no ser que consten transmisiones previas o exteriorizaciones. La imposibilidad de imputación lleva a negar el "conocimiento situacional" correcto y, por tanto, el dolo de lesiones, si a consecuencia del disparo se hiere a alguien.

⁸Cfr., en este sentido, FREUND, *Normative Probleme*, p. 32 y SCHEWE, "Subjektiver Tatbestand' und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit", *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 695. En este sentido, en la STS de 12 de julio de 1990 (A 6363, ponente Vivas Marzal) se afirma: "lo cierto es que, en el momento de la acción, hallándose presente, y en actitud cooperante, el acusado Francisco Javier S.H., tuvo que conocer, necesariamente, que uno de sus co-reos, para la mejor ejecución del hecho punible, estaba exhibiendo, con fines intimidatorios, una navaja, circunstancia que sólo pudo ignorar siendo invidente o disminuido psíquico en grado agudo" (cursiva añadida).

Una situación parecida a la anterior se da en aquellos supuestos en que son los factores ambientales los que llevan a poner en duda que el sujeto necesariamente haya aprehendido sensorialmente los factores objetivos que integraban la situación en que actuó:

Por ejemplo,

El acusado disparó en dirección a unos arbustos en los que se encontraba otra persona a la que alcanzó mortalmente. Dado lo avanzado de la hora en que sucedieron los hechos, la oscuridad prácticamente total en que se encontraba el bosque y la considerable distancia desde la que se disparó no es posible afirmar con certeza que necesariamente se advirtiera que entre los arbustos se encontraba otra persona⁹.

En supuestos como el anterior resulta evidente que será necesaria una relación de proximidad más intensa de lo habitual entre sujeto y objeto para poder seguir considerando que el primero ha captado de forma inequívoca la ubicación del segundo, lo que deberá traducirse en unas mayores exigencias con miras a la posible imputación del conocimiento. Sin embargo, la imputación puede mantenerse en todos aquellos supuestos en que, pese a que ya no sea posible afirmar que el sujeto cuenta con una percepción sensorial actual de la situación en que se encuentra un determinado objeto, el escaso tiempo transcurrido entre la percepción previa y la realización del hecho típico indica que la ubicación espacial del objeto no ha podido variar sustancialmente, con lo que el sujeto ha tenido que contar por fuerza —por lo menos con la posibilidad— con que el objeto previamente conocido no haya modificado su posición.

Por ejemplo,

⁹Interesante a este respecto la STS de 27 de junio de 1995 (A 4583, ponente Bacigalupo Zapater): si un sujeto dispara en una determinada dirección, rebotando el proyectil y alcanzando a una persona que se encuentra totalmente fuera de la trayectoria previsible de la bala, no puede afirmarse un “conocimiento situacional” correcto ni, por tanto, dolo de matar o lesionar. En contra de esta idea la sentencia citada, en que se afirma el dolo de lesionar y se niega el de matar de acuerdo con la idea nuclear de que “el peligro de rebote es adecuado a la experiencia”. Sin embargo, si el sujeto hubiera conocido el peligro de rebote debería haber sido consciente de que su conducta era también apta para matar, del mismo modo que lo era para lesionar.

Alguien que se dispone a disparar hacia unos arbustos oye voces tras de éstos y, pocos segundos después, dispara. Aunque en el momento del hecho típico ya no se oye nada, la proximidad temporal existente entre la percepción sensorial anterior permite mantener la imputación del conocimiento de que tras los arbustos puede encontrarse otra persona. La misma idea sirve para imputar tal conocimiento a quien, por ejemplo, dispara con la luz apagada hacia el lugar donde, pocos segundos antes y con la luz encendida, ha podido ver a otra persona.

Las muy diversas situaciones en que puede plantearse el problema de la imputación de un correcto "conocimiento situacional" hacen difícil una descripción más precisa de todas las posibles variantes. En cualquier caso, debe haber quedado expuesto el criterio fundamental a la luz del cual deberá juzgarse la corrección de los diversos juicios de imputación imaginables: *la ubicación espacial del sujeto y la del objeto del conocimiento debe ser tal que no resulte pensable que el primero no haya advertido la ubicación del segundo.*

XVI.3. Imputación del "conocimiento situacional valorado"

En el anterior apartado se han aportado criterios para atribuir a un sujeto la consciencia de la ubicación espacial de determinados objetos. En tales supuestos la imputación es viable cuando la ubicación del objeto es tal que su presencia por fuerza debe haber sido captada sensorialmente por el destinatario de la imputación. Sin embargo, y junto con estos casos, existen otros en que para afirmar el dolo no basta con que un sujeto perciba por sus sentidos la ubicación de un objeto, sino que es necesario que conozca determinadas características de tal objeto a partir de un acto intelectual que va más allá de la mera percepción sensorial, pues el conocimiento de tales características requiere una cierta reflexión o valoración de datos previamente percibidos a través de los sentidos.

Por ejemplo,

El acusado vendió cierta cantidad de droga a un sujeto de diecisiete años de edad. Ante la posible aplicación del subtipo agravado del art. 369.1º CP (facilitación de drogas tóxicas a me-

nores de edad), debe establecerse si dicho acusado se representó que su comprador era menor de dieciocho años¹⁰.

A falta de *exteriorizaciones, transmisiones de conocimientos* o de un estrecho vínculo entre los dos sujetos que permita atribuir al acusado el conocimiento de la menor edad del comprador, la posible atribución de los conocimientos requeridos por el subtipo agravado debe analizarse en el ámbito del "*conocimiento situacional*". En este sentido, no basta con que el sujeto activo sea consciente de estar vendiendo droga a otra persona, sino que es necesario que, a partir de determinadas características externas de dicho comprador, llegue a la conclusión de que éste es —por lo menos, posiblemente— menor de edad. La idea de la captación sensorial no resulta suficiente en estos casos, pues la edad de una persona no es un dato que pueda captarse de forma inmediata por los sentidos. En estos supuestos es necesario, en primer lugar, que el sujeto haya captado sensorialmente determinadas características objetivas sobre el citado comprador y, en segundo lugar, que el conocimiento de tales datos hayan llevado al sujeto activo a juzgar correctamente su edad. La imputación del primer tipo de conocimiento se reconduce a los criterios ya expuestos para la cuestión del "*conocimiento situacional*".

La problemática que debe abordarse en este ámbito es la que hace referencia al segundo momento, es decir, a las dudas que pueden surgir acerca de si, aparte de haber captado sensorialmente ciertos datos objetivos, el sujeto se ha valido de ellos para realizar correctamente determinadas valoraciones. Cuando se acude al inequívoco sentido social como criterio clave en este ámbito, las posibles imputaciones de conocimiento deben respetar una exigencia evidente: *es necesario que, a la luz del conocimiento (previamente imputado) de determinados datos objetivos, desde un punto de vista social no se entienda posible que el sujeto haya dejado de realizar una determinada valoración.*

En este sentido, no resulta imaginable, por ejemplo, que quien ha vendido droga a un comprador de doce años de edad haya dejado de representarse la posibilidad de que éste tuviera menos de dieciocho años. Tal posibilidad

¹⁰Un supuesto como éste se resuelve en la STS de 15 de noviembre de 1997 (A 7862, ponente García Ancos).

sólo puede admitirse en aquellos supuestos en que la apariencia de dicho comprador hubiese sido tal que, desde una perspectiva social, se entendiera posible haberle considerado mayor de edad¹¹.

La idea de valoración tiene un gran interés en todo aquello que respecta a una modalidad delictiva en que la problemática de la determinación del conocimiento suele revestir una especial importancia práctica: *el delito de recepción y las conductas afines a éste* (art. 298 ss CP), unos tipos delictivos cuya aplicación requiere que el sujeto activo haya sido consciente de que determinados bienes guardan relación con la comisión previa de ciertos delitos en los que él no haya intervenido ni como autor ni como cómplice¹². En estos

¹¹Lo que no siempre tiene por qué admitirse aunque el comprador esté cerca de los dieciocho años, como parece entender el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 1997 (A 7862, ponente García Ancos), al afirmar que "es imposible aceptar que el encausado pudiera prever de modo ni siquiera aproximado que la venta (mínima venta) de la droga la estaba realizando a un menor de edad, dado que éste tenía prácticamente 17 años". Cfr. en este ámbito las consideraciones de ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 28, acerca del conocimiento de la edad de la víctima en los delitos sexuales. Cfr. también sobre este tema DE VICENTE REMENSAL, "Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial", *PJ*, 8 (1987), p. 77: "la percepción, al menos probable, de la edad, es aprehensible muchas veces a simple vista, y sobre todo cuando se trata de sujetos que rondan los doce años, salvo, claro está, en los casos en que un precoz y excesivo desarrollo físico origine una gran desproporción entre la edad real y la aparente". Sobre el conocimiento de la condición de oligofrénica de la víctima de un delito de abusos deshonestos, cfr. la STS de 30 de octubre de 1980 (A 3654, ponente Huerta y Alvarez de Lara).

¹²Sobre el dolo en el delito de recepción, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 36. Sobre los datos en que se suele basar la jurisprudencia española para afirmar que el autor de un delito de recepción o blanqueo de dinero es conocedor de que los bienes que adquiere provienen de una comisión delictiva previa, ver PÉREZ MANZANO, "El tipo subjetivo en los delitos de recepción y blanqueo de dinero", en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la recepción y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 237-238. Una perspectiva de la problemática en Alemania, en ARZT/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 4, Bielefeld, 1980, p. 123. Según estos últimos autores, los indicios más habituales para afirmar el dolo son el irrisorio precio de la cosa y la anómala relación entre el vendedor y los productos que éste ofrece (p. ej. un vagabundo que vende cámaras fotográficas). Sobre los problemas que planteaba la antigua regulación alemana, que consideraba suficiente que, de acuerdo con las circunstancias, el autor hubiera "debido suponer" que los bienes procedían de la comisión previa de un delito, cfr. BOCKELMANN, "Der

supuestos no basta con que el sujeto sea consciente de que adquiere una determinada cosa, sino que a partir de ciertas características de éste le debe ser imputado el conocimiento de su origen delictivo. En estos casos el principal indicio en que suele basarse la jurisprudencia para determinar el dolo del sujeto activo es el bajo precio ("precio vil") con que se ha adquirido un objeto, lo que puede plasmarse en una regla de acuerdo con la cual "cualquier persona que compra objetos a muy bajo precio se representa por lo menos la posibilidad de que éstos provengan de la previa comisión de un hecho delictivo"¹³. Sin embargo, si ésta regla no se complementa adecuadamente resulta aplicable únicamente a aquellos (escasos) supuestos en que el precio pagado sea tan ridículo que resulte inimaginable que cualquier comprador no se haya planteado por lo menos la posibilidad de que el objeto proviniera de un hecho delictivo¹⁴. En los demás casos no puede excluirse la posibilidad de que el comprador haya considerado especialmente ventajosa la cantidad exigida, pero sin haber reparado en el posible origen del bien¹⁵. En cualquier caso, el conocimiento debe atribuirse por principio en los supuestos en que el

Nachweis des Hehlervorsatzes", *NJW*, 1954, p. 1745 ss. Cfr., igualmente VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986, p. 141 ss, haciendo referencia al Derecho suizo.

¹³Sobre el indicio del "precio vil" de cara a la prueba del dolo en los delitos de receptación, MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 151. Cfr., igualmente, entre otras muchas, las SSTs de 7 de noviembre de 1997 (A 7844, ponente Granados Pérez), 3 de diciembre de 1997 (A 8863, ponente Martín Canivell) y 12 de diciembre de 1997 (A8793, ponente Granados Pérez).

¹⁴En este sentido la STS de 30 de marzo de 1990 (A 2661, ponente Bacigalupo Zapater), en que se infiere el conocimiento de que el objeto de adquisición podía provenir de la previa comisión de un hecho delictivo a partir de la elevada desproporción entre el valor del objeto y el precio pagado.

¹⁵En este sentido resulta interesante la STS de 18 de noviembre de 1993 (A 8640, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en que se distinguen los supuestos en que un objeto se vende a un "precio vil" ("indicio gravemente incriminatorio y capaz de hacer aflorar el delito de receptación" caracterizado por la "situación de vileza, mezquindad o despreciable valoración económica de la cosa vendida") de los casos en que simplemente se vende a un "buen precio", en que este dato no tiene prácticamente ningún valor para atribuir a un sujeto el conocimiento del origen del objeto adquirido. Una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la "determinación del dolo en los delitos de receptación" en BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, pp. 78-79.

objeto que se adquiere revista unas características que socialmente se asocian incontrovertidamente a un origen delictivo¹⁶.

Finalmente, conviene hacer mención expresa de los supuestos en que la imputación de un correcto "*conocimiento situacional*" valorado requiere la concurrencia de dos requisitos: percepción sensorial de determinadas circunstancias y ciertas características personales del sujeto de la imputación. En estos supuestos se parte de la idea de que sólo determinadas personas que reúnen cierta cualificación en algunos ámbitos son capaces de valorar de forma correcta ciertos conocimientos percibidos.

Por ejemplo,

Quien caza especies cuya caza no está autorizada expresamente realiza la conducta prevista en el art. 335 CP. La realización dolosa de este tipo requiere que el cazador conozca que el espécimen contra el que dispara forma parte de tales especies. Tal conocimiento es muy dudoso en el caso en que quien realiza los disparos sea un cazador con escasa experiencia, pero puede imputarse cuando se trate de un cazador muy experimentado y conocedor de las especies que habitan en una determinada zona y de sus características¹⁷.

Con respecto al delito de receptación, ciertas características personales del sujeto pueden permitir imputarle el conocimiento del origen delictivo de determinados objetos, una imputación que no sería posible en otros casos. Así, por ejemplo, en el supuesto en que alguien compra un reloj robado a bajo precio, el sentido social del hecho cambia notablemente en función de si el comprador es un especialista en relojes o un absoluto profano sobre la materia. También puede resultar determinante desde el punto de vista social el

¹⁶Así la STS de 7 de junio de 1997 (A 4875, ponente Montero Fernández-Cid), en que se atribuye a un sujeto el conocimiento del origen delictivo de los diecisiete radio-casetes que poseía a partir del hecho de que todos ellos tenían los cables arrancados.

¹⁷Cfr. la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de noviembre de 1997 (AP-Audiencias, 2 (1998), ponente Araujo García). Un cazador abate un mirlo común, especie cuya caza no está autorizada. El tribunal prueba el dolo a partir del dato de que el acusado era un cazador con más de treinta y cinco años de experiencia. La alegación de que confundió el mirlo con una malviz no prospera, por no ser éstas "dos especies confundibles y menos para un cazador experto, al distinguirse por el color, por el vuelo y por el canto".

hecho de que el objeto de la compraventa sea unos de los habituales objetivos de la delincuencia patrimonial o el dato de que el objeto haya sido comprado en lugares poco habituales para la venta de determinados objetos¹⁸. En cualquier caso, también en este ámbito resulta necesario que se desarrollen por la jurisprudencia reglas que permitan determinar de forma regular qué factores objetivos deben concurrir para que se considere inequívoco que un sujeto se ha representado por lo menos la posibilidad de que el objeto que adquiere procede de la previa comisión de un hecho delictivo. La frecuente concurrencia de un mismo tipo de datos objetivos debe permitir que tal tarea pueda llevarse a cabo sin demasiadas dificultades.

¹⁸El sentido social del hecho no es, desde luego, el mismo cuando el objeto de la compraventa es, por ejemplo, una radio de automóvil que cuando se trate, dado el caso, de un libro usado y dicho sentido también cambia dependiendo de que el lugar de adquisición sea un comercio dedicado a la venta de objetos como el adquirido o, por contra, la compra se materialice en plena calle.

XVII. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS PREVIAMENTE IMPUTADOS EN UN JUICIO DE CONCRETA APTITUD LESIVA: DETERMINACIÓN DEL DOLO DEL RESULTADO

XVII.1. Planteamiento

Los diversos criterios desarrollados en los Capítulos anteriores permiten resolver no pocos de los supuestos que pueden presentarse en la práctica. Cuando en tales supuestos concurren los datos objetivos que permiten aplicar alguna de las reglas de imputación del conocimiento que han sido ya expuestas, podrá afirmarse el dolo del sujeto con respecto a aquellas circunstancias del tipo cuyo conocimiento le haya sido atribuido. La suficiencia de tales reglas parece especialmente evidente cuando se trata de determinar la concurrencia de dolo respecto de tipos penales en que las circunstancias típicas que deben ser abarcadas por el conocimiento del sujeto tienen una existencia efectiva anterior o simultánea al momento de realización del hecho típico.

Por ejemplo,

Para el dolo del delito de hurto (art. 234 CP) basta con que el sujeto sepa que la cosa de la que se apropia es una cosa mueble ajena y, además, que dicha apropiación se lleva a cabo contra la voluntad del propietario. Para afirmar el dolo del empleado de un supermercado que se lleva a su casa una parte de la mercancía basta con recurrir a las reglas de imputación según las cuales, todo empleado sabe que las mercancías del supermercado pertenecen al propietario de éste y sabe también que dicho propietario no permite a los trabajadores apropiarse de tales objetos sin su autorización.

Como se ha puesto ya en evidencia, en determinados tipos penales —los tipos de resultado— no basta con que el sujeto conozca aisladamente determinadas circunstancias, sino que es además necesario que estos conocimientos singulares se integren en un juicio en que se atribuye a una conducta, en la concreta situación en que ésta se lleva a cabo, la aptitud de producir el resultado requerido por el tipo penal. Son éstos tipos penales en que una circunstancia típica —el resultado— aún no existe en el momento en que el sujeto actúa, por lo que lo más que se puede exigir respecto a él es un juicio de previsión. Dicho juicio debe formarse a partir de la integración del conocimiento de dos factores: en primer lugar, la consciencia de que, en general, la conducta que se realiza supone, bajo determinadas circunstancias, la creación de un riesgo apto para producir un específico resultado; en segundo lugar, un “conocimiento situacional” correcto, es decir, la consciencia de que concurren en el caso concreto las circunstancias objetivas que hacen que el comportamiento resulte apto para causar un determinado resultado¹. Sólo si son imputables al sujeto ambos conocimientos y sólo si se le puede imputar también la integración de éstos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, puede afirmarse la concurrencia del grado de previsión necesario para afirmar la existencia de dolo con respecto al resultado.

Por ejemplo,

Para afirmar el dolo de homicidio no basta con que el sujeto conozca, por una parte, que un disparo con arma de fuego es en general un medio apto para causar la muerte y, por otra parte, que delante suyo se halla otra persona. Además del conocimiento de estos dos factores aislados, en el caso concreto ambos datos deben integrarse en un juicio de acuerdo con el cual, el sujeto

¹Cfr. en este sentido OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Straflehre*, 5ª ed., Berlín, Nueva York, 1996, p. 68 y, en general, *supra* V.2 y V.4. FREUND, *Normative Probleme*, p. 33, afirma que “aunque el autor ‘conociera’ en el momento del hecho la peligrosidad general para la vida de su conducta, no se puede establecer todavía que *in concreto* también realizara tal valoración, pues pudo haberse representado circunstancias que hicieran posible una valoración incorrecta”. Cfr. también KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991, p. 541, donde se afirma que para la consciencia del hecho no basta con el conocimiento de un peligro en abstracto: además hace falta que en el momento de actuar el autor cuente seriamente con una inminente lesión del bien jurídico.

advierde que, si efectúa un disparo en la dirección en que se encuentra la otra persona, estará realizando una conducta apta para provocar su muerte.

Cuando se consiga acreditar que, pese a haber conocido aisladamente los factores de riesgo, el sujeto no los ha integrado en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, faltará el conocimiento necesario para que se pueda afirmar que ha existido dolo con respecto a la causación del resultado de muerte y, como mucho, concurrirá una realización imprudente². Dicha acreditación, como es evidente, no puede pasar por intentar averiguar si el juicio de aptitud lesiva efectivamente se ha materializado en lo intrincado de la psique del sujeto, sino por ver si, dados determinados datos objetivos, procede imputar a dicho sujeto la realización del juicio requerido.

En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se ha expuesto que la consciencia de algunos riesgos forma parte de aquel conjunto de conocimientos que, desde el punto de vista social, se entiende que concurre en cualquier sujeto imputable³. Del mismo modo, al hacer referencia a la imputación de conocimientos en virtud de las características personales del sujeto, se ha añadido que el conocimiento de la peligrosidad de determinadas conductas puede formar parte de los conocimientos propios de un determinado individuo de acuerdo, por ejemplo, con la profesión que éste ejerce⁴. Dichas formas de imputación, sin embargo, sólo permiten atribuir al sujeto el conocimiento *en abstracto* de los riesgos que se asocian a determinadas actividades; por contra, de lo que se trata en este Capítulo es de analizar si dicho sujeto ha constatado la concurrencia de tales riesgos *en la situación concreta* en la que ha llevado a cabo su actuación. El conocimiento en abstracto de la peligrosidad de una determinada conducta no concretado en un juicio sobre la situación en que

²Así, la sentencia del BGH de 31 de mayo de 1994 (NSfZ, 1994, p. 484), donde se afirma que “en el caso concreto es imaginable que quien conoce todas las circunstancias que convierten su acción en un comportamiento peligroso para la vida, no sea sin embargo consciente —a consecuencia por ejemplo de una merma psíquica— de que su conducta puede conducir a la muerte de la víctima”. Este razonamiento debe tenerse por correcto, aunque la apelación ejemplificativa a la concurrencia de una “merma psíquica” resulte harto discutible (cfr. *supra* X.2.C.2 e *infra* XVII.2.B).

³Cfr. *supra* XII.1.

⁴Cfr. *supra* XV.

se actúa no sirve para fundamentar el dolo del resultado, sino sólo la imprudencia⁵.

Por ejemplo,

Se puede imputar a todos los conductores el conocimiento de que realizar un adelantamiento en carretera a pocos metros de un cambio de rasante es una conducta que puede generar un riesgo para la vida de otras personas (los pasajeros del propio coche y los del vehículo que, sin haber sido visto, puede acercarse en sentido contrario). Sin embargo, si finalmente se produce una colisión con muertes es perfectamente plausible pensar que el conductor puede no haberse representado que su concreto adelantamiento fuera una conducta apta para provocar varios resultados mortales.

Dicha integración tampoco podrá ser imputada cuando no haya sido posible atribuir al sujeto el conocimiento de determinados "datos situacionales" sobre los que debía apoyarse el *juicio de concreta aptitud lesiva*. Así, por ejemplo, la figura de los *conocimientos mínimos* (en sentido estricto) permite imputar al sujeto el conocimiento general de que golpear a otra persona con una piedra en el rostro supone la creación de un riesgo apto para lesionar la integridad física de ésta. Sin embargo, en el caso del paseante que, jugando con su perro a lanzar piedras, lesiona en el rostro a otra persona que aparece repentinamente tras de un árbol, lo que probablemente suceda es que ese conocimiento general con que cuenta el sujeto no haya sido integrado en la situación concreta, al faltar el conocimiento de que en la trayectoria de la piedra se encontraba otra persona. Este desconocimiento da pie a que el sujeto no se representara que con su concreto hecho estaba creando, en tal situación, un riesgo de lesión de la integridad física de otra persona y a que le faltara, por tanto, el dolo del tipo de lesiones. En estos casos basta con acudir básicamente a las reglas de imputación del "*conocimiento situacional*" para negar el dolo del sujeto con respecto al resultado⁶.

⁵Esta idea se recoge de forma explícita en la STS de 11 de marzo de 1997 (A 1944, ponente Montero Fernández-Cid), en que se apunta la vinculación, por un lado, entre peligro representado en abstracto e imprudencia y, por otro, entre peligro representado en concreto y comportamiento doloso. Más referencias jurisprudenciales *supra* XVI.1. Cfr. también *infra* XVII.5 el análisis del dolo de peligro concreto.

⁶Cfr. *supra* XVI.

Más allá de las anteriores formas de conocimiento, las situaciones que aquí interesan concurren en aquellos casos en que, pese a haber conocido un sujeto todos los factores aislados que le habrían permitido advertir los riesgos ligados a su conducta, se plantea la posibilidad de que, *en la concreta situación* en que se hallaba, no haya integrado tales factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Tal posibilidad puede ponerse de manifiesto recurriendo al siguiente ejemplo:

Imagínese el caso en que un individuo, desde la ventana de su casa, se dedica a practicar el tiro al blanco contra una señal de tráfico que se encuentra en una esquina cercana por la que transitan constantemente peatones. En una de tales ocasiones, el tirador (que por supuesto sabe que, en abstracto, un disparo puede ser mortal para otra persona) advierte perfectamente la presencia de peatones cerca de la señal de tráfico, lo que no le impide disparar. La trayectoria de la bala resulta inadecuada y, en lugar de acertar en el blanco, alcanza mortalmente a un peatón. El acusado declara ante el Tribunal que le juzga que, pese a haber sido consciente de la presencia de peatones, no pensó en la posibilidad de errar el disparo, por lo que tampoco, atribuyó a su conducta concreta la aptitud para producir la muerte de otra persona.

La problemática de la integración de conocimientos se refiere esencialmente a casos como el anterior, es decir, a supuestos en que, pese a contar el sujeto con el conocimiento aislado de todos los factores de riesgo (peligrosidad abstracta de un disparo más presencia de personas en las posibles trayectorias del proyectil), se plantean dudas acerca de si dicho sujeto ha integrado ambos factores en un juicio de aptitud lesiva referido a su específica conducta. Los casos en que este juicio no se lleva a cabo, pese a contar el sujeto con los elementos que le deberían haber permitido realizarlo, se designarán en adelante con el término *"no-integración de la concreta aptitud lesiva"*. Esta situación concurre cuando un sujeto es consciente de que su conducta entraña en general determinados peligros y conoce también la situación en la que actúa, pero llega a la conclusión (errónea) de que su conducta en particular no resulta apta para producir un determinado resultado lesivo en aquella concreta situación: el autor se dice así mismo que "esta conducta

es generalmente peligrosa, pero en este caso tal peligro no va a materializarse en el resultado"⁷.

Por ejemplo,

Un conductor que llega tarde a una fiesta conduce a gran velocidad por una carretera de montaña. En una de las curvas, sin ningún tipo de visibilidad, invade por completo el carril contrario, impactando con otro vehículo que se aproximaba en sentido opuesto y causando, a consecuencia del impacto, la muerte de su conductor⁸.

En este supuesto de hecho no hay problemas para imputar al conductor el conocimiento del riesgo en abstracto que se deriva del comportamiento consistente en invadir el carril contrario en una curva que carece de visibilidad. Tampoco hay problemas para imputarle la representación de la posibilidad de que a mitad de la curva pueda aparecer repentinamente otro coche. La atribución de ambos conocimientos se basa simplemente en que, desde un punto de vista social, estos datos forman parte del conocimiento general de cualquier persona que cuenta con el permiso de conducir. La cuestión decisiva para afirmar o negar el dolo del autor estriba, sin embargo, en determinar si dicho conductor integró ambos factores de riesgo o si, por contra, entendió que en su supuesto no concurría riesgo alguno, es decir, si no juzgó que su conducta fuera concretamente apta para causar la muerte de otra persona.

Planteándose esta misma cuestión, *Schmidhäuser* afirma que en el supuesto del conductor concurre una "eliminación mental del riesgo", al haber pensado éste que en su caso específico "no iba a pasar nada"⁹. El problema de esta

⁷KARGL, *Handlung und Ordnung*, pp. 541-542, se muestra de acuerdo con la idea de SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Studienbuch, 2ª ed., Tübingen, 1984, p. 228, en el sentido de que el fenómeno de la "eliminación mental" (que viene a corresponderse con la idea de *no-integración*) no tiene por qué darse exclusivamente en psiques patológicas. Por contra CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 75, entiende que la idea de la "eliminación mental" supone una "ficción inaceptable". Sobre la teoría del dolo de *Schmidhäuser*, cfr. *supra* III.2.

⁸Caso planteado por SCHMIDHÄUSER, "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ('dolus eventualis' und bewußte Fahrlässigkeit)", *JuS*, 1980, pp. 244-245.

⁹SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244, afirma que el conductor "quiere llegar en cualquier caso a la fiesta, y no quedarse en el camino a causa de un accidente; prefiere, por tanto,

solución es que no consigue justificar la base teórica en la que se fundamenta: ni se aporta una explicación a nivel empírico (constatación psicológica de la eliminación mental), ni tampoco a nivel de imputación, por lo que los argumentos que se emplean para llegar a tal solución parecen derivarse de una mera intuición *ad hoc*. El recurso empírico plantearía, con toda seguridad, los interrogantes de siempre, por lo que todo indica que sólo el recurso a la imputación social de conocimientos puede arrojar luz sobre esta compleja cuestión¹⁰. En consecuencia, lo que conviene en este punto es desarrollar criterios que permitan determinar en qué situaciones, desde un punto de vista social, se entiende posible una *no-integración de la concreta aptitud lesiva* y en cuáles debe imputarse la integración de conocimientos necesaria para el dolo.

XVII.2. Criterios generales

A) ¿Una única regla?

Cuando menos de dudosa debe calificarse la posibilidad teórica de formular una única regla general que permita aportar una solución convincente para todos los supuestos en que se planteen dudas acerca de la integración de la concreta aptitud lesiva de una conducta por parte de quien la ha llevado a cabo. A favor de tal posibilidad teórica podría apelarse a la idea de que el individuo que conoce un riesgo en abstracto y que conoce también todos los datos de la situación en la que actúa, necesariamente tiene que integrar ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, cuando así lo habría hecho

llegar un poco tarde a no llegar en absoluto, por lo que no conduciría tan aprisa si no partiera de que el infortunio, ahora, aquí y de la manera en que conduce, no va a acaecer". HERZBERG, "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — ein Problem des objektiven Tatbestandes", *JuS*, 1986, p. 250, critica la solución de *Schmidhäuser* afirmando que, si bien el recurso a la eliminación mental puede coincidir en muchos casos con la realidad psicológica del autor, "como argumentación jurídica, no convence".

¹⁰La incapacidad de las ciencias empíricas para resolver estos casos es una idea que comparte también PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 494, quien afirma que la eliminación mental del riesgo es un fenómeno que seguramente puede darse en la realidad, pero no está claro "cómo el Derecho penal debe y puede 'determinar' semejante interioridad psíquica".

cualquier persona racional. En este sentido, puede plantearse la idea de que, en el ámbito de la comunicación social, se parte de que los sujetos imputables son seres racionales y una consecuencia del reconocimiento de tal racionalidad se plasma en la presunción de que el sujeto que conoce todos los datos concernientes a los riesgos propios de una determinada conducta y reconoce a la vez perfectamente la situación en la que actúa, necesariamente debe llevar a cabo un *juicio de concreta aptitud lesiva* cuando el conocimiento de tales factores habría llevado a que un espectador objetivo formulara también dicho juicio. Por decirlo de un modo expresivo, puede sostenerse que el sujeto racional que conoce todos los factores aislados de una suma, por fuerza debe conocer también el resultado de ésta.

Dar por bueno el anterior modo de ver las cosas llevaría a imputar por principio la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva* a todos aquellos sujetos que hubieran conocido en abstracto el riesgo inherente a su conducta, así como los factores integrantes de la situación en que ésta se llevó a cabo. Una única regla bastaría para resolver la "determinación del dolo" en este ámbito: "quien conoce que una conducta es peligrosa bajo determinadas circunstancias y conoce también que tales circunstancias concurren en la situación concreta en la que actúa, realiza por fuerza un *juicio de concreta aptitud lesiva* y, en consecuencia, la causación del resultado se le debe imputar a título de dolo".

La misma vida cotidiana (y a menudo la propia experiencia personal) muestra, sin embargo, que las anteriores afirmaciones no siempre son ciertas. Como afirma Freund, "las valoraciones erróneas de las situaciones objetivas no necesariamente tienen que deberse a tendencias enfermizas sino que, más o menos, es algo que le puede pasar a todo el mundo"¹¹. La posibilidad de que, por los motivos que sean, el sujeto haya podido no integrar los factores de riesgo conocidos aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva es algo que no puede descartarse por principio: también desde el punto de vista

¹¹FREUND, *Normative Probleme*, p. 37. Añade este autor (*ibidem*, p. 38) que una valoración errónea de la situación concreta "sólo puede excluirse cuando se puede afirmar, de acuerdo con la estructura de la personalidad del autor, sus experiencias previas etc. que en absoluto podía haber realizado una valoración de la situación que no fuera la correcta".

de la valoración social se admite que, en determinados casos, alguien pueda haber errado en la apreciación de la aptitud lesiva de la conducta que ha llevado a cabo. Si se acepta esta última hipótesis, lo que conviene analizar entonces es en qué específicas situaciones se admite socialmente la posibilidad de *no-integración* y en cuáles no¹². La existencia de una única regla general que resuelva de un modo convincente todos los casos imaginables debe ser, en cualquier caso, descartada y la solución deberá aportarse atendiendo a las diversas circunstancias objetivas que puedan concurrir en un determinado supuesto.

B) Criterios generales para la fijación de la base objetiva

Si bien por los motivos acabados de exponer debe descartarse la posibilidad de resolver el problema de la integración acudiendo a una única regla, por contra, sí parece posible aportar una serie de criterios con validez general para dar un tratamiento adecuado a la presente problemática. Estos criterios se refieren, básicamente, a la trascendencia que conviene atribuir a determinados datos objetivos con miras a basar en ellos la imputación a un sujeto de la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva. En este sentido, se trata en primer lugar de determinar qué circunstancias fácticas tienen interés para dicha imputación y, en consecuencia, de descartar todos aquellos datos que no estén en condiciones de llevar a soluciones inequívocas en este ámbito.

En primer lugar, no viene al caso para la imputación de la integración del conocimiento tomar como base objetiva determinadas características personales del sujeto de la imputación, como todas aquellas que hacen referencia a

¹²De este modo pueden superarse de un modo adecuado las críticas que habitualmente se dirigen a las teorías que niegan el dolo cuando el autor "elimina mentalmente" la representación del riesgo, por considerar que, al ser tal "eliminación" indemostrable desde el punto de vista empírico, ésta se acaba afirmando a partir de una interpretación del hecho por parte del juez que se presta a todo tipo de manipulaciones. Cfr., en este sentido, PUPPE, NK, § 15, n° marg. 77. Cuando deja de interesar el (imposible) descubrimiento del dato empírico de la *no-integración*, se hace posible entrar a discutir en qué casos cabe admitir tales ausencias de integración y en qué casos no, y en la medida en que se establezcan criterios con validez general, desaparece la crítica basada en la posibilidad de manipulación.

si tal sujeto, por regla general, es una persona escrupulosa que tiende a magnificar los riesgos que advierte o si, por contra, se trata de un individuo tan despreocupado que no suele apreciar riesgos allí donde cualquier otra persona mínimamente juiciosa los vería sin demasiadas dificultades. Estas características personales (escrupuloso/despreocupado) pueden tal vez describir cómo se comporta habitualmente una persona, pero no tienen un valor concluyente con respecto a un caso concreto. Apelando exclusivamente a “formas de ser habituales” se pasa por alto la posibilidad de que el escrupuloso ese día no actuara como tal, o de que el despreocupado sí se diera cuenta de la aptitud lesiva de su conducta en aquella ocasión concreta. La imputación de riesgos desde el punto de vista social debe prescindir de estas cuestionables bases objetivas para la imputación, aunque sólo sea por la vaguedad intrínseca a todo juicio de valor sobre la escrupulosidad o la despreocupación de los demás y por lo arbitrario que puede ser determinar en la práctica quién es escrupuloso y quién despreocupado¹³. Estas evidentes dificultades llevan a afirmar que, desde el punto de vista de las valoraciones sociales, conviene partir de que en todo sujeto imputable concurre una idéntica aptitud para integrar en situaciones concretas los riesgos conocidos de forma general¹⁴.

Con la anterior afirmación se aporta un segundo criterio para dar una solución adecuada a uno de los puntos problemáticos advertidos en el concep-

¹³En contra FREUND, *Normative Probleme*, p. 33, quien entiende que el hecho de que un sujeto tenga una personalidad que le lleve habitualmente a dar poca importancia a ciertos peligros es un factor que no puede dejar de tenerse en cuenta para “determinar” el dolo. También en contra FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 558, quien atribuye a las “disposiciones generales del autor” y a su “actitud fundamental” el carácter de indicio para apreciar una posible infravaloración de riesgos y, por tanto, para negar el dolo. La importancia de determinados aspectos del carácter del autor para la “determinación del dolo” ya fue defendida a finales del siglo pasado por HAGEN, “Der Vorsatz und seine Feststellung”, *ZStW*, 19 (1899), p. 178 (nota 56), al afirmar que “cuando nos encontramos ante un carácter superficial e irreflexivo puede ser creíble que el autor no haya contado con el resultado que se representó como probable, mientras que una forma de ser precavida y escrupulosa da pie a la sospecha de que el autor ha contado con el resultado simplemente posible o incluso improbable”.

¹⁴La aptitud no debe ser por tanto mayor aunque la conducta del sujeto sea de “brutalidad habitual”, o su “carácter nervioso y con sentimiento de superioridad”. En sentido contrario la STS de 4 de mayo de 1995 (A 4045, ponente Moner Muñoz).

to cognitivo de dolo propuesto en la Primera Parte de este trabajo, concretamente, para superar las dificultades que suscita el hecho de que un concepto de dolo meramente basado en el conocimiento pueda llevar a castigar a las personas que tienen tendencia a magnificar la entidad de los riesgos y a privilegiar en desmesura a los despreocupados o a los excesivamente optimistas¹⁵. Cuando a la condición de escrupuloso o de despreocupado no se le concede valor alguno como posible base objetiva para la "determinación del dolo", tal problema desaparece o, mejor dicho, queda circunscrito al ámbito de lo meramente teórico.

Llevando el anterior razonamiento hasta sus últimas consecuencias, debe negarse valor alguno a efectos de imputación del conocimiento a la "personalidad del autor" entendida esta idea en su sentido más amplio, es decir, como equivalente a las expresiones "carácter" o "forma de ser", especialmente cuando éstas no lleguen a concretarse en una posición social definida o en una característica personal objetivable. Aparte de las obvias dificultades para determinar exactamente cuál es la "personalidad" de un individuo, no se ve cómo este dato debe influir en el hecho de que deba considerarse a alguien como más o menos capacitado para una integración idónea de conocimientos singulares¹⁶. El rechazo de estos factores difícilmente obje-

¹⁵Sobre la descripción de tal problema, cfr. *supra* V.3.A y V.3.B. Algunos criterios ya expuestos para su superación, *supra* XII.4. Se coincide plenamente en este punto con QUERALT JIMÉNEZ, "El dolo y el conocimiento de la antijuricidad", en *Elementos subjetivos*, p. 42, quien entiende que de la defensa de un dolo intelectual "no se deriva que, ante una misma situación, los pesimistas sean castigados por delito doloso y los optimistas por delito imprudente", pues "ello sería Derecho penal de autor. La diferencia tiene que ser normativa: las condiciones del sujeto y las características de la situación serán las que determinarán si hubo conformidad o no; es decir, tales elementos permitirán efectuar el correspondiente juicio hipotético de acuerdo a lo que se considere estándares normales de comportamiento en situaciones similares".

¹⁶Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende en alguna de sus resoluciones que no sólo la "personalidad del agresor", sino también la del "agredido", son indicios a tener en cuenta para inferir el ánimo con que ha actuado un acusado. Cfr. la STS de 5 de diciembre de 1991 (A 8988, ponente Soto Nieto). Este punto de vista resulta inaceptable, a no ser que en algún caso concreto pueda reconducirse a características personales del sujeto que tengan un carácter objetivo. También resulta harto cuestionable la atribución de valor indiciario para acreditar el *animus necandi* al hecho de que los acusados pertenecieran a una banda de *skin heads*, como sucede en la STS de 23 de noviembre de 1996 (A 8683, ponente Montero

tivables garantiza, además, que no se introduzcan en el ámbito de la imputación del conocimiento criterios propios de un Derecho penal de autor¹⁷. Del mismo modo, la actitud del acusado previa a la realización de la conducta típica, no tiene valor alguno para la atribución del conocimiento, salvo que pueda interpretarse de forma inequívoca como una *exteriorización de conocimientos*¹⁸.

Las experiencias afortunadas que un sujeto pueda haber tenido en ocasiones anteriores con respecto a la concreta aptitud lesiva de determinados riesgos tampoco tienen valor alguno para la imputación de la correcta integración de riesgos en momentos posteriores¹⁹. Esta afirmación se basa en el he-

Fernández-Cid). Muy acertadas las críticas de GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, art. 138, n° marg. 54, a las sentencias del Tribunal Supremo que recurren a los antecedentes del sujeto como indicio para probar el dolo de éste.

¹⁷Un peligro que se observa en las afirmaciones de BAUER, *Abhandlungen*, p. 282, quien atribuye la condición de indicios a considerar para la prueba del dolo a "la reputación del autor, sus inclinaciones, sus anteriores infracciones, etc". En contra de estas afirmaciones HÜRXTAL, *KK*, 2ª ed., § 261, n° marg. 64, quien considera que la convicción judicial basada en la prueba de indicios no puede apoyarse en hechos como el de que el acusado ya haya sido condenado con anterioridad por idénticas conductas (aunque, como se ha acreditado *supra* XV.2., dicho dato no puede ser totalmente rechazado cuando implique determinadas experiencias personales de las que se derive un conocimiento). En línea similar FARRÉ TREPAT, "Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución", en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 84, quien critica el valor indiciario a efectos de "determinación del dolo" que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye en ocasiones a datos como la "destacada peligrosidad del procesado" o los "antecedentes del ofensor que le califiquen como persona más o menos peligrosa, belicosa, agresiva o penderciera". El peligro de incurrir en argumentaciones propias de un Derecho penal de autor se constata en afirmaciones como las formuladas por ARAGONESES ALONSO, adiciones a MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en material criminal*, 10ª ed., Madrid, 1979, p. 150: "sin llegar a presunción legal, es lógico que el Juez establezca una presunción de culpabilidad en los delincuentes profesionales que no den clara explicación de su estancia en determinados lugares, o de la falta de precaución de un chiquillo atropellado, especialmente si estaba jugando en el lugar del suceso".

¹⁸Así, el hecho de que una persona haya mantenido respecto a otra una relación de desprecio por su integridad física y de constante maltrato durante cierto tiempo no tiene un valor inequívoco para imputar un posterior dolo de homicidio. En sentido opuesto la STS de 4 de mayo de 1994 (A 4045, ponente Moner Muñoz).

¹⁹En contra de esta idea FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 557, quien atribuye al hecho de que el autor haya realizado varias veces un mismo hecho sin que se haya producido el resultado

cho de que tales experiencias, desde el punto de vista objetivo, no excluyen que el sujeto haya sido también consciente, en las ocasiones anteriores, de la aptitud lesiva del riesgo que estaba creando y que los desenlaces afortunados sólo puedan ser atribuibles al azar. Por expresarlo con un ejemplo especialmente plástico, por mucho que un sujeto haya jugado veinte veces a la ruleta rusa sin que nunca haya salido la bala mortal, no puede entenderse que ha dejado de ser consciente, a partir de un determinado momento, de estar realizando una conducta apta para matar. En este sentido, que la fortuna le haya sonreído en ocasiones anteriores, no tiene por qué repercutir en su valoración del riesgo inherente a tal juego cuando se dispone a jugar por vigésimo primera vez²⁰. Afirmar lo contrario lleva a privilegiar sin razón a los individuos que han adquirido el hábito de comportarse arriesgadamente.

Tampoco debe tomarse en cuenta a efectos de imputación de la integración del riesgo el estado emocional en que pueda encontrarse el autor en el momento de llevar a cabo el hecho objetivamente típico. Desde un punto de vista social, lo más que las ciencias empíricas pueden mostrar en este punto es si, en el momento de los hechos, puede considerarse o no al autor como una persona plenamente *normal*. Sin embargo, las actuales valoraciones sociales no entienden que tales ciencias estén en condiciones de aportar resul-

típico la condición de indicio a tener en cuenta para la exclusión del dolo. Más matizado el argumento de HASSEMER, "Los elementos característicos del dolo", trad. M.M. Díaz Pita, ADPCP, 1990, pp. 929-930, quien afirma que para "determinar" el dolo pueden tener relevancia los "comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual". Desde el punto de vista que aquí se defiende, tal relevancia sólo debe apreciarse en aquellos casos en que ciertos comportamientos previos del acusado puedan valorarse como una *exteriorización de conocimientos*.

²⁰Asunto distinto son aquellas experiencias de las que pueda derivarse un conocimiento efectivo por parte del sujeto (cfr. *supra* XV.2) La estructura de tales casos es, sin embargo, distinta a la de los planteados en este apartado: en los primeros se acredita que, a través de experiencias anteriores, el sujeto conoció en un determinado momento una concreta realidad y que, dada la entidad de los conocimientos obtenidos, no pudo haber dejado de contar con ellos en el momento posterior de realización del tipo penal. Esta estructura, de indudable vigencia social, es bien distinta a la que se basa en la idea de que cuando un sujeto ha tenido experiencias afortunadas con determinados riesgos llega siempre a un punto en que deja de ser consciente de ellos.

tados inequívocos sobre los conocimientos de un sujeto, que es lo que, a fin de cuentas interesa en el ámbito del dolo²¹. Dado que en dicho ámbito siempre se está ante personas por lo menos parcialmente imputables, éstas deberán ser consideradas sujetos idóneos para crear sentido social con su hecho y, por tanto, para que de acuerdo con tal hecho se les imputen, dado el caso, los conocimientos que procedan²².

La jurisprudencia del BGH es de nuevo un buen ejemplo para mostrar lo inadecuado que resulta mezclar el plano de las afirmaciones sobre el conocimiento y el plano de la capacidad de culpabilidad. Este Tribunal, en su sentencia de 13 de mayo de 1983, se encargó de analizar la posible concurrencia de dolo de homicidio en el siguiente supuesto de hecho²³:

El acusado lanzó en dos ocasiones cóctels-molotov al interior de viviendas ocupadas por personas, a las que provocó lesiones de diversa índole. El Tribunal dio por probado que el acusado sabía que en el interior de la vivienda se encontraban personas, pero negó su dolo de homicidio al entender que determinadas afirmaciones del perito psicólogo sobre la capacidad de

²¹Sobre esta problemática cfr. *supra* VII.3.A.5.

²²Cfr. *supra* XII.5. Procede dispensar el mismo tratamiento a aquellos supuestos en que el autor realiza el hecho bajo la influencia de bebidas alcohólicas; en contra de esta idea FREUND, *Normative Probleme*, p. 142, quien entiende que la ingestión de alcohol puede ser un indicio para excluir la valoración correcta del riesgo por parte del sujeto. En contra también PRITTWITZ, GA, 1994, p. 462 ss y la STS de 10 de octubre de 1997 (A 7062, ponente García Miguel), en que se atribuye a la embriaguez del sujeto la característica de indicio relevante para negar el dolo homicida. Más acertada parece la opinión de DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 339 (nota 55), quien se muestra crítica con la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos), donde se negó el dolo de la acusada a causa de determinados "transtornos esquizofrénicos y oligofrénicos, que disminuyen la inteligencia y perturban la voluntad". Afirma con acierto esta autora que "el Tribunal mezcla consideraciones de tipo psicológico que deben ser tenidas en cuenta a la hora de enjuiciar la culpabilidad de la procesada, pero que no deben influir en la calificación del hecho como doloso o imprudente". De acuerdo con esta idea el ATS de 24 de abril de 1996 (A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) en que se afirma que la ingestión de alcohol "es un extremo que afecta a la culpabilidad del autor" y la STS de 18 de marzo de 1992 (A 2365, ponente García Ancos), en que se afirma que "ésta [la ingestión de bebidas alcohólicas] es cuestión que debe incidir (...) únicamente en el concepto modificativo de la responsabilidad, pero no puede, ni debe convertir (obvio es decirlo) lo doloso en culposo".

²³Sentencia del BGH de 13 de mayo de 1983 (*StV*, 1983, pp. 360-361). Cfr., al respecto, FREUND, *Normative Probleme*, pp. 33-34.

*culpabilidad del acusado debían haber sido tomadas en cuenta por el Tribunal de instancia para decidir acerca del tipo subjetivo. El peritaje venía básicamente a decir que el acusado no se representó estar creando un riesgo de muerte para los moradores, pues no tenía muy claro qué es lo que realmente estaba haciendo, más allá de pensar en que quería hacer algo con lo que "pudiera sentirse identificado"*²⁴.

La postura que adopta el BGH ante este supuesto, entendiendo que para afirmar el dolo debían haber sido tenidas en cuenta las opiniones del perito, resulta especialmente inadecuada. De acuerdo con ideas que se desarrollarán más adelante, desde el punto de vista social parece indiscutible que un individuo imputable que sabe que una vivienda se encuentran otras personas y que, pese a ello, lanza un *cóctel-molotov* al interior tal vivienda, es también consciente de estar creando un concreto riesgo para la vida de tales personas y, por tanto, realiza el tipo del homicidio doloso²⁵. Las consideraciones del perito deberán ser tenidas en cuenta en el análisis de la culpabilidad para entrar a valorar si el sentido social creado por el sujeto con su hecho puede serle imputado, plena o sólo parcialmente. En el ámbito del dolo se analiza exclusivamente si el hecho tiene el sentido social de "realizado conscientemente" y, para tal análisis, las aportaciones de los peritos psicólogos no tienen significación alguna²⁶. Al contrario, su intervención sólo puede tener un

²⁴FREUND, *Normative Probleme*, pp. 33-34, toma este caso como ejemplo de los supuestos en que una "limitada capacidad de asimilación" en el sujeto puede llevar a la negación del conocimiento necesario para el dolo.

²⁵Algo que, al fin y al cabo, admite el BGH en su sentencia de 31 de mayo de 1994 (NSTZ, 1994, p. 483 ss), en la que se juzga un caso similar al citado *supra* (lanzamiento de *cóctels-molotov* a una casa habitada). Cfr. los comentarios al respecto de PUPPE, NK, § 15, n° marg. 94. Por contra, en la sentencia de 30 de abril de 1986 (StV, 1988, p. 93), el BGH entiende insuficiente para afirmar la existencia de dolo de homicidio el hecho de que el acusado hubiera golpeado con un candelabro en la cabeza de una anciana de 84 años e, incluso, que dicho acusado confesara haberse planteado la conveniencia de llamar a un médico, cosa que, sin embargo, no hizo.

²⁶Así lo había entendido la sentencia de instancia del OLG de Stuttgart, en la que se sostuvo que "la cuestión del dolo eventual la tiene que resolver únicamente el juez, que 'el perito se había inmiscuido en un terreno que le está vedado' y que dichos peritos no desempeñan función alguna en lo que atañe a la 'determinación del tipo subjetivo'" (pasajes citados por la sentencia del BGH, StV, 1983, p. 360). De hecho, en las consideraciones finales de su sentencia, el mismo BGH asegura no ignorar "que la prolija sentencia [de instancia] contiene muchos datos que, ponderados juntamente con las explicaciones del perito, pueden indicar el comportamiento doloso-eventual del acusado". Sin embargo, de acuerdo

efecto perturbador, como puede observarse atendiendo a casos como el reproducido.

De acuerdo con los criterios expuestos, las características personales del sujeto no desempeñan papel alguno para la imputación a un sujeto de un juicio de concreta aptitud lesiva o a una posible *no-integración*. Ello significa, como ya se ha apuntado, que la valoración social y, por tanto, el Derecho penal, parten de la idea de que todos los sujetos imputables cuentan con una idéntica capacidad de integración correcta de los factores de riesgos singulares. Esta afirmación probablemente resulte aberrante desde el punto de vista de la psicología o de otras disciplinas científicas, pero representa la única vía posible para que el Derecho penal pueda ejercer de un modo adecuado su función, pues no existen criterios asentados que permitan establecer qué sujetos tienen mayor capacidad frente a otros para valorar correctamente los riesgos que crean. En cualquier caso, el ordenamiento cuenta con mecanismos suficientes en el ámbito de la culpabilidad para compensar el hecho de que algunos sujetos puedan haber llevado a cabo su conducta en una situación que se intuye de inferioridad, pero sin que esta situación impida afirmar que el sentido social creado con el comportamiento llevado a cabo ha sido el de realización consciente de una conducta penalmente típica²⁷.

Descartada la vía de las cualidades personales como base objetiva adecuada para imputar el juicio de integración de los factores de riesgo, la problemática relativa a dicha imputación deberá solucionarse tomando como base determinadas características de la conducta realizada por el sujeto. Al análisis de esta cuestión se dedican los siguientes apartados.

con la legislación procesal, el BGH se limita a considerar incorrecta la sentencia de instancia por no haberse entrado a valorar en ella las opiniones del perito (*ibidem*, p. 361). A favor de la intervención de los peritos en la fijación de los hechos probados que atañen al dolo y, en especial, elogioso con esta sentencia del BGH, FREUND, *Normative Probleme*, p. 35.

²⁷Cfr., al respecto, *supra* X.2.C.2 y XII.V.

XVII.3. Conductas “especialmente aptas” para producir el resultado lesivo

En el plano de la valoración social algunas conductas se consideran indefectiblemente vinculadas a la creación de un determinado riesgo. Basta con pensar en comportamientos como, por ejemplo, poner una bomba en un local lleno de personas o golpear con una barra de hierro contra una cristalera. En ambos casos el comportamiento se considera como una realidad indesligable de la creación de riesgos, para la vida en el primer caso y para el patrimonio en el segundo: la *especial aptitud lesiva* de tales conductas es algo que impregna socialmente el significado de éstas²⁸. Esto no sucede, por contra, con otro tipo de comportamientos también arriesgados. Así, resulta evidente, por ejemplo, que conducir genera riesgos para la vida o para el patrimonio ajenos, pero desde el punto de vista social no es ésta una conducta que se valore como indesligablemente vinculada al significado “muerte” o al significado “daños”, como sucede, por ejemplo, en el caso de los artefactos explosivos. Mientras que para esta última conducta es difícil encontrar una razón de ser distinta a la de crear determinados riesgos, para la primera es siempre posible hallar otras explicaciones que justifiquen su realización. Por este motivo, la creación del riesgo queda en un plano secundario cuando se

²⁸PHILIPPS, “Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko”, *ZStW*, 85 (1973), pp. 34-35 y p. 38, defiende un modelo según el cual la valoración social de determinados géneros de conductas impregna de entrada la cuestión de la imputación subjetiva. Este autor entiende que el dolo no puede depender exclusivamente de la voluntad del autor, sino que se debe interpretar “como parte de la completa situación de decisión con todos sus aspectos fácticos y normativos”. Según la teoría de *Philipps* (cfr. *supra* III.5), “existe dolo cuando el autor se decide conscientemente por una conducta que es incompatible con el ordenamiento jurídico” y, en concreto, deberá apreciarse dolo eventual cuando dicha decisión consciente vaya referida a una conducta “incompatible con las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico”. KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 318, se adhiere a las ideas de *Philipps* y lamenta que tales máximas no hayan sido desarrolladas desde un punto de vista dogmático. PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 2 (1994), p. 426, entiende por su parte que “la afirmación del dolo de la acción suele ir respaldada por la experiencia general en un determinado tipo de acciones, que habitualmente en la vida social se hacen con conocimiento del riesgo que entrañan”.

analiza en abstracto el significado de la conducta "conducir" o, en otras palabras, si bien puede considerarse que ésta es una actividad apta para producir, según las circunstancias, un determinado resultado lesivo, desde un punto de vista social no se la considera como *especialmente apta* para tal producción²⁹.

Las anteriores consideraciones permiten aislar, de acuerdo con la observación social, dos tipos de conductas. Por un lado existen conductas respecto de las cuales se entiende que reúnen *una especial aptitud para la producción de determinados resultados (conductas especialmente aptas)*. Por otro lado, existen comportamientos que, pese a ser aptos desde un punto de vista objetivo para tal producción, *no se valoran socialmente como necesariamente ligados a la creación de determinados riesgos (conductas arriesgadas neutras)*. Como se tratará de mostrar en los siguientes apartados, esta distinción entre *conductas especialmente aptas* y *conductas neutras* tiene una importancia esencial para la imputación a un sujeto de la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva* requerido por el dolo de los tipos de resultado.

A) Planteamiento

²⁹La doctrina también trabaja, aunque sea de modo inconsciente, con dos modelos de conductas (unas *especialmente aptas* y otras no): basta con ver los ejemplos que se utilizan habitualmente para diferenciar los comportamientos dolosos de los imprudentes; cfr. por ejemplo SCHRÖDER, "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs", *Sauer-FS*, Berlín, 1949, pp. 240-241. Afirma este autor que quien fuma en la cama y provoca un incendio no tiene "por regla general" la consciencia de una verdadera posibilidad de tal provocación. En cambio (*ibidem*, p. 238) a quien especula con dinero ajeno no se le admite que deje de representarse la posibilidad de causar determinados perjuicios. Interesantes también las consideraciones de KÖHLER, *Strafrecht*, p. 166 y pp. 168-169, quien constata cómo en la práctica la afirmación del dolo se circunscribe a constelaciones de casos en que la peligrosidad objetiva resulta especialmente elevada. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Padua, 1992, entiende que existen comportamientos que por su naturaleza misma están "psicológicamente orientados" y por ello resulta posible en tales casos una deducción del dolo más rápida e inmediata. Interesantes también las consideraciones de MEYER-GÖBNER, "Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht", *NStZ*, 1986, p. 49: en conductas como clavar un cuchillo en el pecho de la víctima o apretar durante un buen rato el cuello de ésta no se admiten dudas ni siquiera para afirmar la concurrencia de dolo directo de homicidio.

Una vez puesta de manifiesto la existencia, desde la perspectiva social, de conductas *especialmente aptas* para producir determinados resultados, debe concretarse seguidamente cómo repercute, a efectos de imputación del conocimiento, el hecho de que un sujeto haya realizado una de estas conductas. La regla en tales casos es sencilla: *cuando un sujeto lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto "conocimiento situacional", se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que dicha conducta concreta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación.*

La razón de ser de la anterior regla se justifica apelando al hecho de que en sociedad no se considera posible que alguien que lleva a cabo una conducta valorada socialmente como indesligable de la creación de determinados riesgos pueda dejar de representarse su evidentísima aptitud lesiva en el concreto momento de actuar³⁰. En tanto que miembro de la sociedad, se entiende que cualquier sujeto imputable es por fuerza conocedor de aquellos comportamientos que se juzgan especialmente adecuados para producir determinados resultados, de tal modo que, cuando emprende uno de estos comportamientos, la evidencia de la vinculación entre conducta y resultado no le puede pasar desapercibida. Son éstos casos en que, como afirma en ocasiones el Tribunal Supremo, "*res ipsa loquitur*", "en que negar el dolo es totalmente irrazonable"³¹. Estas ideas deben desarrollarse a partir del siguiente ejemplo:

³⁰Una realidad que, según KLEE, "*Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung*", ZStW, 48 (1928), p. 7, "ya advirtieron correctamente los autores del *dolus indirectus* del Derecho común", al afirmar éstos que "para el homicidio doloso bastaba con que el autor golpease a su víctima haciendo uso de instrumentos delictivos peligrosos para la vida, puesto que '*vulnera non ad mesuram dantur*'". Estas afirmaciones no deben tomarse al pie de la letra para cualquier caso imaginable, pero tienen plena vigencia en aquellos supuestos en que sea posible atribuir al autor el conocimiento de la peligrosidad en abstracto de su comportamiento, junto con un *conocimiento situacional* correcto.

³¹Así, la STS de 20 de marzo de 1997 (A 2117, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en referencia a un supuesto de homicidio en que un acusado disparó a corta distancia contra el abdomen de la víctima y otro le asestó a ésta cinco puñaladas por la espalda. En su Auto de 27 de marzo de 1996 (A 2463, ponente Moner Muñoz) sostiene el Tribunal Supremo que

El acusado conminó a punta de navaja a un transeúnte a que le entregase su reloj y todo el dinero que llevase encima. Dado que éste se negó rotundamente a satisfacer semejante exigencia, el referido acusado le asestó diversas puñaladas en el abdomen que le causaron la muerte instantes después.

Clavar a otra persona un cuchillo en el abdomen es una conducta que en el ámbito de las valoraciones sociales va ligada de modo inequívoco al resultado "muerte" y se considera, por tanto, como un comportamiento *especialmente apto* para producir tal resultado. Si, como es éste el caso, el sujeto clava dicho cuchillo sabiendo que lo hace en el abdomen de otra persona (correcto "*conocimiento situacional*") y sabe que tal conducta es en general peligrosa para producir una muerte (*conocimientos mínimos en sentido estricto*), también sabe por fuerza que su conducta es apta, en aquella concreta situación, para producir un resultado de muerte, sin que tengan ningún valor sus posibles alegaciones afirmando que no se representó estar creando un riesgo que reuniera tal aptitud en la situación concreta, sino sólo un riesgo de lesiones. A quien conscientemente emprende una conducta que tiene el inequívoco sentido social "muerte", se le debe imputar el conocimiento de la aptitud lesiva de dicha conducta en la situación concreta en que ha sido llevada a cabo. Desde el punto de vista social no se entiende posible que alguien que realiza una de estas conductas no sea consciente del tipo de riesgo concreto que con ella crea. La *no-integración de la concreta aptitud lesiva* es un fenómeno que no tiene cabida cuando estos supuestos se enjuician a la luz del criterio de la valoración social³². Como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de enero de 1991, "la experiencia común de un adulto es que cuchilladas en el abdomen perforan peritoneo, intestinos, arterias mesentéricas, etc. y que

no "admite la menor discusión" la concurrencia de dolo en un supuesto en que "el acusado conoce la potencialidad agresiva del arma utilizada [un cuchillo de grandes dimensiones] y sabía que la dirigía a una parte vital del cuerpo [el hemitórax] con un golpe con una considerable profundidad reveladora de la fuerza empleada". En términos similares el ATS de 24 de abril de 1996 (A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

³²Estas afirmaciones pueden vincularse a las de los autores que atribuyen notable valor indiciario a determinados comportamientos en el ámbito de la prueba del dolo; así, BAUER, *Abhandlungen*, p. 283, atribuye dicho valor "al medio utilizado [por el autor]" y "a la forma de uso", añadiendo que "los indicios que de aquí surgen resultan a menudo suficientes por sí solos para la plena prueba del dolo".

eso puede ser mortal y que un cuchillo de cocina tiene longitud suficiente para ello”³³. O, como añade el mismo Tribunal en su resolución de 24 de diciembre de 1991, “cuando el autor ha empleado un arma de fuego y la ha disparado hacia un lugar del cuerpo de carácter vital, el dolo, en tanto que conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado generado por la acción, resulta indiscutible”³⁴.

El criterio para establecer en qué situaciones concurre una *conducta especialmente apta para la producción de un resultado lesivo* no debe basarse tanto en la cantidad de riesgo que pueden entrañar determinados comportamientos, como en el significado social que se les atribuye³⁵. Resulta por supuesto evidente que si ciertos comportamientos se valoran socialmente como inequívocamente creadores de riesgo es porque, también a nivel cuantitativo, com-

³³A 509, ponente Carrero Ramos. GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, art. 138, n° marg. 54 ss, critica el habitual argumento jurisprudencial de que, en determinados casos, cualquier persona —y por tanto el autor concreto— se habría percatado de la proximidad de determinados resultados letales, afirmando que “aquello de lo que *cualquier persona* se hubiera percatado no es otra cosa que lo *objetivamente previsible*. Sobre si eso de lo que cualquier persona se hubiera percatado fue lo que *conoció y quiso realmente el autor*, el TS no se molesta en realizar el mínimo razonamiento” (cursiva en el original). Dejando de lado resoluciones poco fundamentadas, debe sin embargo matizarse que la argumentación del TS no tiene que considerarse *per se* incorrecta; no, desde luego, en aquellos supuestos en que la conducta reúne tales características que no es explicable una solución distinta a afirmar el dolo.

³⁴A 9632, ponente Bacigalupo Zapater. En esta sentencia se añade: “en el presente caso el autor era consciente de que el arma empleada podía disparar, pues previamente había realizado con ella un disparo. Sabía, además, que la dirigía a una persona y hacia partes vitales del cuerpo. Por otra parte, no se ha probado que haya ocurrido algún hecho que hubiera podido desencadenar el disparo sin intervención del procesado. En tales circunstancias, el dolo, por lo menos eventual, no admite la menor discusión”. Un ejemplo similar en la sentencia de la Corte de Casación italiana de 14 de marzo de 1984 (cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 147), en la que se afirma que “el hecho de apuntar y disparar con el arma cargada contra el pecho de la víctima está impregnado subjetivamente y acredita, por tanto, el dolo”. Por lo que a la jurisprudencia alemana respecta, DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 26ª ed., Munich, 1993, § 15, n° marg. 11, constatan cómo ésta suele afirmar dolo eventual en el caso de conductas violentas especialmente peligrosas, aunque en referencia al discutible elemento del “conformarse” (cfr. *supra* III.3.A).

³⁵De especial interés en este punto las consideraciones de SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 205-207.

portan la creación de un nivel de riesgo no desdeñable³⁶. Pero ello no es óbice para que conductas que desde el punto de vista cuantitativo pueden generar un riesgo tanto o más elevado que otras, no tengan por qué valorarse desde el punto de vista social como *especialmente aptas* para la producción de un determinado resultado lesivo. Así, por ejemplo, colocar una bomba de potencia media en un lugar muy concurrido puede generar, desde un prisma cuantitativo, un riesgo de muerte inferior al que supone conducir a elevadas velocidades por la autopista, en hora punta y bajo los efectos del alcohol³⁷; sin embargo, de la primera conducta se desprende el significado social "muerte", algo que no sucede en la segunda³⁸. De acuerdo con lo anterior, si como consecuencia de estos dos hechos se producen efectivamente muertes, la *no-integración* de la *concreta aptitud lesiva* de la conducta y, por tanto, la au-

³⁶El valor indiciario del riesgo creado objetivamente como criterio para la "determinación del dolo" es planteado en términos meramente cuantitativos por PRITTWITZ, JA, 1988, p. 498 y RUDOLPHI, SK, § 16, n° marg. 46. MAQUEDA ABREU, "La relación 'dolo de peligro' — 'dolo (eventual) de lesión'. A propósito de la STS de 23 de abril de 1990 'sobre el aceite de colza'", ADPCP, 1995, p. 437, entiende que los desconocimientos no creíbles están en función del grado de aproximación o cercanía de la acción del autor a la lesión y del grado de peligrosidad que la conducta entraña para un determinado bien jurídico. Una mezcla de criterios cuantitativos y cualitativos en FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Bolonia, 1995, p. 324, quienes entienden que "el dolo eventual deberá excluirse, por regla general, en el caso de riesgos leves y ordinarios y deberá afirmarse cuando concurren riesgos graves y típicos".

³⁷En este ámbito no debe perderse de vista que la medición de riesgos en términos cuantitativos no es, ni mucho menos, una cuestión que se halle exenta de componentes valorativos.

³⁸FREUND, *Normative Probleme*, p. 35, afirma que el principal indicio para determinar el dolo de homicidio viene dado por la peligrosidad externa de la conducta, aunque tal indicio puede ser desvirtuado por la concurrencia en el supuesto de hecho de determinadas peculiaridades situacionales o personales. Esta idea se comparte plenamente. Sin embargo, los casos que se quieren tratar aquí no están en función de si el riesgo que se crea es objetivamente mayor o menor, sino de si socialmente puede entenderse que la conducta arriesgada resulta o no *especialmente apta* para producir un resultado lesivo. La incompatibilidad de determinadas conductas con las máximas de riesgo vigentes en un determinado sistema jurídico, en el sentido en que las formula PHILIPPS, ZStW, 85 (1973), p. 38, no deben estar, por tanto, únicamente conformadas por factores cuantitativos de riesgo, sino básicamente por criterios cualitativos.

sencia de dolo, es algo que cabrá plantearse en el segundo caso, pero no, sin embargo, en el primero³⁹.

Es probable que las valoraciones sociales que sirven para establecer qué conductas no se consideran *especialmente aptas* para provocar determinados resultados se basen en criterios como la habitualidad de tales conductas o su utilidad social⁴⁰. En relación con esta idea no debe descartarse la posible in-

³⁹Son éstas, ideas que ya se ven reflejadas, con matizaciones, en textos tan antiguos como el *Digesto*, "si [el sujeto que mató a un hombre] tiró de espada o lanzó <un dardo>, no hay duda de que lo hizo con intención de matar, pero si, en una pelea, golpeó con una llave o con una cazuela, aunque hubiera dado el golpe con un instrumento de hierro, sin embargo, no lo hizo con la intención de matar" (*Digesto* lib. XLVIII, tít., VIII, frag. 1, pf. 3º, trad. A. d'Ors y otros, tomo III, Pamplona, 1975). Crítico con las presunciones del Derecho romano por considerar que no tenían en cuenta todas las circunstancias específicas que pueden concurrir en un supuesto concreto, WENING, "Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte", *NACR*, 2 (1818), pp. 210-211. La práctica se hace evidente eco de estas valoraciones: como pone de manifiesto MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, p. 69, la condena por delito doloso en el ámbito de la circulación rodada es algo sumamente excepcional, por lo que este autor entiende que en dicho ámbito se relajan las exigencias del concepto de dolo, pues de mantenerse éstas debería condenarse por dolo en buena parte de los supuestos.

⁴⁰CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 264, pone de manifiesto cómo "la jurisprudencia ante la dificultad insalvable, en muchos casos y, en particular, en los casos de dolo eventual, de probar la existencia del elemento volitivo, se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios totalmente ajenos a éste". Esta autora constata (*ibidem*, p. 278 ss) que el Tribunal Supremo español se sirve de criterios de oportunidad o de conveniencia a la hora de determinar si en un caso concurre o no dolo. Por una parte, en los comportamientos "socialmente adecuados" (tráfico, caza ...) se parte de una presunción de imprudencia, mientras que en las actividades "con carácter delictivo" (drogas, robos ...) se parte de una presunción de dolo. Idénticas ideas se recogen también en LA MISMA, "En el límite entre el dolo y la imprudencia", *ADPCP*, 1985, p. 963. La forma de proceder del Tribunal Supremo resulta discutible, sobre todo por emplear en el caso de las "actividades con carácter delictivo" criterios propios de un Derecho penal de autor. Sin embargo, merece la pena constatar que en el tratamiento que se da a las conductas "socialmente adecuadas" queda de manifiesto una evidente precomprensión social según la cual, frente a determinadas conductas se admite con mayor facilidad que en otras que el sujeto haya podido no representarse la concreta aptitud lesiva del riesgo de su concreto comportamiento. También son interesantes en este punto las consideraciones de MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 72, quien considera que la proliferación de ciertas conductas arriesgadas hace que desde el punto de vista de la va-

fluencia que pueda desplegar en la valoración colectiva de determinados riesgos, la existencia de una cierta habituación social con respecto a ellos⁴¹. En cualquier caso, el recurso a tales criterios no debe ni puede interpretarse como una forma de Derecho penal de autor⁴²: no se castiga al sujeto por ser de una determinada manera, sino, siempre y en todo caso, por el tipo de conductas que realiza, de cuya valoración social como *especialmente apta* para producir ciertos resultados lesivos participa necesariamente él mismo en tanto que sujeto imputable miembro de la colectividad⁴³.

loración social se dé menos importancia a la peligrosidad específica de cada concreto comportamiento.

⁴¹Sobre la idea de riesgos en los que existe habituación social, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 334-335: "gran número de riesgos no permitidos, sobre todo en la circulación rodada, no están referidos a situaciones que con una frecuencia digna de mención se perciban individualmente como posiblemente dañosas, sino que sólo se muestran posiblemente dañosas estadísticamente en virtud de su acontecer masivo". Cfr. sobre este punto EL MISMO, "El lado subjetivo del hecho de los delitos de resultado en supuestos de habituación al riesgo", trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, p. 197 ss. KÜHN, "Dolus eventualis bei Verkehrsunfällen?", *NJW*, 1967, p. 24, entiende precisamente lo contrario: la experiencia cotidiana permite aprender a los sujetos que de determinadas maniobras en el ámbito de la circulación rodada se sigue con cierta habitualidad la causación de graves accidentes.

⁴²HAFT, "Die Lehre von bedingtem Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs", *ZStW*, 88 (1976), p. 382 ss (esp. p. 384), afirma que la posibilidad de "eliminación mental del riesgo" es algo que en la práctica se admite en mayor o menor grado en función de la aceptación social del rol en que se actúa: en este sentido, no es lo mismo el riesgo creado por un automovilista que por alguien que, a oscuras y con un arma blanca, lanza cuchilladas a su alrededor. SCHROEDER, *LK*, § 16, n° marg. 89, critica a Haft por considerar que sus afirmaciones conducen a un cierto *labeling-approach*. Sin embargo, Schroeder parece pasar por alto que Haft, más que a tipos concretos de autores, se refiere en realidad a cómo se valoran socialmente determinados tipos de riesgos. No se trata por tanto de distinguir, por ejemplo, los actos del "conductor" de los del "matón a sueldo", sino de cómo se valoran socialmente la aptitud lesiva de actividades como la conducción o la de los ataques a otra persona con un arma blanca y de cómo, en este último caso, no se entiende posible que el autor que es consciente de los riesgos de una conducta no lo sea también de la concreta aptitud lesiva de ésta cuando la lleva efectivamente a cabo.

⁴³En este sentido, parece especialmente oportuno traer a colación las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 429, quien considera que la imprudencia "consiste en un comportamiento *descuidado* que, por representar un riesgo moderado para los bienes jurídicos, pocas veces tiene como resultado la lesión de aquéllos. Que al que se dedica a colocar coches-bomba en supermercados repletos de público, al que adhiere artefactos explosivos al pecho de sus víctimas o al que apuña a un ser humano en partes vitales de su

B) Problemas específicos

Como va a tratar de ponerse seguidamente de manifiesto, la figura de las conductas *especialmente aptas* para la producción de determinados resultados permite resolver diversos supuestos que tradicionalmente han sido vistos como bastante problemáticos por buena parte de la doctrina.

En primer lugar, este criterio permite resolver de forma convincente el denominado "*caso del tirador inexperto*", habitualmente utilizado para criticar a las teorías meramente cognitivas del dolo⁴⁴. El sujeto que dispara a gran distancia y sin apenas experiencia puede crear con su acción —disparar apuntando contra otra persona— un riesgo menor en términos cuantitativos que, por ejemplo, el individuo que lanza un cigarrillo mal apagado cerca de unos depósitos de gas altamente inflamables. Sin embargo, si el tirador inexperto conoce que disparar contra otra persona es peligroso para la vida de ésta y conoce igualmente que dentro de las posibles trayectorias de la bala se encuentra efectivamente otra persona, realiza al disparar un homicidio doloso. *El tipo de comportamiento llevado a cabo* (disparar apuntando a otra persona) se valora desde un prisma social como *especialmente apto* para producir un resultado de muerte, por lo que no se admite la posibilidad de que, al realizarlo, el sujeto haya dejado de realizar un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Los cri-

cuerpo, se le pretenda calificar simplemente de descuidado (imprudente), supone emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos" (cursiva en el original). Continúa este autor afirmando que "de todo ello se sigue, argumentando negativamente: si tales comportamientos no son imprudentes, y al mismo tiempo, por su gravedad y como está fuera de discusión, tienen que fundamentar alguna clase de responsabilidad criminal, entonces tienen que ser dolosos". El interés que se desprende de esta argumentación viene dado por el hecho de que en ella se prescindiera por completo de referencias a la representación del autor (entendida en sentido psicológico), y que se centre la cuestión en el sentido social de determinados comportamientos, aunque al hacerlo se recurra a argumentos basados fundamentalmente en la cantidad de riesgo creado y no tanto de tipos de conductas arriesgadas.

⁴⁴Cfr. *supra* II.2.B.

terios que aquí se defienden permiten afirmar dolo en este supuesto sin tener que acudir al (conflictivo) requisito de la intención. Por contra, en el caso del fumador, resulta planteable una *no-integración* de la aptitud lesiva de la conducta llevada a cabo, por lo que todavía no puede afirmarse el dolo⁴⁵. Debe recalcarse, pues, la idea de que *para imputar la realización del juicio de concreta aptitud lesiva se toman en cuenta determinadas cualidades de las conductas y no necesariamente la cantidad de riesgo que con éstas se crea*⁴⁶.

También puede traerse a colación en este ámbito “*el caso de la correa de cuero*” (*Lederriemenfall*)⁴⁷. Como ya se apuntó, en este supuesto los autores se habían propuesto dejar sin sentido a la víctima para poder apoderarse de las pertenencias de ésta sin ser molestados, pero no deseaban en absoluto su muerte; al contrario, les interesaba que sobreviviera, pues estaban seguros de que no iban a ser denunciados y de este modo se aseguraban la plena impunidad. Por contra, si se producía la muerte de la víctima era harto probable que la policía iniciase investigaciones. Al ejecutar el plan previsto, trataron de dejar a la víctima inconsciente apretándole fuertemente el cuello con una correa de cuero, lo que produjo su muerte por asfixia. La cuestión relevante para determinar el dolo de los autores pasa por establecer si es posible imputarles el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta para la vida de la víctima.

En este supuesto es posible plantearse *a priori* que los sujetos activos no fueran realmente conscientes de la concreta aptitud lesiva de su conducta. Una buena prueba de ello sería que la posibilidad de no ser descubiertos venía dada, precisamente, por el hecho de que la víctima no muriera, por lo que puede pensarse que realmente no fueron conscientes de que su forma de proceder era apta para provocar un resultado que, a la larga, les iba a acarrear más inconvenientes que ventajas. A ello podría añadirse incluso la cir-

⁴⁵Sobre los criterios para resolver adecuadamente casos como éste, cfr. *infra* XVII.3 y XVII.4.

⁴⁶También plantea esta cuestión en términos cualitativos HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639 y EL MISMO, *JuS*, 1986, p. 253.

⁴⁷BGHSt, vol. 7, p. 363 ss. Para los hechos y la problemática del caso, cfr. *supra* III.1.

cunstancia de que, después de la agresión, intentaran diversas maniobras para reanimar a la víctima. Sin embargo, el conocimiento de tal aptitud lesiva les debe ser imputado de acuerdo con el modo en que socialmente se valora una conducta como la que llevaron a cabo: apretar el cuello de otra persona con un cinturón es una conducta que en el esquema social de interpretación se considera *especialmente apta* para producir un resultado de muerte, por lo que si un sujeto la realiza conociendo las circunstancias en que actúa debe imputársele también el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta⁴⁸. La idea es expresada con especial nitidez por el Tribunal Supremo español en una de sus sentencias, afirmando que “habiéndose producido la muerte por estrangulamiento resulta difícilmente imaginable que quien oprime el cuello de su víctima con la intensidad y dilación temporal exigibles para provocar la muerte no sea plenamente consciente de que dicho resultado se va a producir”⁴⁹.

El criterio basado en la *especial aptitud* de determinadas conductas para producir un resultado lesivo permite resolver otro grupo de supuestos a los que la doctrina jurídico-penal ha prestado cierta atención en el curso de las últimas décadas: *los casos de homicidio del compañero sentimental* (“Intimpartner”). En estos supuestos, uno de los miembros de una pareja acaba con la vida del otro al comunicar este último sus intenciones de poner

⁴⁸Crítico con tal solución desde una perspectiva psicológica, JANZARIK, “Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes”, *ZStW*, 104 (1992), p. 79. Otro caso también interesante es el comentado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 141 ss: el acusado subió a un taxi y durante el viaje fabricó un nudo corredizo con el cordel de su abrigo para disponerlo alrededor del cuello de la taxista, dejarla inconsciente y apoderarse de su recaudación. Al poner en práctica su plan, la taxista logró que el nudo no llegara a cortar la respiración y, mediante gritos de ayuda, consiguió provocar la huida del acusado. Es indudable que en este caso debe condenarse por tentativa de homicidio (o asesinato) al valorarse la conducta realizada como *especialmente apta* para producir un resultado de muerte. El texto de la sentencia del BGH donde se resuelve este supuesto en *StV*, 1984, p. 187.

⁴⁹STS de 30 de diciembre de 1996 (A 9819, ponente Conde-Pumpido Tourón). El BGH, en su sentencia de 29 de agosto de 1967 (citada por KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, p. 67) afirma que “en un estrangulamiento de varios minutos es ya tan evidente en sí mismo un desenlace mortal que, por regla general, no haría ni falta una determinación específica de que el autor aprobó la muerte de la víctima”.

fin a la relación sentimental que les había unido hasta el momento⁵⁰. A la inversa que en otras situaciones pasionales, lo que caracteriza a los homicidios del compañero sentimental es la aparente frialdad de ánimo con que suele actuar el autor⁵¹. Sin embargo, en estos supuestos también se plantean dudas acerca del dolo del sujeto, en la medida en que con el resultado que éste acaba provocando (la muerte de su pareja) consigue precisamente lo contrario a lo que perseguía (no perder a dicha pareja). Por este motivo parece *a priori* cuestionable que el sujeto haya sido realmente consciente de las auténticas dimensiones de su proceder, es decir, que se representara que su conducta era realmente apta en aquella situación para provocar la muerte de su ser querido.

Sin embargo, tales dudas deben desvanecerse por completo en aquellos supuestos en que la conducta realizada pueda considerarse especialmente adecuada para conducir a un desenlace mortal. Tal es el caso, por ejemplo, del acusado que clavó once veces un cuchillo de 14 cm. a su pareja, de aquél que la golpeó repetidamente en la cabeza con una plancha o de aquel otro que le hundió el cráneo con un golpe de hacha⁵². Desde luego, en el ámbito de la culpabilidad cabe plantearse la posibilidad de que lo traumático del abandono pueda haber influido de tal modo en el sujeto que, en el momento de cometer el hecho, éste ya no pudiera ser tenido por una persona plena-

⁵⁰El interés por el tema proviene básicamente de un trabajo de RASCH, *Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964. Más recientemente vuelve sobre la cuestión SCHILD, *JA*, 1991, p. 48 ss.

⁵¹Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 49. A la luz de determinadas investigaciones psicológicas se afirma que en estos casos el autor no percibe estar actuando por sí mismo y, desde su perspectiva, el hecho acontece como una realidad completamente ajena a su persona (cfr. *ibidem*, pp. 50-51). Cfr. también PRITTWITZ, *GA*, 1994, pp. 460-462, donde se comenta, entre otras, la sentencia del BGH de 10 de octubre de 1957 (BGHSt, vol. 11, p. 20 ss), en que la cuestión de los estados pasionales se trata como un problema exclusivo de culpabilidad.

⁵²Casos citados por RASCH, *Tötung des Intimpartners*, pp. 16-17 y p. 28, resp. Cfr. también en este ámbito las afirmaciones de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 427, en contestación a determinadas afirmaciones jurisprudenciales sobre la dificultad de la prueba de las intenciones de un sujeto: "la mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, está matando intencionadamente, y que ello es así no tiene vuelta de hoja".

mente *normal*. Ello podrá dar pie a atenuaciones de la culpabilidad a través de eximentes incompletas (art. 21.1º CP), o a la aplicación de la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de importancia similar (art. 21. 3º CP). Sin embargo, el dolo debe en cualquier caso afirmarse, pues desde el punto de vista social los anteriores homicidios tienen el sentido inequívoco de haber sido realizados conscientemente.

También debe imputarse al sujeto el conocimiento de la concreta aptitud lesiva del comportamiento realizado en aquellos casos en que *el atractivo de tal comportamiento resida precisamente en la creación de riesgo*, es decir, en los supuestos en que el sujeto activo haya llevado a cabo una conducta cuya única razón de ser sea la creación del riesgo que tal conducta conlleva. En estos supuestos la evidencia de dicho riesgo es algo que el autor comparte necesariamente, pues es la única explicación de su peculiar forma de comportarse. A los "conductores suicidas" que conducen contra-dirección en la autopista a cambio de dinero, o a los que juegan a la ruleta rusa, se les imputa el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, pues es precisamente tal aptitud lo que explica que hayan realizado semejantes comportamientos. El hecho de que el autor vaya a recibir fuertes sumas dinerarias a cambio de realizarlos es un argumento más a favor de estas afirmaciones: él sabe que si puede llegar a recibir tales cantidades es precisamente por lo extremadamente arriesgado de la conducta que debe llevar a cabo, por lo que necesariamente conoce la concreta aptitud de ésta para provocar un determinado resultado⁵³.

Más difícil es la solución de aquellos casos en que no es impensable que para obtener cierta diversión los autores sólo pretendan habérselas con *riesgos controlados*. Estas modalidades de riesgo se caracterizan, a diferencia de

⁵³Cfr., al respecto, las afirmaciones de SILVA SÁNCHEZ, "Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la 'conducción suicida'", *La Ley*, 3 (1988), p. 972 ss. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 328, afirma por su parte que "si el atractivo de un juego reside en el riesgo de realización del tipo ('ruleta rusa'), por lo general los jugadores tienen dolo". En sentido similar HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 332, afirma que, en el caso concreto del "conductor suicida", éste no sólo es consciente del riesgo, sino también de que "la situación constituye, precisamente, una de las premisas de la apuesta que previamente ha aceptado".

los riesgos fuera de control, por el hecho de que el sujeto dispone de mecanismos de contención frente al peligro que le permiten, hasta el último momento, evitar la realización de éste en el resultado. Por ello es posible entender que en estos casos el sujeto tal vez no haya creído encontrarse ante un auténtico riesgo: dicho sujeto no juzga que su conducta sea realmente apta en esa concreta situación para producir el resultado lesivo, precisamente porque él mismo está dispuesto a evitar tal producción y cree contar con medios suficientes a tal efecto. En estos casos no debe descartarse completamente que el sujeto no haya integrado correctamente la representación del riesgo objetivamente existente, a causa del grado de control que creía conservar sobre dicho riesgo, aunque la conducta parezca *especialmente apta* para la producción del resultado. En cualquier caso, desde el punto de vista social es necesario, para aceptar la *no-integración* en estos casos, que el grado de control que conserve el sujeto sobre el riesgo creado tenga una entidad tal que sus esperanzas no puedan considerarse meramente ilusorias.

Así, por ejemplo, en el caso en que unos sujetos se dedican a arrojar troncos desde un puente al cruce de una autopista para conseguir un rato de diversión, su conducta supone la creación de un riesgo incontrolado y a la vez apto para causar un accidente, pues los autores son por fuerza conscientes de que, una vez lanzado el tronco, ya no está en sus manos evitar que tal riesgo se realice en el resultado, al no conservar recurso alguno a tal efecto⁵⁴. Una situación distinta se da, por contra, en el supuesto resuelto en la sentencia de 7 de abril de 1983 por el BGH alemán⁵⁵:

Después de fumar unos "porros" de hachís, tres jóvenes decidieron poner en práctica para divertirse una peculiar modalidad de "ruleta rusa". Después de sortear a cuál de ellos le iba a corresponder el papel de víctima en dicho juego, al perdedor del sorteo se le dispuso una soga alrededor del cuello, cuyos extremos fueron atados a la rama de un árbol. Seguidamente fue empujado por uno de los otros jóvenes, perdiendo el apoyo sobre el suelo y elevándose sobre éste unos 35 cm., hasta caer poco después, sin que quedase claro si tal caída se debió a una rotu-

⁵⁴Cfr. los comentarios a este caso (juzgado por el Tribunal del Jurado de Francfort d.M. el 24 de julio de 1972) en NAUCKE, "Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis", *ZStW*, 85 (1973), pp. 430-431 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 274.

⁵⁵Reproducido en *NStZ*, 1983, p. 365.

ra de la cuerda o a que el nudo se deshizo. Tras caer, uno de los otros dos jóvenes le liberó del nudo que todavía le apretaba la garganta⁵⁶.

En este supuesto, si bien a primera vista parece que la razón de ser de la conducta no es otra que la creación de un riesgo y, por tanto, no cabe duda de que los participantes en tan peculiar divertimento eran conscientes de ello, atendiendo a los hechos no puede descartarse que, en realidad, tales sujetos sólo creyeran habérselas con un riesgo bajo control. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que se conservara (aparentemente) un nivel de control sobre el riesgo que no permite descartar que los acusados realmente se creyeran en condiciones de evitar que tal riesgo pudiera llegar a materializarse en el resultado. Si su valoración hubiese resultado errónea y a consecuencia del juego se hubiese provocado la muerte del tercer joven, sólo se podría entender realizado un homicidio imprudente.

En estos últimos casos, sólo una *exteriorización del conocimiento* haría posible cambiar el sentido de la imputación. En referencia al ejemplo expuesto, debería imputarse la creación dolosa de un riesgo de muerte si se pudiera acreditar a través de *exteriorizaciones* de los autores, por ejemplo, que el juego no era más que una mera artimaña para simular la muerte accidental del

⁵⁶El *Landgericht* de Siegen condenó a los dos jóvenes como autores de una tentativa de homicidio. El BGH revocó tal decisión al entender que no quedaron suficientemente probados los requisitos del dolo de homicidio, esto es, que los autores hubieran sido conscientes de que su conducta creaba un riesgo para la vida del otro joven y que consintieran en el acaecimiento del resultado representado como posible al continuar actuando. Respecto al primer elemento el BGH afirma que "los acusados eran aún muy jóvenes y sólo querían jugar a un juego, aunque fuera peligroso. Ninguno de ellos podía haber pensado razonablemente hasta el sorteo de la víctima en un desenlace mortal de dicho juego y, por tanto, dado el caso, incluso en su propia muerte. Los acusados no tuvieron conocimiento alguno de la posibilidad del acaecimiento inmediato de una muerte por desnucamiento, sino que más bien pensaban, lo que el *Landgericht* tiene en cuenta a su favor, 'que la muerte se produciría por asfixia', que el ahorcado 'viviría unos segundos más, mientras moviera las piernas' como 'habían visto en la escena de un ahorcamiento en una película'. D. estuvo muy poco tiempo en el aire. Tras la caída S. le deshizo inmediatamente el nudo que le apretaba el cuello". El BGH entiende que el tribunal de instancia debía haberse planteado también si el consumo de hachís había disminuido las capacidades cognitivas de los acusados, cosa que no hizo.

compañero. Estas ideas se recalcan partiendo del siguiente supuesto de hecho:

Un padre juega con su hijo de corta edad a lanzarlo al aire y cogerlo con las manos, con tal mala suerte que una de las veces le fallan las manos, cayendo el niño al suelo y lesionándose. En este caso el sujeto activo sólo puede ser castigado por lesiones imprudentes, pues, desde el punto de vista social, el juego se basa en la creación de un riesgo bajo control, al que han fallado unos mecanismos de contención en principio aptos para evitar la producción del resultado. Sólo las manifestaciones del sujeto en el sentido de haber dejado conscientemente caer al niño podrían variar la valoración social del hecho⁵⁷.

Tiene cierta importancia, para dar una solución adecuada a casos como los anteriores, determinar adecuadamente cuándo desde un punto de vista social no es posible admitir que el sujeto sólo haya creído estar ante un riesgo controlado⁵⁸. Tal posibilidad debe descartarse, como ya se ha apuntado, cuando desde un punto de vista objetivo el sujeto no conserve ninguna capacidad de contención del riesgo que permita atribuirle la representación de un mero riesgo bajo control y no de un riesgo descontrolado y a la vez apto para producir la lesión. Éste es el criterio que permite dar una solución adecuada al supuesto en que los autores se dedican a lanzar troncos al cruce de una autopista o en que juegan con una pistola a la ruleta rusa: la *no-integración* de la aptitud lesiva del riesgo creado no se tiene por posible en estos casos, pues el sujeto no cuenta con mecanismos que permitan evitar que, una vez creado el riesgo, éste se materialice en el resultado⁵⁹.

⁵⁷Esta idea se desarrolla más a fondo *infra* XVII.4.A.1.

⁵⁸El Tribunal Supremo afirma en la denominada "sentencia de la colza" (STS de 23 de abril de 1992, A 6783, ponente Bacigalupo Zapater) "la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar". En este punto se trata de decidir en qué situaciones se admite la creencia del autor de que el riesgo está bajo control y en qué casos no.

⁵⁹De esta misma opinión SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 238. Cfr. igualmente KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906, p. 30: "la esperanza o la convicción del autor de poder evitar el resultado representado sólo puede excluir el dolo si cuenta con una base objetiva (...) la simple esperanza en la suerte o en el cielo no puede nunca eliminar el dolo". *Ibidem*, p. 33: "no es la fe lo decisivo para excluir el dolo, sino si esta fe tiene un fundamento objetivo".

Idéntico tratamiento debe ser dispensado a aquellos supuestos en que, también desde un plano objetivo, las capacidades de control que conserva el sujeto sean ínfimas en comparación con el grado de riesgo creado con la conducta. De este modo se resuelve el caso de los "conductores suicidas": puede ser que el conductor confíe en su habilidad al volante para sortear a los coches con los que va a cruzarse, pero, en comparación con el riesgo que se crea, este mecanismo de control tiene desde la perspectiva social tan poca entidad que ni se plantea la posibilidad de que sirva como base a un sujeto imputable para creer que sólo se encuentra ante un riesgo bajo control. Tampoco en este caso se admite socialmente la hipótesis de una *no-integración* de la aptitud lesiva del riesgo creado.

Finalmente, debe añadirse que con la regla aquí expresada se consigue dispensar también un tratamiento adecuado a los supuestos que la doctrina suele denominar de "*confianza irracional en el no acaecimiento del resultado*" o, más adecuadamente, "*desconocimientos o no-integraciones irracionales de riesgos*", a los que ya se ha dado una solución parcial al tratar la cuestión relativa a los *conocimientos mínimos* en aquellos supuestos en que ciertas alegaciones de desconocimiento se referían a la consciencia de la aptitud lesiva en abstracto de determinadas conductas⁶⁰. Lo que procede analizar ahora son los desconocimientos irracionales de la *concreta aptitud lesiva* de ciertos comportamientos. Tal análisis se acomete recurriendo al siguiente ejemplo:

Un sujeto coloca un artefacto explosivo de gran potencia en una vivienda. A través de diversos datos objetivos se imputa al sujeto el conocimiento genérico de que colocar tales artefactos es peligroso en general para la vida de los demás e, igualmente, de que en la vivienda en que lo ha colocado viven personas. La bomba explota y muere una persona. El sujeto alega no haberse representado peligro alguno, pues una vidente le vaticinó que no iba a morir nadie con esa concreta explosión.

Ante un supuesto como éste basta con repetir ideas ya expuestas: si el protagonista del ejemplo puede ser considerado un sujeto imputable le deberá ser atribuido el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta llevada a cabo, pues colocar una potente aparato explosivo es una conducta

⁶⁰Cfr. *supra* XII.4.

que se considera *especialmente apta* para producir la muerte de otras personas y en estos supuestos no se entienden posibles las *no-integraciones* de la concreta aptitud lesiva cuando se conoce la peligrosidad abstracta de la conducta y se tiene además un "*conocimiento situacional*" correcto⁶¹. Como en el caso de los *conocimientos mínimos*, la única explicación plausible para negar el dolo sería la plena inimputabilidad del acusado⁶². Por contra, si el acusado es imputable se le debe atribuir el conocimiento del riesgo concreto y, por tanto, el dolo de homicidio, de acuerdo con ideas ya expresadas por *von Wick* en 1857:

quien conoce un hecho como lógicamente necesario o altamente probable no puede alegar que su fe contradijo a su conocimiento, pues tal contradicción presupondría una enajenación mental. Ciertamente lo que sucedería es que no se podría condenar al autor por dolo, pero no sólo por tales motivos, sino también porque, por supuesto, se le debería declarar inimputable. Quien empuja a otro desde una alta torre y alega no haber creído que tal empujón iba a provocar una lesión, o está mintiendo o se encuentra en una situación de enajenación mental⁶³.

⁶¹Cfr., al respecto, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639: "cuando se ha captado un peligro cualificado éste no puede pasar a considerarse inofensivo mediante un irracional 'no querer ver', 'excluír', 'eliminar mentalmente', 'tomar a la ligera', 'confiar en la buena suerte'". La cualificación del peligro la plantea este autor a través de su distinción entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* (cfr. *supra* IV.2.C), pero la idea es perfectamente trasladable a aquellas conductas que, desde el punto de vista social, resultan *especialmente aptas* para producir un determinado resultado: ante tales conductas no se admiten *no-integraciones* de la representación de riesgo. También interpreta la cuestión de la confianza en términos valorativos y no psicológicos KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 316, constatando con curiosidad que, pese a afirmar la jurisprudencia que lo que debe probarse es aquello que realmente ha pasado por la cabeza del autor, se acaben resolviendo los casos con un criterio objetivo consistente en decidir en qué casos no se admite una confianza en la no-realización del tipo.

⁶²Aunque de acuerdo con ideas ya expuestas *supra* XII.5, en los casos en que se dé tal inimputabilidad propiamente no será necesario llegar a analizar la cuestión del tipo subjetivo, pues las conductas de los plenamente inimputables se consideran, ya de entrada, penalmente irrelevantes.

⁶³VON WICK, *ACR*, 1857, p. 607. Son ésta ideas que, de hecho, provienen de glosadores como *Baldo*, quien ya afirmaba que aquél que "con la intención de herir emplea un arma que según su naturaleza y la forma en que se utiliza es adecuada para causar la muerte, debe darse cuenta de la posibilidad del desenlace mortal"; KLEE, *Der dolus indirectus*, pp. 11, matiza que este "deber darse cuenta" no se refiere al desconocimiento propio de la imprudencia, sino al deber-conocer del sano sentido común, pues la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter peligroso de determinadas acciones cuando éste es de conocimiento general, sino en el error sobre la existencia de las circunstancias fácticas que dan pie

Así, socialmente no se entiende posible, por ejemplo, que alguien que conoce en abstracto que una bomba es un medio apto para acabar con la vida de seres humanos y que conoce también que en el lugar en que ha colocado un artefacto explosivo se encuentran personas, deje de representarse que al hacerlo está llevando a cabo una conducta concretamente apta para producir un resultado de muerte⁶⁴.

Una vez expuesta la idea de la *especial aptitud* de determinadas conductas con respecto a la producción de ciertos resultados lesivos y analizada ésta en diversos supuestos, conviene abordar seguidamente la exposición teórica de la figura de las *conductas arriesgadas neutras*, aquéllas en que, a diferencia de las primeras, sí se otorga plausibilidad a la invocación de una incorrecta integración de los factores de peligro reconocidos.

XVII.4. "Conductas neutras" desde el punto de vista de su aptitud lesiva

Las ideas expuestas en el apartado anterior permiten imputar a un sujeto el *juicio de concreta aptitud lesiva* que requiere el dolo en los supuestos en que el tipo de conducta realizada se valore socialmente como indesligable de la creación de ciertos riesgos, es decir, cuando se considere que dicha conducta resulta *especialmente apta* para producir un determinado resultado lesivo. Sin embargo, la anteriores modalidades de comportamiento sólo constituyen

a la existencia de peligro. Contra la idea de que la mera esperanza o confianza del autor, es decir, "la arbitrariedad subjetiva de éste", pueda servir para trazar la frontera entre dolo e imprudencia, *ibidem*, p. 30.

⁶⁴El punto de vista aquí defendido viene a coincidir en buena medida con la idea expresada por Herzberg (cfr. *supra* IV.2.C), según la cual en determinadas creaciones de riesgo se estima irrelevante el hecho de que el sujeto haya podido confiar o no en el no-acaecimiento del resultado. Sin embargo, se discrepa de la postura de este autor en cuanto a que el criterio para fijar cuándo es inadmisibles tal confianza sea la *cobertura* del peligro creado. En este sentido, las conclusiones tampoco se alejan de los puntos de vista que defienden que la confianza del autor sólo sea capaz de excluir el dolo en los casos en que tal confianza pueda reputarse racional, aunque se discrepe en los criterios de fundamentación y en la terminología de estas posturas (cfr. *supra* III.3.C y V.3.B).

una pequeña parte de entre todas aquéllas que pueden presentarse en la práctica. Junto a éstas existe una gran cantidad de conductas en que, pese a haberse imputado previamente al sujeto el conocimiento de un riesgo en abstracto y de todas las características objetivas de la situación en que ha llevado a cabo su comportamiento, desde el punto de vista de la interpretación social no parece posible descartar por completo la posibilidad de que no se hayan integrado ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Se trata, pues, de conductas en las que socialmente no tiene por qué ser inimaginable una *no-integración* de la aptitud lesiva del riesgo que con ellas se crea.

El término "*conducta (arriesgada) neutra*" va a emplearse en este trabajo para designar aquellos comportamientos que, desde la óptica de la valoración social, no siempre se consideran inequívocamente ligados a la creación de un determinado riesgo. Frente a dicho riesgo, las *conductas neutras* tienen un carácter, si bien no completamente ajeno (lo que podría llevar a excluir la imputación objetiva), tampoco especialmente idóneo por lo que respecta a su aptitud para producir un determinado resultado. Cuando concurre una de estas conductas es socialmente imaginable que durante su ejecución se haya producido por parte del sujeto una *no-integración* de la aptitud lesiva del riesgo, posibilidad que no se admite en las conductas *especialmente aptas*, pese a que con ambas se cree un riesgo jurídicamente relevante y el resultado causado sea, por tanto, objetivamente imputable a quien las haya realizado.

La conducción de automóviles es, probablemente, uno de los casos más evidentes de *conducta neutra* con respecto a resultados como la muerte, las lesiones o los daños. Si bien es indiscutible que a tal actividad se le puede asociar la creación de determinados riesgos para la vida, la integridad física o el patrimonio, lo cierto es que no son sólo estos riesgos lo que desde el punto de vista social impregnan las valoraciones acerca del acto de conducir, sino también las indudables ventajas que éste comporta para el conjunto de la sociedad⁶⁵. Junto con la anterior, pueden apuntarse otras conductas que son

⁶⁵LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977, p. 174, constata esta doble valoración en los modos de proceder más comunes de la policía, cuando ésta trata de esclarecer hechos presuntamente delictivos. Así, afirma este autor, que a quienes

valoradas como *neutras* respecto a ciertos resultados, como, por ejemplo, propinar un puñetazo a alguien, construir una casa o comercializar un producto comestible son *neutros* con respecto al resultado muerte: en función de la forma de ejecución de las anteriores conductas podrá ser objetivamente imputado el resultado en cuestión, pero ello no querrá decir que desde el punto de vista social pasen a considerarse conductas *especialmente aptas* para producir tal resultado⁶⁶. Por este motivo sólo merecen el calificativo de *conductas peligrosas neutras*.

Como se desprende de los anteriores ejemplos, la consideración de un comportamiento como *especialmente apto* para la originación de un resultado o, por contra, como *neutro*, exige que éste sea puesto en relación con determinados resultados. Así, por ejemplo, propinar a otra persona un golpe en el rostro con el puño cerrado es una conducta *especialmente apta* para causar determinadas lesiones, si bien sólo puede considerarse una *conducta neutra* con respecto al resultado muerte⁶⁷. En segundo lugar, para que se pueda calificar

provocan un accidente con el coche la policía no les suele preguntar, para probar un hipotético dolo, si no saben que conducir a determinadas velocidades crea un riesgo para la vida de los demás, pregunta que sí suele dirigirse a quienes han realizado conductas como disparar o estrangular: “ello se debe a que los puños, un cuchillo o un fusil se reconocen como armas homicidas, pero no, sin más, un automóvil. La diferencia radica igualmente en que los puños, el fusil o un cuchillo se emplean para hacer daño a otros, un objetivo que, por regla general, no forma parte de las intenciones de un automovilista”. Este autor se muestra crítico con esta forma de proceder, pues entiende que con este tipo de interrogatorios se pasa por alto que también en los primeros casos el autor puede haber dejado de representarse, en su caso concreto, la peligrosidad de su comportamiento. Otra opinión en KÜHN, *NJW*, 1967, p. 24, quien no entiende justificable que a los conductores se les trate por principio como autores imprudentes, incluso en aquellos casos en que realizan maniobras sobre las que se conoce perfectamente que son la causa habitual de numerosas muertes.

⁶⁶Acertadamente, la STS de 21 de enero de 1997 (A 193, ponente Soto Nieto): “de los motivos y antecedentes sólo puede extraerse la conclusión de originación de un incidente simple y un querer dirimirlo por la fuerza o razón de los puños. De ahí que afirme el Tribunal que no hubo dolo directo para acabar con la vida del fallecido (...) no se estima discursaria por su mente [del acusado] que su acción pudiera desencadenar la muerte de la persona a quien dirigió su puño”.

⁶⁷En la STS de 15 de octubre de 1990 (A 8072, ponente García Miguel) se entiende que en la acción de rociar a otra persona en la cara con ácido fluorhídrico puede no darse la representación de posibilidad de un resultado letal.

una conducta de *neutra* es igualmente necesario que ésta sea debidamente contextualizada. Volviendo el ejemplo de la conducción de automóviles, ésta será considerada una *conducta neutra* siempre que objetivamente se desarrolle dentro de unos cauces en que parezca plausible la posibilidad de *no-integración* de la aptitud lesiva de los riesgos que con ella se crean. Por contra, dicha *no-integración* no se entenderá posible cuando el sujeto conduzca de tal modo que, ya en el plano de lo objetivo, sea imposible explicar su forma de actuar sin pensar en la creación del riesgo por sí mismo. Son éstos casos en que el autor lleva a cabo una conducta en principio *neutra* de un modo tan poco habitual y tan evidentemente orientado a la creación de un riesgo, que ésta pasa a convertirse en un comportamiento *especialmente apto* para provocar un determinado resultado lesivo.

Por ejemplo,

Una no-integración de la concreta aptitud lesiva parece posible en los supuestos en que un conductor provoca un accidente mortal al realizar un adelantamiento peligroso o al no mantener la preceptiva distancia de seguridad con el vehículo que le precede. Sin embargo, tal falta de integración no parece posible en el caso en que el conductor persigue con su coche a un peatón, saliéndose incluso de la calzada, entrando en unos jardines y causando finalmente su muerte arrollándole contra una pared. En este último caso el autor convierte su coche, incluso desde el prisma objetivo, en un "arma para matar", por lo que ya no puede considerarse que su conducta sea meramente neutra con respecto al resultado de muerte.

La distinción entre conductas *especialmente aptas* y *conductas neutras* tiene una especial importancia en todo lo que respecta a la finalidad que se debe conseguir con la pena. Así, en el caso del primer tipo de conductas, las valoraciones sociales consideran imposible que un sujeto imputable no haya conocido, en su situación concreta, que estaba realizando una conducta concretamente idónea para provocar un determinado resultado. Por este motivo, una resolución judicial que afirme lo contrario —basándose, por ejemplo, en afirmaciones de determinadas disciplinas científicas— emite a la sociedad un mensaje que ésta no puede comprender. En el caso de las *conductas neutras* se produce el fenómeno inverso: la sociedad puede comprender perfectamente que en este tipo de comportamientos el sujeto no haya realizado un *juicio de concreta aptitud lesiva*, pues desde el punto de vista de la colectividad no se considera que éstas sean conductas que de forma inequívoca se reali-

cen siempre con consciencia de los riesgos concretos que suponen. En este caso *la negación del dolo es asimilable por la sociedad y, por tanto, debe ser la regla general*, excepto en aquellos casos en que a la mera conducta se agreguen una serie de circunstancias concomitantes que tiñan con el tono de la consciencia su realización. Al análisis de los supuestos en que la concurrencia de una *conducta neutra* en el plano objetivo no debe impedir la apreciación de una realización delictiva dolosa se dedica el siguiente subapartado.

A) *La imputación del juicio de concreta aptitud lesiva en las conductas neutras*

Como se ha avanzado en el apartado anterior, *la regla general que debe regir cuando se trate de determinar el posible dolo del sujeto en el caso de conductas neutras es la no-imputación del juicio de concreta aptitud lesiva*. Sin embargo, cuando junto a la conducta concurren determinadas circunstancias objetivas, esta regla general puede dejar de regir⁶⁸. El análisis de tales circunstancias se aborda a continuación.

A.1. *Conductas neutras y exteriorización del conocimiento*

Aunque el sujeto realice una conducta que tenga el carácter de *neutra* en lo que respecta a su aptitud para provocar un determinado resultado lesivo, a dicho sujeto le *deberá ser imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente idónea para producir el resultado en cuestión cuando durante o después de su realización haya exteriorizado que efectivamente realizó el juicio de concreta aptitud lesiva requerido por el dolo de los delitos de resultado*, es decir, cuando haya puesto de manifiesto que, efectivamente, al realizar el hecho integró correc-

⁶⁸Este planteamiento, en realidad, no es del todo nuevo. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 214-216, ya distinguía entre aquellos comportamientos que implicaban en sí mismos una intención criminal ("casos en que la materialidad solo tiene un significado y fin posibles") de aquellos otros en que no se da tal implicación. En este último caso, la intención debe ser acreditada a través de otras circunstancias.

tamente el conjunto de factores de riesgo conocidos⁶⁹. Estas ideas se desarrollan a continuación de acuerdo con el siguiente ejemplo:

Impactar frontalmente contra otro coche en la carretera no es un comportamiento que pueda juzgarse especialmente apto para producir un resultado de muerte: son perfectamente imaginables casos en que alguien impacte de este modo con otro vehículo sin hacerlo de forma consciente. Sin embargo, si tras el impacto uno de los dos conductores reconoce haber sido consciente del concreto peligro creado, por haber intentado, por ejemplo, causar de este modo la muerte del otro conductor, deberá serle imputado el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta realizada y concurrirá, por tanto, un homicidio doloso⁷⁰.

Estas afirmaciones permiten salvar algunos de los puntos débiles que se constatan en las denominadas "teorías objetivizantes" del dolo⁷¹. Así, cuando Herzberg afirma, por ejemplo, que aunque el sujeto conozca determinados peligros ("cubiertos"), éstos resultan siempre inidóneos, ya en el plano de lo objetivo, para fundamentar una imputación dolosa, olvida que las declaraciones del sujeto afirmando haber sido plenamente consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta en el momento de realizarla, pueden hacer variar claramente el sentido social de un comportamiento que, prescindiendo de tal afirmación, podría parecer que había sido realizado de modo inconsciente. Algo parecido sucede con los planteamientos defendidos por Puppe: métodos que pueden antojarse como totalmente inapropiados o irracionales para la causación de un determinado resultado pueden dejar de parecerlo si, de acuerdo con los objetivos expresados por el autor, resultan ser el método escogido para dicha causación, siempre que se trate, por supuesto, de conductas que comporten, desde el plano objetivo, la creación de un peligro tí-

⁶⁹Sobre los fundamentos básicos de la exteriorización del conocimiento y la imputación de éste, cfr. *supra* XIV. FRISCH, K. Meyer-GS, p. 560, atribuye a las afirmaciones del autor posteriores al hecho "sobre su situación psíquica en el momento del hecho", un importante valor indiciario, como entienden en general la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.

⁷⁰Interesante el caso resuelto en la STS de 14 de diciembre de 1994 (A 9377, ponente Carrero Ramos): puede llegar a interpretarse como *conducta neutra* con respecto al resultado de muerte el hecho de que un automóvil esté a punto de arrollar a un peatón tras subir al bordillo y superar diversas islas peatonales. Sin embargo, el dolo debe imputarse cuando entre los hechos probados consta que uno de los ocupantes del vehículo gritó "tira para delante, llévatelo".

⁷¹Cfr. *supra* IV.2.

picamente relevante⁷². En ambos casos bastaría una *exteriorización* de tales conocimientos para que la valoración social del hecho cambiase radicalmente y pudiera imputarse al autor la creación de un riesgo siendo consciente de su concreta aptitud para producir un resultado lesivo.

Por ejemplo,

Un empresario de la construcción se niega a suministrar a uno de sus operarios el equipamiento necesario para garantizar su seguridad cuando éste trabaja a grandes alturas, a lo que dicho trabajador no se opone por miedo a perder su puesto de trabajo. Un día el operario cae de una altura superior a 50 metros, produciéndose su muerte instantánea.

Si únicamente fuera éste el *factum* de la sentencia parece que concurriría, como mucho, un homicidio imprudente. Dejando a un lado el correspondiente delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP), podría imputarse al empresario el conocimiento de los peligros que en abstracto se derivan del hecho de que sus trabajadores no actúen con el equipamiento necesario, pero sería perfectamente planteable la posibilidad de que en su caso específico el empresario hubiera pensado que no iba a pasar nada, es decir, que no integrase correctamente la concreta aptitud lesiva de su conducta. Herzberg hablaría en este caso de "peligro cubierto" y Puppe de "estrategia inidónea para la causación del resultado de muerte". Sin embargo, la valoración de la situación cambia por completo si, dado el caso, el empresario declara arrepentido ante el Tribunal que le juzga que siempre fue consciente del riesgo que corría su trabajador, pero que le tenía muy poca simpatía y que, negándole las medidas de seguridad, albergaba la esperanza de que algún día se precipitara al vacío produciéndose su muerte. Ciertamente es que el tipo de conducta arriesgada que lleva a cabo el sujeto es un factor clave para decidir acerca del dolo de éste, pero no debe pasarse por alto que hechos simultáneos o poste-

⁷²El análisis de la causación de muertes y lesiones a consecuencia de un impacto frontal entre automóviles lleva a pensar inicialmente en imprudencia, pero la valoración del caso cambia si entre los hechos probados consta que uno de los conductores expresó a su acompañante su intención de causar la muerte de ambos. Cfr., en este sentido, el caso comentado por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, reimp. 1988, pp. 212-215, tomado de la STS de 20 de abril de 1977 (A 1689, ponente Díaz Palos).

riores a la realización de tal conducta pueden hacer cambiar la valoración social de ésta, en principio considerada inconsciente, pasando a entenderse que fue realizada con plena consciencia y, por tanto, dolosamente⁷³.

El punto débil de la teoría de *Puppe* y *Herzberg* radica en pretender convertir lo que es habitual en la praxis en una regla general no sujeta a excepciones⁷⁴. Ciertamente es que, en la práctica, casi nunca se darán confesiones autoinculpatorias como la del ejemplo anterior y, cierto es también, que las creaciones de determinados riesgos se considerarán casi siempre inconscientes, sobre todo en aquellos ámbitos de la vida en que su creación sea bastante frecuente. Pero el que se niegue la consciencia de la concreta aptitud lesiva en tales supuestos puede venir dado en un buen número de casos por la falta de una base fáctica suficiente para atribuir al sujeto tal consciencia y no por el hecho de que tales riesgos sean en sí mismos siempre inidóneos, ya en el plano objetivo, para fundamentar una realización típica dolosa. En consecuencia, cuando exista base fáctica para atribuir el conocimiento, —que en este caso vendrá dada por la *exteriorización*— deberá apreciarse, incluso en el caso de las *conductas arriesgadas neutras*, una comisión dolosa. Que pocas veces en la práctica se cuente con tal base fáctica no impide plantearse la posibilidad de su existencia, por lo que no es adecuado afirmar que determinados riesgos, pese a ser jurídicamente relevantes, excluyan *siempre y en todo caso* en el plano objetivo cualquier posibilidad de una condena por delito doloso.

En cualquier caso son trasladables a este punto las consideraciones ya expuestas según las cuales la imputación debe descartarse cuando la *exteriorización* del conocimiento concreto del riesgo parezca únicamente consecuencia de una escrupulosidad patológica por parte del sujeto de la imputación y no

⁷³A lo que se une el hecho de que tanto *Herzberg* como *Puppe* (cfr. *supra* IV.2.C y IV.2.D, resp.) exigen para el dolo el conocimiento por parte del autor del tipo de riesgo que está creando con su comportamiento, sin que quede claro si tal exigencia debe interpretarse como una cuestión a resolver mediante valoración (imputación) o a través de la averiguación de un dato psicológico.

⁷⁴En tal sentido la crítica de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 930 (nota 92) a *Herzberg*, calificando la postura de éste de “esquemática”.

permita alterar el sentido social del hecho como realizado inconscientemente⁷⁵.

A.2. Captación de la proximidad del resultado lesivo

Estructuralmente distintos a los supuestos acabados de exponer, pero merecedores de un idéntico tratamiento, son aquellos casos en que, pese a que no puede entenderse que la conducta realizada por el sujeto sea *especialmente apta* para producir un determinado resultado, se considera que durante la realización del hecho dicho sujeto ha captado necesariamente a través de sus sentidos lo que eran datos evidentes de la proximidad de la realización del riesgo creado en el resultado, es decir, muestras incuestionables de la concreta aptitud lesiva de la conducta. *Si pese a tal captación el autor no ha desistido de su comportamiento, le debe ser imputado el conocimiento concreto de la aptitud lesiva de su conducta y, por tanto, la causación dolosa del resultado.* En estos casos se descarta la posibilidad de que se haya producido una *no-integración* de la aptitud lesiva, precisamente porque el mismo hecho le muestra a su autor la idoneidad del peligro que está creando para producir un resultado y lo hace, además, de un modo tan evidente que desde la óptica social no se entiende posible una interpretación errónea.

Por ejemplo,

Propinar con el puño diversos golpes en la cara de una persona adulta y sana es, desde el punto de vista de la valoración social, una conducta que está inequívocamente vinculada a la creación de un riesgo para la integridad física de ésta, es decir, una conducta especialmente apta para producir unas lesiones, pero no una muerte. Sin embargo, si después de los primeros golpes se manifiestan rasgos evidentes de peligro de muerte (pérdida de consciencia, vómitos de sangre ...) y, pese a ello, el sujeto sigue golpeando, deberá atribuírsele el conocimiento de la concreta aptitud de su comportamiento para producir un resultado mortal⁷⁶.

⁷⁵Cfr. *supra* XIV.4.

⁷⁶Cfr. el supuesto que resuelve la STS de 23 de noviembre de 1996 (A 8683, ponente Montero Fernández-Cid): los acusados advirtieron que una de las personas a las que acababan de agredir "respiraba dificultosamente", pese a lo cual siguieron golpeándola.

En estos supuestos, si bien en el momento inicial de realización de la conducta no puede descartarse la posibilidad de que el autor no haya valorado correctamente la aptitud lesiva de su comportamiento, la forma en que éste se ha desarrollado hace que, a partir de un determinado momento, ya no sea admisible una hipotética *no-integración* de su concreta aptitud lesiva. Para que concurra esta estructura es necesario que el hecho pueda ser valorado como una *conducta neutra*. Si la conducta inicial es *neutra* y, al aparecer los rasgos inequívocos de proximidad del resultado, el autor se detiene, no es posible imputarle el conocimiento necesario para el dolo⁷⁷. Por contra, si la conducta desde el primer momento tiene el carácter de *especialmente apta* para producir el resultado en cuestión deberá afirmarse que concurre un supuesto de tentativa y posterior desistimiento.

Por ejemplo,

Si al aplicar un curandero un determinado tratamiento a un paciente (conducta neutra) advierte que los medicamentos suministrados (generalmente inocuos) llevan a que dicho paciente pierda la consciencia y sufra fuertes espasmos y vómitos y decide entonces interrumpir las sesiones, no será posible atribuirle (a falta de exteriorizaciones) que en el momento inicial se hubiese representado la concreta aptitud lesiva de su conducta. Si pese a todo el paciente muere, concurre un homicidio imprudente⁷⁸. Por contra, si al advertir los claros signos de

⁷⁷Cfr. la STS de 25 de septiembre de 1967 (citada por ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP, 1986, p. 409): "X conducía un autobús detrás de un ciclomotor sin prestar la debida atención a la circulación, al manejo del mismo y a las distancias reglamentarias que deben guardarse entre los vehículos —y todo ello pese a llevar roto el freno de pie. El autobús llegó a golpear al ciclomotor hasta tres veces, derribándole en la última y atropellando al conductor que resultó muerto". El TS califica el hecho de homicidio imprudente, pese a que parece existir sobrada base objetiva (tres golpes al ciclomotor) para considerar que el conductor del autobús por fuerza integró la aptitud de su conducta para causar una muerte, pese a lo cual siguió actuando. ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p. 408, califica las conclusiones a que llega el Tribunal de "sumamente discutibles".

⁷⁸Por ello sólo debe afirmarse un homicidio imprudente en el caso resuelto en la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos) y comentado por SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 2ª ed., Barcelona, 1997, pp. 147-149. En este supuesto, una madre hizo ingerir a su hija de pocos meses un gran número de biberones de leche y agua, provocando su muerte por asfixia. Obligar a beber una gran cantidad de líquido es una *conducta neutra* con respecto al resultado de muerte y el hecho de que, al advertir la procesada los vómitos de la niña, no prosiguiera con su comportamiento, es una circunstancia que impide atribuirle

proximidad de la muerte el curandero no deja de suministrar medicamentos, el homicidio deberá considerarse doloso, al haber advertido el sujeto la proximidad de la realización del riesgo y, sin embargo, haber seguido adelante con su conducta.

Distinto es el caso en que alguien vierte cianuro en la copa de la que va a beber otra persona y lo hace conociendo que el cianuro es un veneno mortal y que lo que vierte en la copa es efectivamente cianuro (conducta especialmente apta para causar una muerte). Por mucho que al ver cómo reacciona la víctima tras tomar la bebida el autor llame a una ambulancia debe afirmarse un homicidio doloso si la víctima del envenenamiento acaba por morir y una tentativa (con desistimiento o no) si consigue salvarse su vida⁷⁹.

A.3. Imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y dinámica comisiva

Un tratamiento similar al propuesto para los casos tratados anteriormente debe otorgarse a aquellos supuestos en que la dinámica comisiva del comportamiento típico hace impensable que el sujeto (que conoce el riesgo en abstracto y las circunstancias de la situación en la que actúa) no haya llegado a realizar un *juicio de concreta aptitud lesiva* acerca de su conducta. Así como en los supuestos en que se da una realización "acelerada" del tipo parece plausible la hipótesis de que un sujeto no haya sido capaz de integrar todos los factores que conoce en un juicio válido, *en los casos en que dicha realización se prolonga en el tiempo no parece posible sostener que el sujeto no haya integrado correctamente en un juicio de concreta aptitud lesiva todos los factores de la situación que conoce*⁸⁰.

el conocimiento exigido por el dolo. El hecho de que la procesada sufriera trastornos esquizofrénicos y oligofrénicos no desempeña papel alguno en la "determinación del dolo" (en contra de la opinión del TS). Está de acuerdo con esta última idea DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 338-339 (nota 55), pese a que entiende que el caso debe calificarse de parricidio doloso.

⁷⁹Sobre la problemática que plantean los supuestos de hecho en que se da un comportamiento del acusado, posterior o coetáneo al hecho, dirigido a evitar la producción del resultado se vuelve más adelante en *infra* XVII.4.B.2.

⁸⁰El *tempo* de la dinámica comisiva suele sostenerse por la doctrina como un dato a tener en cuenta en la "determinación del dolo" y, en este sentido, se suele afirmar que la ausencia del dolo parece siempre mucho más plausible en aquellos supuestos en que la comisión delictiva tiene un carácter tan repentino que el autor difícilmente ha podido ponderar los pros y contras de su actuación y, por tanto, a duras penas puede haber valorado correcta-

Esta regla permite dar una solución al denominado "caso del aceite de colza"⁸¹: el prolongado y complejo proceso que va de los contactos iniciales entre empresarios aceiteros hasta la comercialización del aceite hace impensable que, siendo conocedores como eran los acusados de los factores de riesgo singulares, no se representaran que introducir el aceite en el mercado era una conducta apta para lesionar la vida o la salud de los potenciales consumidores.

A esta idea recurre explícitamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de abril de 1995⁸². En este caso, el ordenanza de un edificio de la Seguridad Social rellenó un impreso con membrete de la Tesorería General de dicho organismo donde se certificaba que un empresario se hallaba al corriente en el pago de ciertas cuotas, un acto para el que dicho ordenanza era totalmente incompetente. La Audiencia Provincial condena al acusado por falsedad imprudente. El Tribunal Supremo replica que tal imprudencia no es posible y que concurre un delito doloso: *"piénsese en la complejidad de los actos llevados a cabo, piénsese en las condiciones de cultura en relación con los conocimientos profesionales del acusado. Unos y otros excluyen naturalmente el error"*⁸³.

También en la jurisprudencia del BGH alemán puede verse reflejado este criterio, pues este Tribunal se muestra especialmente estricto en la atribución al autor del conocimiento de la peligrosidad de una conducta en aquellos casos en que no concurre "un hecho espontáneo en el que déficits psíquicos, como arrebatos nerviosos, alcoholización u incontrolables obcecaciones emocionales, puedan mermar la correcta valoración de una situación de pe-

mente la entidad del peligro creado con su conducta; cfr., al respecto, FRISCH, K. Meyer-GS, pp. 557-558.

⁸¹STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater).

⁸²A 2874, ponente De Vega Ruiz.

⁸³Cursiva añadida. El Tribunal Supremo continúa afirmando que "la Audiencia, dada la trascendencia de su argumentación, debió explicar las razones para llegar a ese error de tipo que anuncia en su sentencia, de otro lado 'construida' con encomiable celo. Aunque no queda aclarada la diferenciación, o aplicación en su caso, del error de tipo o el error de prohibición, resulta evidente en base a las declaraciones hechas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de noviembre 1990 y 27 de mayo 1987), que basta para excluir el error la consciencia del agente sobre una alta probabilidad de antijuridicidad en los actos que realiza".

ligro”⁸⁴. Para el BGH, la afirmación del dolo resulta mucho más evidente cuando el autor ha planeado largamente el hecho, de tal modo que no resulta pensable que haya podido dejar de valorar los peligros que de él se derivan. De afirmaciones como ésta se extrae la idea de que la hipótesis de una *no-integración* de la concreta aptitud lesiva se acepta, por regla general, sólo en supuestos donde la dinámica comisiva se desarrolla de tal modo que el autor no tiene demasiado tiempo para sopesar los posibles efectos de su actuación y, en consecuencia, no resulta impensable admitir que haya errado sobre la concreta aptitud lesiva de sus actos.

La explicitación de este criterio tiene una importancia clave para el tratamiento de la cuestión del dolo dentro del Derecho penal económico. Parece indiscutible que la forma en que los sujetos toman sus decisiones en el ámbito de la actividad económica y empresarial poco tiene que ver, la inmensa mayoría de las veces, con el modo en que se suele proceder, por ejemplo, cuando se llevan a cabo conductas violentas o, incluso, cuando se circula en el ámbito del tráfico rodado, donde la toma de decisiones obedece a menudo a simples impulsos, sin que exista apenas tiempo para reflexionar sobre los posibles riesgos. Por contra, y como afirma *Volk*, “la economía actúa dolosamente”, pues quienes operan en el tráfico económico no suelen tomar decisiones de un modo irreflexivo, sino previa planificación y cálculo de los posibles riesgos y consecuencias⁸⁵. Esta realidad tiene una gran trascendencia a efectos de la imputación del conocimiento: así como se puede admitir la posibilidad, por ejemplo, de que un conductor que sabe que, en general, invadir el carril contrario genera determinados riesgos no haya actualizado dicha

⁸⁴Sentencia del BGH de 28 de abril de 1994, *NSfZ*, 1994, p. 484.

⁸⁵VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 623. Muy interesante a este respecto la STS de 12 de abril de 1992 (A 5213, ponente Martín Pallín), donde se plantea la aplicación de la antigua circunstancia agravante de premeditación a un delito de alzamiento de bienes, afirmando el Tribunal Supremo, que “la reflexión detenida e insistente sobre la realización de un acto criminal es inherente al proceso ideológico y psicológico generador de un delito de alzamiento de bienes, cuya principal característica radica en elaborar un plan de cierta complejidad jurídica que culmine con la salida de una serie de bienes del patrimonio del deudor (...) la preparación de medios y la ejecución de sus fases sucesivas hacen que la agravante de premeditación resulte incompatible con determinadas clases de delitos contra el patrimonio y especialmente con el alzamiento de bienes”.

representación en el preciso momento en que realizó tal maniobra, en el caso del Derecho penal económico tal posibilidad de desfase entre conocimiento abstracto del riesgo y conocimiento de la concreta aptitud lesiva no parece admisible en casi ningún supuesto.

En relación con las anteriores afirmaciones, basta con imaginar el caso en que un empresario afirmase haber sido plenamente consciente *en abstracto* de que una determinada campaña de publicidad resultaba adecuada para provocar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (en el sentido del delito publicitario del art. 282 CP), pero no haber contado, sin embargo, con tal consciencia en el momento concreto de lanzar dicha campaña. Prescindiendo de la posibilidad de que situaciones como ésta puedan llegar a darse desde una perspectiva psicológica, desde el punto de vista de las valoraciones sociales no cabe duda de que tales desfases no se aceptan como posibles. Ello tiene una notable importancia práctica: como regla general, en el Derecho penal económico basta con imputar al autor el conocimiento de la aptitud lesiva abstracta de una conducta para atribuirle también el conocimiento de su concreta aptitud⁸⁶.

Las diversas formas que puede adoptar la dinámica comisiva alteran el sentido de la imputación en conductas objetivamente bastante similares. En este sentido, si bien se ha afirmado que conducir es la *conducta arriesgada neutra* por excelencia, en algunos supuestos ello no impedirá que se impute al

⁸⁶Cfr., al respecto, la STS del 28 de febrero de 1992 (A 1401, ponente Bacigalupo Zapater), en que, en relación con un delito de alzamiento de bienes se afirma que "en la medida en que el autor sabía que los bienes estaban embargados, sabía también que con su enajenación privaría a los acreedores del derecho adquirido mediante el embargo a la ejecución de estos bienes. La realización de la acción en estas condiciones demuestra que ha obrado con conocimiento del perjuicio que causaba y que la representación del perjuicio que causaría no lo disuadió de su acción". *No-integraciones* del riesgo concreto no parecen en este caso posibles. Cfr. también la STS de 31 de mayo de 1991 (A 4017, ponente Bacigalupo Zapater): "el dolo [del delito de alzamiento de bienes] será de apreciar cuando el autor o autores hayan tenido conciencia de realizar operaciones que frustraban la ejecución del crédito del acreedor. Tal conocimiento es indiscutible cuando el autor realiza operaciones simuladas, por precios ficticios y transmisión a parientes próximos de la propiedad de bienes, afectados directamente por la ejecución de un crédito, cuyo pago se sabe incumplido". En sentido similar la STS de 27 de mayo de 1995 (A 3957, ponente Bacigalupo Zapater).

sujeto el conocimiento del riesgo concreto que se genera con su actuación. Así, por ejemplo, en el caso del conductor que entra girando en una calle a una velocidad no permitida y atropella a un peatón, se admite una *no-integración* de la concreta aptitud lesiva de la conducta, pese a ser imputable a tal conductor el conocimiento de que conducir de ese modo es en general peligroso y de que en cualquier momento podía cruzarse un peatón. Por contra, al conductor que estando parado ante un grupo de manifestantes que le impiden el paso decide acelerar para continuar su viaje debe imputársele el conocimiento de la concreta aptitud lesiva (mortal) de su conducta, pues antes de actuar tuvo tiempo suficiente para ponderar los peligros de su comportamiento, sin que se considere posible una *no-integración* de la citada aptitud.

En este sentido no debe perderse de vista que para la imputación del conocimiento de la concreta aptitud lesiva también desempeña un papel importante el grado de certeza con que se puede imputar al autor el conocimiento de determinadas realidades. Así, retomando los dos ejemplos anteriores, al primer conductor sólo se le puede imputar el conocimiento de la posibilidad de que un peatón se cruce en la trayectoria de su automóvil, mientras que en el segundo supuesto se imputa al conductor la certeza de que si acelera va a arrollar algunos peatones. Ello lleva a afirmar que en cualquier caso no se admite la posibilidad de *no-integración* de la consciencia de la concreta aptitud lesiva de una conducta en los casos en que, junto con una ejecución del hecho prolongada en el tiempo, el autor cuenta con un conocimiento cierto de los factores que integran la situación en la que actúa⁸⁷.

B) *No-imputación del conocimiento en conductas neutras*

⁸⁷En este sentido se dirigen las afirmaciones de la STS de 8 de abril de 1984 (citada por ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 408): "el procesado accedió con su vehículo a una plaza y procedió a cruzarla sin observar las debidas precauciones y sin preocuparse de comprobar si algún otro vehículo entraba en la plaza por su derecha. Los resultados ocasionados por la colisión fueron imputados por la Audiencia a título de imprudencia temeraria. El TS confirmó la sentencia puntualizando que si el procesado hubiera continuado su maniobra pese a ver venir otros vehículos 'el hecho podría constituir un delito intencional'".

De acuerdo con las afirmaciones anteriormente expresadas, *tres concretos presupuestos fácticos llevan a la imputación del conocimiento de la concreta aptitud lesiva de conductas arriesgadas neutras: las exteriorizaciones del conocimiento, la captación de indicios objetivos de proximidad del resultado lesivo y dinámicas comisivas prolongadas en el tiempo*. Dado que únicamente en tales supuestos parece posible imputar el conocimiento de la concreta aptitud lesiva a quien realiza una *conducta neutra*, en los restantes casos la producción del resultado sólo podrá imputarse a título de imprudencia. En determinados casos podrán permanecer sospechas sobre cuál fue la verdadera representación del autor, pero éstas no bastarán para determinar que la actuación del sujeto haya supuesto de forma incontrovertida la realización consciente de una conducta apta para producir un determinado resultado⁸⁸.

Por ejemplo,

La acusada, una joven de 19 años que residía en una ciudad distinta a la de sus familiares, oculta a éstos su embarazo y el posterior nacimiento de su hijo. Ante una repentina visita de sus padres esconde al pequeño en un armario tapándolo con una gruesa toalla, lo que provoca su muerte por asfixia al cabo de unas horas⁸⁹.

En este supuesto concurre una conducta (ocultar a un recién nacido en un armario tapado con una toalla durante algunas horas) que no puede considerarse *especialmente apta* para producir un resultado de muerte y que, en consecuencia, debe valorarse como un *comportamiento neutro* a efectos de la imputación del conocimiento de su concreta aptitud lesiva para la vida de la víctima. El hecho de que no conste una *exteriorización* por parte de la acusada

⁸⁸FREUND, *Normative Probleme*, p. 38, entiende, como la mayor parte de la doctrina, que las meras sospechas no sirven para afirmar el dolo.

⁸⁹Caso citado por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 333-345, quien entiende que se trata de un supuesto de homicidio doloso, lo que se justifica con base en una correcta aprehensión de la situación de peligro por parte de la acusada y en la decisión de ésta contra el bien jurídico, entendiéndose que "en este caso, los intereses personales de la madre, sus máximas de riesgo y sus objetivos se anteponen a la integridad del bien jurídico amenazado (la vida del niño), a la norma que lo protege y a la consideración por el ordenamiento (expresión de la voluntad general de la sociedad) de este bien jurídico como extremadamente valioso y digno de la especial protección que el Derecho penal otorga".

sobre el conocimiento de tal aptitud, el hecho de que ésta no haya captado en momento alguno datos que expresaran la proximidad del acaecimiento del resultado letal y el que la dinámica comisiva se haya desarrollado de modo especialmente repentino, impiden que se impute a la acusada la correcta integración de los riesgos que se daban en tal situación. Por este motivo sólo debería ser condenada como autora de un homicidio imprudente.

Por todos los motivos citados, tal vez se antoje superfluo el análisis de la cuestión acerca de la no-imputación del conocimiento en el caso de las *conductas neutras*, pues, por pura lógica, para la no-imputación basta con que no se constate la existencia de aquellos factores objetivos necesarios para la efectiva imputación. Sin embargo, en los siguientes subapartados van a analizarse dos cuestiones que desempeñan un papel de cierta importancia en la actual praxis de la determinación procesal del conocimiento necesario para el dolo. Por una parte, el tratamiento que merecen aquellos supuestos en que la creación de ciertos riesgos parece especialmente irracional si se valora desde el punto de vista de los objetivos últimos del autor. Por otro lado, el valor que debe atribuirse al denominado “comportamiento posterior del acusado” a efectos de “determinación del dolo”.

B.1. La irracionalidad de los medios

A menudo se suele afirmar que la dogmática jurídico-penal trabaja con un esquema de sujeto exageradamente racional, con un modelo de persona fría y calculadora que en escasas ocasiones concurre en la realidad⁹⁰. Sin embargo, en el contexto que aquí interesa —la comunicación social— no parece en absoluto desencaminado entender que, entre los partícipes en dicha comuni-

⁹⁰Cfr., en este sentido, KÖHLER, *JZ*, 1981, p. 36 y EL MISMO, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 42, donde se afirma que en la vida cotidiana la mayoría de las decisiones no responden propiamente a una estrategia, sino que se toman tras “una corta reflexión”. Cfr. también PRITWITZ, *GA*, 1994, p. 462, donde se afirma expresamente que “nuestro sistema penal se basa en la imagen racional del hombre que tiene el Derecho penal” y LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 174 ss. Cfr. también al respecto KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 30 ss.

cación, se da la atribución recíproca de un cierto grado de racionalidad⁹¹. De acuerdo con tal atribución, se considera que todas las personas orientan sus actuaciones en pos de determinados objetivos y que, para la consecución de éstos, realizan aquellas conductas que parecen adecuadas a tal fin, evitando a la vez aquellas otras que les alejan de éste.

En consonancia con la anterior idea, parece posible plantearse que un sujeto no haya sido verdaderamente consciente de lo arriesgado de su proceder cuando las creaciones de riesgo que ha llevado a cabo mediante su comportamiento parecen completamente irracionales y desproporcionadas a la luz del fin último para cuya consecución ha sido realizado dicho comportamiento⁹². Estas situaciones se dan de modo especialmente evidente cuando con su hecho el sujeto no crea únicamente un riesgo que pueda perjudicar a intereses ajenos, sino también a intereses propios, especialmente cuando dichos perjuicios tengan un alcance que se antoje excesivo desde el prisma de la entidad que revista el objetivo ambicionado por el autor⁹³.

⁹¹En esta línea las afirmaciones de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 9: "así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales —los únicos que aquí interesan— sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible".

⁹²BAUER, *Abhandlungen*, p. 283, atribuye valor indiciario para la prueba del dolo "al motivo y fin del hecho, en especial al interés [del autor] en el resultado". Más modernamente, MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 151, atribuye el valor de indicio, entre otros, a "la causa para delinquir".

⁹³Cfr., al respecto, PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 54, quien pone de manifiesto la tendencia que existe en la doctrina de negar la voluntad en el dolo cuando el autor se comporta de tal modo que, si el riesgo se realiza en el resultado, él mismo puede verse perjudicado en sus propios intereses. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 34, quien atribuye al hecho de que el autor genere riesgos que le son indeseables la cualidad de "importante indicio" para afirmar que el autor no ha contado con el conocimiento que exige la imputación dolosa, lo que no sucede, por ejemplo, cuando los resultados le son indiferentes. Según las afirmaciones de LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 176 y p. 198, esta situación puede darse en muchos homicidios pasionales, en que "si los autores hubieran previsto las consecuencias de su actuación no habrían cometido el hecho"; cfr. también KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 25 ss.

Sin embargo, como se intentará mostrar seguidamente, no son éstos criterios que sirvan de un modo concluyente para interpretar el grado de conciencia con que se ha llevado a cabo un comportamiento desde el punto de vista social⁹⁴. Ello se aprecia de modo evidente, retomando dos ejemplos ya conocidos: *el caso del conductor que llega tarde a una fiesta* y *el del homicidio del compañero sentimental*⁹⁵. Un análisis detallado de estos dos supuestos permite afirmar que se da en ellos una estructura similar, pues *a posteriori* puede determinarse en ambos casos que la realización del tipo penal ha acabado siendo para el autor un medio irracional de acuerdo con su objetivo: el conductor difícilmente llegará a tiempo a la fiesta tras verse implicado en un accidente mortal y quien mata con un hacha a su compañera sentimental no conseguirá prolongar la relación amorosa que les unía, como era supuestamente su deseo. La irracionalidad de la conducta intermedia puede plantear dudas acerca de si el sujeto fue realmente consciente de que tal conducta era apta en aquella situación concreta para provocar una muerte.

El criterio de la irracionalidad es, sin embargo y ya de entrada, demasiado laxo para formular afirmaciones concluyentes. Para empezar, de acuerdo con este criterio debería negarse el dolo en la mayor parte de casos imaginables, pues si se atiende a todos los efectos posibles que pueden derivarse de la realización de un tipo penal (incluida la sanción) una gran parte de realizaciones típicas pueden ser valoradas como irracionales, pues los perjuicios que de ellas pueden surgir para el sujeto son a menudo superiores a los beneficios que éste perseguía al realizarlas.

Por ejemplo,

Un sujeto atraca a punta de navaja a un transeúnte. Éste se niega a entregar su dinero, a lo que responde el primero clavándole el arma en el abdomen y provocando su muerte. En este caso, la causación de tal muerte puede verse como un medio totalmente irracional, pues los perjuicios que pueden derivarse para su autor (proceso, sanción ...) serán, a buen seguro, muy

⁹⁴En el ámbito de la discusión histórica se daba sin embargo gran importancia al hecho de que se pudiera encontrar el motivo de la actuación del autor para afirmar el dolo de éste. Cfr. las posturas recogidas en HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 78 ss.

⁹⁵Cfr. *supra* III.2 y XVII.2.B.

superiores a los beneficios que pudiera haber obtenido con la cantidad de dinero que querías sustraer a la víctima.

Otro problema de este punto de vista viene dado por la duda sobre si la irracionalidad debe ser determinada con carácter general o *ex post*. Así, por ejemplo, conducir a grandes velocidades para no llegar tarde a una fiesta puede ser visto *ex post* como un medio totalmente irracional para conseguir ese objetivo si el accidente efectivamente se produce; pero si el conductor tiene buena suerte y consigue llegar a tiempo porque no se ha cruzado con ningún otro coche por el camino, ya no parece que la forma en que ha conducido siga pareciendo tan irracional, pues, de hecho, le ha servido para alcanzar su objetivo. El criterio de la racionalidad es, por tanto, un criterio voluble, en la medida en que las apreciaciones que de él se derivan pueden ser muy distintas en función de datos como el efectivo acaecimiento del resultado, un factor del que, sin embargo, no parece posible extraer ninguna conclusión que permita establecer el grado de consciencia con que ha actuado un sujeto. Por todo ello, tal criterio no parece estar en condiciones de suministrar pautas firmes para imputar o dejar de imputar conocimientos. Por contra, tales pautas sí se aportan de modo mucho más convincente con las reglas expresadas en los apartados anteriores.

La jurisprudencia del BGH alemán, en el caso concreto del delito de homicidio, emplea para la afirmación del dolo un criterio que plantea ciertas semejanzas al de la irracionalidad de los medios empleados. Así, cuando dicho Tribunal no encuentra un motivo comprensible, o un interés personal, para explicar por qué un sujeto ha dado muerte a otra persona, suele negar que éste haya actuado con dolo de homicidio, pues entiende que ante toda muerte ajena existe una elevada barrera inhibitoria ("Hemmschwelle") que no se puede considerar traspasada más que en aquellos casos en que sea posible encontrar un motivo claro por el cual el sujeto haya querido causar la muerte de la víctima⁹⁶. Cuando no sea posible encontrar tal motivo, entiende el BGH que sólo podrá afirmarse la existencia de un dolo de puesta en peli-

⁹⁶Cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 135 y OTTO, "Der Vorsatz", *Jura*, 1996, p. 473.

gro, pues faltarán datos que hagan posible entender que el sujeto se resignó o aprobó la producción del resultado⁹⁷.

El ya de por sí discutible planteamiento de este Tribunal (exigencia del cuestionable elemento volitivo del “aprobar” o el “resignarse”) lo es aun más si se tiene en cuenta que el criterio de la “Hemmschwelle” se hace prevalecer en la práctica a *exteriorizaciones* evidentes del conocimiento o al dato de que la acción que lleva a cabo el sujeto tiene socialmente el inequívoco carácter de *especialmente apta* para producir un determinado resultado⁹⁸. Con este criterio, conductas que desde el punto de vista social tienen el carácter de *especialmente aptas* para producir un resultado de muerte no reciben la pena prevista para el homicidio doloso, simplemente porque no es posible encontrar un motivo por el que el autor haya provocado la muerte de otra persona⁹⁹.

Otro criterio totalmente superfluo para la imputación del conocimiento es aquél que se basa en la idea según la cual, el hecho de que durante la realización del tipo el autor haya puesto en peligro intereses propios es un impor-

⁹⁷Sobre la teoría de la “Hemmschwelle”, cfr. SCHROEDER, *LK*, § 16, n° marg. 92; SCHUMANN, “Zur Wiederbelebung des ‘voluntativen’ Vorsatzelement durch den BGH”, *JZ*, 1989, p. 429, con abundantes referencias jurisprudenciales; PUPPE, “Der Logik der Hemmschwellentheorie des BGH”, *NStZ*, 1992, p. 576 ss y LA MISMA, *NK*, § 15, n° marg. 130 y n° marg. 135-138; ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 73-74.

⁹⁸Cfr. los ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana por ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 74. Abundantes referencias jurisprudenciales sobre la cuestión en CRAMER, *S/S*, § 15, n° marg. 87. Crítico con la teoría en general, a la que califica de “vaga”, OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, p. 80 (nota 34). El mismo OTTO, *Jura*, 1996, p. 474, reprocha a la teoría de la “Hemmschwelle” que acabe llevando a soluciones distintas en casos idénticos desde el punto de vista fáctico. En el sentido de esta última crítica son especialmente interesantes las consideraciones de BRAMMSEN, “Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes — Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?”, *JZ*, 1989, p. 77. Igualmente crítico, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637.

⁹⁹MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 70, reprocha al planteamiento de la “Hemmschwelle” que suponga “un cuestionable premio a la predisposición del autor a la eliminación mental”, aunque lo cierto es que esta teoría se refiere, ante todo, al (pretendido) elemento volitivo del dolo eventual. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 74, entiende que esta construcción jurisprudencial “va demasiado lejos en aquellos casos en que el autor somete conscientemente a su víctima a un peligro extremo sin que se aprecien circunstancias que puedan dar pie a una confianza en el no-acaecimiento del resultado”.