

La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo

(Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995.

Ponente Sr. Delgado García*)

RAMON RAGUÉS VALLÈS
Profesor de Derecho penal

Universitat Pompeu Fabra**
(Barcelona)

I

1. Las acusadas, Josefa B.M. y Soledad N.B., madre e hija, convivían con una niña de dieciocho meses, Zuleica, hija de esta última. Ambas acusadas sometían a la pequeña a frecuentes malos tratos, consistentes en gri-

(*) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán); CGPJ: *Consejo General del Poder Judicial*; CP: *Código Penal*; FS: *Festschrift*; JuS: *Juristische Schulung*; GA: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*; NK: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1ª ed., 1995 (citado por parágrafo y marginal); SK: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995; StGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); STS: Sentencia del Tribunal Supremo español; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

(**) La realización del presente trabajo se enmarca en el Proyecto PB95-0988 financiado por la DGES del Ministerio de Educación y Cultura. Algunas de las ideas que se exponen en este artículo (concluido en otoño de 1996) han sido desarrolladas de forma más completa en mi tesis doctoral *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, defendida en septiembre de 1998.

tos e insultos, además de golpes en aquellas partes del cuerpo que más dificultosa hiciera su detección por parte de las autoridades. De hecho, Soledad ya había sido privada de la patria potestad y custodia de otra hija, debido a los malos tratos a que también la había sometido.

Entre el 20 y 23 de marzo de 1994, al dar de comer Soledad a su hija Zuleica con una cuchara grande o sopera, apretó la misma contra la lengua de la niña, produciéndole una herida inciso contusa de grandes dimensiones que, con una profundidad máxima de 0,5 cm., se extendía de lado a lado de la lengua a la altura del primer tercio de la misma, así como heridas en el istmo de las fauces, decidiendo no acudir al médico por temor a ser privada igualmente de la custodia de su segunda hija. Tales heridas, que producían a la niña intensos dolores, así como frecuentes y abundantes hemorragias cuando comía, fueron ocultadas por las procesadas a la enfermera y educadora familiar que acudieron al domicilio de aquéllas el día 23.

Así las cosas, el 28 del mismo mes de marzo, la abuela Josefa comenzó a dar de comer a la niña, dejando que continuara su hija Soledad cuando vio que la pequeña rehusaba la alimentación con arcadas y vómitos de comida y sangre. Soledad reanudó la tarea sujetando la boca de Zuleica y metiendo la cuchara por la fuerza, despreciando la evidencia de las fuertes hemorragias que se manifestaban en los vómitos de la niña, así como los riesgos claros de atragantamiento. Las procesadas, al ver los espasmos de la pequeña y la ausencia de respiración, intentaron varias maniobras de reanimación que resultaron inútiles, por lo que inmediatamente salieron hacia el ambulatorio de la Seguridad Social en un taxi. Cuando llegaron, Zuleica había ya padecido una parada respiratoria irreversible debida a asfixia por aspiración de sangre procedente del istmo de las fauces en el árbol respiratorio. La autopsia practicada a la niña reveló señales de numerosos golpes en la cabeza.

2. La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 3 de marzo de 1995, condenó a las acusadas Soledad y Josefa como autoras de un delito de lesiones del artículo 425 del Código Penal de 1973 (malos tratos habituales), con la agravante de alevosía, a la pena de cinco meses de arresto mayor, y de otro delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte (art. 565 CP1973) a la pena de cuatro años de prisión menor, absolviéndolas del delito de parricidio doloso del cual venían acusadas por el Ministerio Fiscal. Dicho Ministerio recurrió en casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, alegando aplicación indebida del artículo 565 CP e inaplicación del 405 CP, por entender que debió condenarse a las acusadas en tanto que autoras de un delito de parricidio cometido con dolo eventual y no de imprudencia temeraria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de noviembre de 1995 (ponente Sr. Delgado García), desestimó dicho recurso, confirmando el pronunciamiento de la Audiencia. No obstante, se emitió voto particular por parte del Magistrado Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, al cual se adhi-

rió el Sr. Montero Fernández-Cid, entendiendo ambos que debió haberse estimado el recurso del Ministerio Fiscal.

II

3. El presente trabajo va a centrarse en el análisis de la cuestión que ocupó por entero el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, así como la subsiguiente sentencia del Tribunal Supremo, incluido el voto particular que acompaña a ésta. Dicha cuestión no es otra que la relativa al tipo subjetivo del delito de parricidio del que fueron declaradas culpables ambas procesadas. Se deja por tanto de lado el estudio de otras cuestiones no exentas de interés, como pueden ser la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía en el delito de malos tratos -con el siempre espinoso tema de la alevosía ante víctimas *per se* indefensas- o la consideración de la abuela como también autora de la muerte de la niña, lo que llevaría a entrar en el terreno de la autoría o la participación omisivas (1).

Nos encontramos, sin duda, ante un auténtico caso-límite por lo que respecta al deslinde entre el ámbito propio del dolo eventual y el de la culpa consciente. Las difusas fronteras que separan ambas figuras desempeñan en este supuesto un papel de especial importancia, pues la pena a aplicar en caso de apreciarse dolo eventual sería la del parricidio doloso (art. 405 CP1973, reclusión mayor, es decir, privación de libertad de veinte años y un día a treinta años), mientras que, de apreciarse culpa, el consiguiente parricidio imprudente, comportaría una pena sensiblemente inferior (prisión menor -privación libertad de seis meses y un día a seis años- en el Código de 1973 que, en el caso concreto, la Audiencia acabó fijando en cuatro años). La precisión de dichos límites es, por tanto, una cuestión de primer orden para la resolución de este supuesto, cuestión que, como se expresa en el voto particular, conviene analizar a la luz de las más recientes posturas doctrinales sobre la materia (2).

(1) Probablemente, la conveniencia de los pronunciamientos de la Audiencia Provincial para los intereses de la defensa llevaron a ésta a renunciar a la interposición de recurso. No obstante, la declaración como autora de la abuela, sólo puede fundamentarse con base en una posición de garante, ya que el hecho que parece determinante para la producción de la asfixia mortal, es decir, el acto de ejercer «violentas maniobras para vencer la resistencia de la niña», sujetando su boca y metiendo la cuchara por la fuerza, lo llevó a cabo únicamente la madre. Tan sólo en el voto particular se entra de pasada en la cuestión, afirmándose (FJ 4.^o) que «ambas procesadas que estaban constituidas en garantes, no sólo ocultaron tales lesiones a la enfermera, sino que no llevaron a la niña al médico para que fuera debidamente atendida ...».

(2) Afirma el voto particular, que «debe proclamarse una vez más la utilidad práctica de las diferentes categorías doctrinales y de las diversas fórmulas y criterios de diferenciación entre el dolo eventual y la culpa aportados por la dogmática germánica y por la propia doctrina científica española, en cuanto iluminan y destacan las diferencias de las valoraciones de las actuaciones en función del previsible resultado».

Lo fronterizo del caso se hace patente en la elevada pena impuesta por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Supremo, que entiende justificada la sanción en cuestión -cuatro años de prisión menor por un delito imprudente, algo nada habitual en la práctica judicial- «pues los habituales malos tratos de la niña a manos de su madre y abuela, uno de los cuales fue el hecho de autos que produjo la muerte no querida de ésta, merecen un grave reproche social acorde con la pena impuesta». Este argumento no parece de recibo, pues justifica con los malos tratos habituales que se infligían a la niña la elevada pena que se impone como consecuencia del delito imprudente. Los malos tratos se castigaron independientemente en la resolución de la Audiencia, sin haber sido objeto de recurso, y no pueden justificar, en modo alguno, la elevada pena del parricidio imprudente, pues la gravedad de cualquier hecho típico debe fundamentarse en las circunstancias disvaliosas de éste, y no en actuaciones anteriores del sujeto que, además, en este caso ni siquiera se materializaron en el resultado, pues nada tuvieron que ver los golpes en la cabeza detectados a la pequeña en la autopsia con el resultado final de muerte por asfixia.

Es posible que pueda encontrarse la explicación de lo elevado de la pena, en que la Audiencia, al encontrarse ante un caso realmente fronterizo entre imprudencia y dolo eventual, optara por buscar dentro de los marcos penales una suerte de penalidad intermedia. A buen seguro, para dicho tribunal los hechos no merecían ni una pena tan grave como la del parricidio doloso, ni una tan leve como las que se imponen usualmente por delitos imprudentes, pero, obligado a optar entre uno de los dos títulos de imputación, se inclinó por imponer la pena de los segundos en su franja alta (3).

4. La sentencia adopta, como punto de partida para el examen de la tipicidad subjetiva de los hechos, la idea de que «las dos conocidas teorías de la representación y del consentimiento y sus derivadas no han de ser consideradas como opuestas o irreconciliables entre sí». Las teorías de la representación y la del consentimiento son las dos principales posiciones

(3) De hecho, algunos autores han postulado la creación de un título de imputación con penalidad intermedia entre el dolo y la imprudencia para rellenar valorativamente el salto de pena que se da entre ambas figuras. (Cfr. PUPPE, NK, § 15.8 ss). La exclusiva mención del legislador, en los arts. 1 del CP1973 y 10 del CP1995, a dolo e imprudencia como títulos de imputación subjetiva, hace que la aplicación de dicho *tertium genus* no pase de ser una mera consideración de *lege ferenda*, sostenida también en Alemania por SCHÜNEMANN en «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», GA, 1985, pp. 341-380. Otras opciones apuntadas, como el castigo del dolo eventual con la pena de los delitos dolosos atenuada mediante la aplicación de la circunstancia del art. 9.4 CP1973, que nunca fueron mayoritarias, han quedado definitivamente descartadas al desaparecer dicha circunstancia en el CP1995. Cfr., al respecto, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3ªed., Barcelona, 1990, p. 687 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. a cargo de H. HORMAZÁBAL, Barcelona, 1994, pp. 290-291.

doctrinales que en el último siglo se han sustentado para la definición del dolo eventual. La primera afirma la concurrencia de dolo cuando el sujeto actúa representándose como probable o como posible, según los autores, el acaecimiento del resultado. La segunda, en cambio, exige algo más que la mera representación, por entender que lo propio del dolo es la voluntad del sujeto de realizar el tipo penal. Dado que la presencia de dicha voluntad no es demasiado evidente en muchos casos, se recurre a otros elementos de corte pretendidamente volitivo, como pueden ser la conformidad, aprobación o incluso indiferencia del sujeto con respecto al carácter típico de su conducta (4).

Tradicionalmente ambas teorías han sido entendidas como antagónicas, aunque en este caso el Tribunal Supremo pretende dotar a ambas de un denominador común. El argumento esgrimido a este respecto en la sentencia, esto es, para sostener la posibilidad de aplicar indistinta o, incluso, conjuntamente, cualquiera de las dos anteriores teorías, es cuando menos chocante, al afirmarse literalmente que dicha compatibilidad se debe a que «ambas nos proporcionan pistas acumulables para poder detectar en el caso concreto si nos hallamos ante uno u otro supuesto», es decir, ante dolo o imprudencia. Así, se afirma que la primera teoría -la de la representación- nos proporciona el dato de la probabilidad del resultado y, constatado éste, la segunda teoría -la del consentimiento- nos suministra el elemento volitivo, a obtener mediante prueba indiciaria: el consentimiento o aceptación del eventual resultado por parte del autor.

Sin perjuicio de que ambas teorías en muchos casos puedan acabar conduciendo a soluciones idénticas, no parece nada claro que, desde un punto de vista conceptual, sean compatibles. De hecho, los autores que se adhieren a una de ellas rechazan la otra. Por otra parte, debe estimarse incorrecto afirmar que ambas teorías nos proporcionan meras «pistas» para poder decantar la balanza entre dolo eventual o culpa consciente en cada caso concreto. Tanto la mayor parte de las llamadas teorías volitivas -donde se inscribe la teoría del consentimiento- como de las denominadas cognitivas -donde se inserta la teoría de la representación- lo que pretenden es aportar un concepto de dolo eventual, no meras «pistas» para encontrar no se sabe muy bien qué. En todo caso, cabría considerar «pistas» los indicios objetivos a partir de los cuales el Tribunal deduce la

(4) Una de las críticas que tradicionalmente se ha dirigido contra las teorías que exigen un elemento volitivo para el dolo consiste en poner en evidencia cómo, cuando estas teorías pretenden definir el dolo eventual, no utilizan conceptos verdaderamente volitivos sino, a decir de PUPPE, «sucedáneos de voluntad» (*Willenssurrogate*) o «juegos de asociación de palabras» como aprobar, consentir, conformarse o mostrarse indiferente. Cfr. PUPPE, NK, § 15.30. Por su parte, JAKOBS considera que dichos conceptos no son más que «florituras retóricas» con dudosa existencia práctica. JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1995, p. 325.

representación y voluntad del acusado, pero no estos conceptos en sí mismos. Si, por ejemplo, el consentir es una mera «pista» para constatar la existencia de dolo eventual, ¿en qué consiste esta modalidad de dolo? Simple «pista» lo sería, dado el caso, afirmar que en el supuesto concreto un sujeto consintió el acaecimiento del resultado porque no hizo nada para evitar la muerte de la persona que agonizaba ante sus ojos. La «pista» es la conducta externa del sujeto; si ésta nos lleva a afirmar que el autor consintió -y se parte de la teoría del consentimiento- deberemos afirmar dolo eventual, algo muy distinto a decir que el consentimiento en cuestión nos da una «pista» para ver si, ulteriormente y no se sabe con qué criterios, concurre o no dicha modalidad de dolo. La pista, por su mismo nombre -«señal que queda del paso de alguien por un sitio» (5)-, debe ser algo objetivo, aprehensible por los sentidos, cualidad que no puede predicarse ni del conocimiento ni tampoco de la voluntad.

5. Continuando con su argumentación, la ponencia dice inclinarse por las denominadas «fórmulas mixtas» para resolver los límites del dolo eventual, es decir, aquéllas que toman elementos conceptuales (no «pistas») de la teoría de la probabilidad y de la teoría del consentimiento: la previsión del resultado como probable y la aceptación, aprobación o conformidad del sujeto ante dicha probabilidad (6). A continuación se desglosan los requisitos que deben concurrir, según dicha teoría, para poder apreciar dolo eventual y éstos son aplicados al caso:

1.º *Previsión del resultado*: el autor debe representarse la posibilidad de que acaezca el resultado típico, en este caso la muerte de la niña. Es éste un elemento común al dolo eventual y a la culpa consciente. Según la sentencia, del análisis de los hechos probados no es ni tan sólo posible extraer con seguridad que el día de autos madre y abuela llegaron a representarse dicha posibilidad: no era la primera vez que la niña se atragantaba y vomitaba y, además, llevaba varios días con heridas en la boca y recibiendo la comida por la fuerza. «Parece lógico pensar que Soledad y Josefa creyeran que la niña acabaría comiendo como en ocasiones anteriores, aunque se atragantara y llegara incluso a vomitar sangre. Pudieron

(5) MARÍA MOLINER, *Diccionario del uso del español*, Madrid, 1992.

(6) La «fórmula mixta» en cuestión viene a coincidir con la definición propugnada por JESCHECK, hoy dominante en Alemania, según la cual «dolo eventual significa que el autor toma seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella». JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., Berlín, 1996, p. 299. Ésta es la teoría que, como regla general, sigue el Tribunal Federal Alemán: «... el autor actúa dolosamente cuando reconoce como posible, y no como completamente remoto, el acaecimiento del resultado típico, de modo que por ello se entiende que se conforma con la realización del tipo o que por lo menos se resigna a ella (...) La imprudencia consciente se da cuando el autor no está de acuerdo con la posibilidad de realización del tipo, reconocida como posible y, seriamente, no sólo vagamente, confía en que el resultado típico no acaecerá» (BGHSt 36,1, pp. 9-10). En sentido crítico, PUPPE, NK, § 15.51 ss.

prever el hecho de que una vez más volviera a atragantarse, pero no el que de ahí pudiera derivarse el fallecimiento, como lo avalaba la experiencia de esas otras ocasiones inmediatamente anteriores en las mismas circunstancias». Concluye la ponencia que ni tan siquiera cabe afirmar con rotundidad la existencia de culpa consciente, pues ésta también requiere representación de la posibilidad.

2.º *Previsión del resultado como probable*: «tomárselo en serio», especifica la sentencia parafraseando a Jescheck (7). No basta pues con la probabilidad objetiva, según reglas de experiencia, de que de semejante conducta se derive el resultado, sino que es necesario que se aventure un pronóstico en la mente del autor, aun cuando, se añade, no está claro en qué concreto grado de probabilidad debe representarse el acaecimiento del resultado (8). En este caso es evidente que, tras haberse puesto en duda que las acusadas llegaran a representarse la posibilidad del resultado, el Tribunal entiende que no se produjo la representación de éste como probable, utilizando de nuevo el argumento de las experiencias anteriores: ya otras veces habían alimentado de esta manera a la niña y no había pasado nada.

3.º *Consentimiento*: literalmente, según el Tribunal, «que sobre el resultado que aparece como probable en la mente del sujeto, intervenga de algún modo la voluntad, aceptándolo, aprobándolo o conformándose con él». Respecto al caso concreto, se expresa que «lo que afirmamos con seguridad es que no hubo en ningún momento intervención de la voluntad de alguna de las acusadas respecto de ese resultado de muerte». El Tribunal deduce la ausencia de dicho elemento del hecho que las acusadas realizaran «inmediatas maniobras de reanimación y luego acudieron al lugar donde creían que podían prestarse los auxilios médicos que impedirían el que se consumara un resultado que nunca quisieron». Concluye el Tribunal afirmando que las acusadas no se conformaron con el fallecimiento, sino que en todo momento trataron de evitarlo.

No existe demasiada certeza, ya no en esta sentencia sino tampoco en las mismas fuentes doctrinales, sobre cómo debe configurarse el consentimiento, ni cómo puede desligarse de la actitud interna del sujeto -entendida como que éste observe el resultado con agrado o disgusto-, algo que

(7) JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 300: «tomar en serio el peligro significa que el autor estima el riesgo de realización del resultado como relativamente alto».

(8) Una de las críticas por excelencia contra las teorías que exigen para el dolo eventual la representación del resultado como probable por parte del autor es que no especifiquen qué grado de probabilidad, en terminos porcentuales, debe representarse éste. (Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 247). Sin embargo, otros autores replican que los términos «probable-improbable» se utilizan habitualmente en el lenguaje cotidiano sin que su uso responda necesariamente a un previo cálculo de porcentajes numéricos. «La palabra “montón” tiene un sentido y es posible utilizarla aunque nadie pueda responder a la pregunta de cuántos granos hacen un montón», afirma PUPPE, NK, § 15.75.

en principio se rechaza como elemento de la imputación subjetiva, por considerarse impropio de un Derecho penal del hecho (9). Además, la autonomía conceptual de dicho consentimiento se pone en duda cuando el principal indicio para su inferencia práctica no es otro que la representación del resultado como probable por parte del sujeto: cuando alguien entiende como probable que a consecuencia de su actuación se pueda derivar un resultado lesivo y ello no le impide actuar, el sujeto en cuestión está consintiendo en que dicho resultado se produzca (10). Igualmente, el momento en que se consiente debe tomarse en cuenta no cuando ya el resultado es inevitable, como en este caso, sino en el momento en que el sujeto es consciente del riesgo que está creando para el bien jurídico. El comportamiento de las acusadas dirigido a tratar de evitar la realización del riesgo en el resultado se da cuando dicha realización es ya algo irreversible y, todo lo más, puede fundamentar la aplicación a éstas de la circunstancia de arrepentimiento, pero no excluir automáticamente el dolo, pues la concurrencia de sus elementos debe acreditarse en el momento de realización de la conducta típica (11).

(9) Si bien el requisito del consentimiento en su origen (*fórmula de Frank*) se basaba en la actitud interna del sujeto ante el resultado, las constantes críticas recibidas por esta postura han llevado a los autores que defienden teorías de corte volitivo a buscar una cierta neutralización de dicho elemento, aportando expresiones más asépticas desde el punto de vista emocional, como «conformarse» o «aprobar en sentido jurídico». Buena parte de la doctrina pone en duda la viabilidad de estas teorías, entre otras cosas porque, si se vacía de emotividad, el consentimiento se acaba afirmando siempre que el autor actúa en conocimiento de la probable producción del resultado. Cfr. PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 6 ss., KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 402, para quien el tránsito del dolo de la culpabilidad al injusto debe comportar la depuración de los elementos emocionales.

(10) Según JAKOBS, aquellos autores que propugnan teorías de la actitud, (es decir, teorías que incluyen elementos volitivos como el consentimiento o la aprobación), deduciendo siempre dicha actitud de la concurrencia del elemento de representación y de la decisión del sujeto de actuar, «apuntan a una delimitación intelectual vergonzante, y son idénticas, salvo en lo referido al proceso de fundamentación, a la aquí representada», es decir, a la teoría de la probabilidad, a la que, con variantes, se adhiere este autor, para quien, de todos modos, semejante proceder es en definitiva «inocuo». JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331. En una línea parecida van las críticas formuladas por GIMBERNAT a la tradicional Jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo; cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida», en *ADPCP*, 1990, pp. 421-430. Según entiende HRUSCHKA, el hecho de que siempre que el autor conoce las circunstancias típicas de su acción se afirme que éste quiso la realización típica cuando actuó, es algo que no puede quedar en el ámbito de la prueba forense del pretendido elemento volitivo del dolo, sino que necesariamente tiene que repercutir en el concepto, Cfr. HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en *Strafverfahren im Rechtsstaat. Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 193.

(11) CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre dolo e imprudencia», *ADPCP*, 1985, p. 974.

6. El voto particular emitido por el Magistrado Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, al que se adhiere el Sr. Montero Fernández-Cid, llega a la conclusión de que sí concurría en este caso dolo eventual y, por tanto, las acusadas debieron haber sido condenadas como autoras de un parricidio doloso del artículo 405 CP1973, aunque admite «las dificultades para la fijación de forma nítida de una línea diferencial y divisoria entre ambas formas de culpabilidad».

El voto particular cita diversas teorías sobre el dolo eventual, poniendo especial énfasis en la teoría de la probabilidad, ya acogida en algunas resoluciones anteriores por el Tribunal Supremo (12). Según esta doctrina, «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró de la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado»: el dolo eventual no se excluye con la esperanza de que no acaecerá el resultado o cuando el autor toma medidas poco serias para eliminar un peligro que conoce como tal (13). En definitiva, se entiende que concurre dolo eventual cuando se acomete una acción a sabiendas de que es probable que a consecuencia de ésta se derive el resultado típico, postura que debe encuadrarse entre las llamadas teorías cognitivas, es decir, aquellas que prescinden de cualquier elemento volitivo para deslindar dolo de imprudencia.

Con todo, la posición que acoge el voto particular no se encuentra en absoluto alejada de la empleada por la mayoría, quien exigía expresamente el requisito del consentimiento, además del de la representación de la probabilidad. En la práctica, el consentimiento se suele estimar existente cuando el sujeto no ha dejado de actuar pese a juzgar probable el acaecimiento del resultado, dado que, como se afirma en el mismo voto particular, el Tribunal Supremo ha seguido manteniendo la teoría del consentimiento, si bien en algunos casos presumiéndolo «desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción». De hecho, el voto particular habla de «ratificación» del resultado cuando se da esta situación (expresión tomada de la STS 23 de abril de 1992, «caso de la colza») y, aunque dota a la expresión de un significado meramente normativo, sus fronteras con el «aprobar en sentido jurídico» son difusas. En definitiva, no parece descabellado afirmar que en este supuesto el punto clave es la representación (o no) del resultado como probable por parte de las autoras y, de haber existido consenso en este extremo, las soluciones no podían haber distado mucho entre sí, pese a ser nominalmente distintas las teorías que manejan mayoría y voto particular.

(12) Entre otras, el Tribunal Supremo acoge la teorías de corte meramente cognitivo en las SSTs de 23 de abril 1992 («caso de la colza»), 28 de enero 1994, 16 de septiembre de 1994 y 5 de mayo de 1995. Sobre las teorías del dolo eventual aplicadas en tiempos recientes por el Tribunal Supremo, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 323 ss.

(13) Cfr. la STS 27 de diciembre de 1982, que resuelve el llamado «caso Bultó».

Después de este despliegue de argumentación doctrinal, los magistrados disidentes proceden a fundamentar la que habría sido su resolución del caso: las procesadas conocían la gravedad de las lesiones causadas días antes a la niña, pese a lo cual optaron por no ponerla en manos de personal sanitario y, siendo conscientes de que dichas heridas le impedirían ingerir alimentos sólidos, pretendieron dar de comer a la pequeña Zuleica sujetándole la boca y metiendo en ella la cuchara por la fuerza, lo que condujo al proceso de asfixia. Cuando intentaron llevar a la niña a algún centro de asistencia, «el delito ya se había consumado y entonces aparecen unas maniobras que expresan con toda claridad un arrepentimiento *post factum* que no se niega, pero que resultó ineficaz en la retirada o marcha atrás del camino del resultado». Por todo ello, se prosigue, «el caso habla por sí mismo (*res ipsa loquitur*), y ambas procesadas tomaron en serio la posibilidad e incluso la probabilidad de que el grave resultado se produjera, o lo que es lo mismo, no lo descartaron en su producción y contaron con tal posibilidad conformándose con ello, al menos resignándose ante el probable resultado. Tales agentes comisoras tuvieron que representarse de manera necesaria lo grave de su modo de actuar y las consecuencias que de tal actuación podían derivarse (...) Ha de reputarse dolosa la conducta, porque el conocimiento del peligro propio de la acción que supera el límite del riesgo permitido es suficiente para teñir de doloso un comportamiento, ya que se somete a la víctima a situaciones peligrosas que no se tiene la seguridad de controlar, aunque no se persiga el resultado típico». Los magistrados firmantes del voto particular, en consecuencia, habrían optado por estimar el recurso del Ministerio Fiscal.

III

7. La ya centenaria disputa sobre los límites entre el dolo y la imprudencia es, sin lugar a dudas, uno de los temas que más ríos de tinta ha hecho correr entre la dogmática jurídico-penal, tanto en España como en el Derecho comparado. Sin embargo, y pese a la multitud de teorías esbozadas hasta la fecha de hoy, aún parece estarse lejos de encontrar soluciones incontrovertidas para supuestos como el que nos ocupa (14). La casi totalidad de la doctrina ha centrado sus esfuerzos en tratar de aportar unos conceptos de dolo e imprudencia lo suficientemente diáfanos para permitir su aplicación práctica, pero todo parece indicar que en la mayoría de los casos no se ha alcanzado el objetivo. En la presente sentencia, sin ir

(14) Ello lleva a autores como YÜ HSIU HSÜ, quien acomete un estudio comparativo entre las posiciones actuales de la doctrina y las que se sostuvieron en el XXIV Deutscher Juristentag de 1898, a afirmar que en todo este tiempo «no se ha avanzado nada». YÜ HSIU HSÜ, *Bleibendes und Vergängliches in der strafrechtlichen Vorsatzdogmatik*, conferencia inédita pronunciada en la Universitat Pompeu Fabra, junio de 1995, p. 3.

más lejos, tanto ponencia como voto particular emplean teorías prácticamente idénticas, si no en la forma, sí en el fondo, y ello no es óbice para que acaben llegando a conclusiones totalmente opuestas. El núcleo del problema está en que la ponencia considera que las acusadas no se representaron la muerte de la niña como probable, mientras que el voto particular entiende que sí. Desde planteamientos clásicos parece que, a primera vista, estamos ante un problema de libre valoración de la prueba por parte de los miembros del Tribunal. Sin embargo, entender que la solución del caso debe depender de la aplicación de unas vagas máximas de experiencia judicial, lleva a negar la posibilidad de resolverlo de acuerdo con reglas que puedan generalizarse y, además, consagra la inutilidad de los conceptos al uso de dolo eventual y culpa consciente, por ser incapaces por sí solos de resolver el caso con nitidez.

En los últimos años algunos autores están tratando de enfocar el tema de manera distinta, rompiendo con el paradigma tradicional de delimitación dolo-imprudencia como realidades meramente conceptuales y buscando, a la vez, una perspectiva del tipo subjetivo que no olvide las condiciones de aplicabilidad de las categorías dogmáticas que lo integran. En este sentido, un primer paso lo dan las llamadas «Teorías del dolo como decisión contra el bien jurídico», formuladas por autores que conciben el dolo como un concepto con base fundamentalmente normativa, lo que *a priori* debería facilitar su aplicación. En la práctica, sin embargo, estos autores acaban reincidiendo en los puntos débiles de las teorías tradicionales, porque no les queda otro remedio que mantener la representación y la voluntad, entendidas como algo «que se desarrolla en la esfera más íntima del sujeto», como puntos clave para apreciar la «decisión de aquél contra el bien jurídico», ya que dicha expresión por sí sola puede ser un criterio válido para justificar la acentuada punibilidad del dolo con respecto a la imprudencia, pero no para dar una explicación de cuándo concurre o no dolo en un caso concreto (15).

De entre las más recientes aportaciones merece la pena destacar dos, tanto por su rigor teórico como también por representar dos puntos de vista radicalmente contrapuestos para intentar solucionar el problema que

(15) Dentro de la teoría del dolo como decisión contra el bien jurídico puede incluirse a autores como ROXIN, HASSEMER o SCHROTH en Alemania y DÍAZ PITA en España. La vaguedad de la expresión «decisión contra el bien jurídico» obliga a los autores que la postulan a dar criterios más concretos para poder aplicarla. Sin embargo, dichos criterios no difieren de los aportados por las teorías tradicionales, básicamente, representación y voluntad. Así, ROXIN se acaba decantando por el «tomar en serio», HASSEMER por la voluntad y la representación y DÍAZ PITA, por su parte, requiere que el sujeto aprehenda correctamente la situación y que su objetivo sea la destrucción del bien jurídico o bien, que ésta sea una consecuencia irrenunciable de su fin último. Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Múnich, 1994, p. 359; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», trad. DÍAZ PITA, en *ADPCP*, 1990, p. 917; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321.

nos ocupa: la de Walter Kargl, en su obra de 1993 *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie* («El dolo jurídico penal sobre la base de la teoría cognitiva de la acción») y la de Ingeborg Puppe en su monografía *Vorsatz und Zurechnung* («Dolo e imputación») de 1992, así como en su comentario al párrafo 15 del Código Penal alemán en la edición de Nomos Kommentar. En ambos estudios, aunque desde perspectivas muy distintas, se pretende ir más allá de la mera elaboración conceptual y se tienen en cuenta las condiciones de aplicación del concepto de dolo.

8. El trabajo de Kargl es, sin duda, el más notable intento en los últimos tiempos de fundamentar el contenido del dolo tomando como punto de referencia la realidad psíquica del sujeto. Como no duda en afirmar en el prólogo de su obra, «en ningún otro ámbito de la dogmática jurídico-penal, la voluntad de normativizar ha despreciado tan a conciencia la perspectiva del autor como en el ámbito del dolo» (16). Este desprecio es algo que el Derecho penal no se puede permitir si realmente pretende satisfacer necesidades preventivas, pues un Derecho penal que prescindiera del referente individual, según Kargl, está renunciando a cualquier finalidad de orden preventivo y se degrada hasta el punto de convertirse en un mero instrumento de retribución del hecho: parafraseando a Klaus Sessar, «¿por qué debería alguien que en su entendimiento no quería matar y, por tanto, no ha actuado dolosamente, aprender a no matar dolosamente con la ayuda de la pena?» (17). No puede postularse, entiende Kargl, un Derecho penal preventivo que ignore la realidad psíquica del sujeto en el momento de comisión de los hechos.

El punto de partida de *Der strafrechtliche Vorsatz* son las investigaciones del psiquiatra forense Reinhart Lempp, quien en 1977 publicó un trabajo consistente en el análisis del comportamiento de 80 jóvenes condenados por homicidio (18). Según este autor, en tan sólo 18 de los 80 casos podía afirmarse a ciencia cierta que el autor hubiera querido realmente matar a la víctima, mientras que en los otros casos, Lempp entiende que se produjo por parte del autor una «ocultación del crimen frente a sí mismo» (19). Sin embargo, las fórmulas utilizadas por la dogmática penal para fundamentar el dolo ignoran completamente esta realidad, y tan sólo buscan en el hecho aquellos datos que permiten afirmar la con-

(16) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., 1993, p. 15.

(17) Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 69, cita tomada de SESSAR, *Rechtliche und soziale Probleme einer Definition der Tötungskriminalität*, Friburgo d.B., 1981, p. 216.

(18) El trabajo de LEMPP es *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, 1977.

(19) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 17 ss.

currencia de categorías tan etéreas como el consentimiento del autor, o si éste tomó o no el riesgo en serio. Ya en los interrogatorios al imputado, tanto policiales como judiciales, se ve por parte de las autoridades un interés desmesurado por completar las tradicionales categorías conceptuales del dolo eventual antes que por reconstruir la verdadera realidad psíquica del autor en el momento de los hechos. Lempp concluye su trabajo afirmando que en los casos estudiados «si en el momento el autor se hubiera representado las consecuencias del hecho, no lo habría llevado a cabo. ¿Qué es, sin embargo, lo que le impide representarse en dicho momento las consecuencias? Sin duda, el hecho mismo y su psicodinámica. En cada emoción y en cada agitación están considerablemente restringidos el pensar y la capacidad de pensar, casi hasta su completa supresión. Cuando menos, el intelecto está tan determinado por el acontecer del momento, que ya no son posibles en dicho momento del hecho perspectivas sobre el futuro o reflexiones sobre las posibles consecuencias» (20).

El trabajo de Lempp permite aventurar a Kargl una serie de conclusiones. La primera de ellas es que las instancias de aplicación del Derecho penal actúan en la convicción de que tienen ante sí un sujeto que en el momento del hecho ha procedido de modo totalmente racional: el sujeto aprehende la existencia de un riesgo, calcula las posibilidades de que el resultado acaezca y, en función de dicho cálculo y de sus intereses, decide actuar. Según Kargl, este prototipo no concurre en una gran mayoría de casos, como se ha encargado de demostrar la investigación de Lempp. El supuesto que nos ocupa, analizado en función de los hechos que aporta la sentencia, parece encuadrable dentro de aquellos casos en que Lempp afirma la ocultación del hecho frente a sí mismo por parte del autor. Así, la conducta de las acusadas, con anterioridad y posterioridad al momento de los hechos, hace difícil aseverar que éstas realmente llevaran a cabo los actos que acabaron desembocando en la muerte de la niña siendo conscientes de su verdadera dimensión y consecuencias. Antes del día de autos, no procuraron asistencia médica a la pequeña por temor a que las autoridades acordaran la privación de la patria potestad, lo que parece demostrar que la vida en compañía de la menor era algo de lo que no querían prescindir. Una vez ejecutada la conducta que desencadenaría la muerte por asfixia de la niña, las acusadas intentaron, aunque demasiado tarde, evitar el fatal desenlace, lo que muestra su disconformidad con el resultado y, además, que en el momento anterior posiblemente estuvieran actuando en desacuerdo con sus verdaderas valoraciones respecto a la vida de la pequeña Zuleica.

La segunda cuestión que se plantea Kargl surge al hilo de la tradicional bipartición entre elementos cognitivos y volitivos en las definiciones de dolo. Para dicho autor, no es en absoluto evidente que pueda sostener-

(20) LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 198.

se de un modo tan rotundo dicha separación atendiendo a la realidad psíquica del sujeto, lo que le lleva a preguntarse: «¿existe una acción en conocimiento de la posibilidad de lesión que no sea una lesión voluntaria? O, más breve aún: ¿existe una acción no dolosa pese al conocimiento de la posibilidad de lesión?» (21). Kargl va derivando su argumentación hacia un orden de cosas en que el dolo se asienta sobre el conocimiento del sujeto, lo cual no supone, como podría parecer *a priori*, la creación de un concepto tan amplio de dolo que se extienda hasta el ámbito tradicional de la imprudencia consciente, sino todo lo contrario, pues, desde su punto de vista, en relativamente pocos casos puede afirmarse que el sujeto realmente conoce.

Kargl entiende que la búsqueda de elementos volitivos en el dolo es fruto de concepciones reduccionistas-racionalistas de la cognición. Del mismo modo que no puede existir una voluntad vacía -no se puede querer lo que no se conoce-, tampoco puede existir un conocimiento vacío, es decir, exento de emotividad, valoración o decisión. Como se han encargado de demostrar recientes investigaciones psicológicas, la voluntad y el intelecto no pueden enfrentarse como dos realidades contrapuestas. Buena prueba de ello es, a juicio de Kargl, que el BGH en la mayoría de los casos acabe deduciendo la voluntad que podía sostener un sujeto con respecto a un resultado, a partir del grado de conocimiento que dicho sujeto tenía en el momento de actuar (22).

La noción correcta de conocimiento propugnada por Kargl debe tomarse de la teoría de la lógica emocional (*Affektlogik*) formulada por el suizo Luc Ciompi (23). De las conclusiones de dicha teoría se deduce que las estructuras afectivas e intelectuales del hombre están configuradas de modo completamente común (24): *conocer es querer y querer es conocer*. Para Kargl lo importante es, por tanto, delimitar en qué casos se da el conocimiento adecuado para considerar que el sujeto también quiso algo cuando actuó. Llegado a este punto el autor se inclina por una concepción cercana a los postulados de las teorías de la probabilidad: «Un concepto

(21) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 32.

(22) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 52. A juicio de KARGL existen dos tipos de conocimiento uno práctico y directo que se fundamenta en las experiencias vitales del sujeto y otro reflexionado abstracto e independiente de la situación. El problema de gran parte de las teorías del dolo es que se construyen sobre este segundo género de conocimiento, que difícilmente estará presente en el momento de los hechos. Pero, además, en muchos casos se intenta tomar esta modalidad de conocimiento como indicio clave para derivar ulteriormente la voluntad del sujeto, todo lo cual, desde el punto de vista psicológico, resulta inadmisibile.

(23) CIOMPI, *Affektlogik. Über die Struktur der Psyche und ihre Entwicklung*, 4ª ed., Stuttgart, 1994.

(24) Para una somera exposición de los postulados de la lógica emocional, KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 61 ss, donde se resumen los planteamientos elaborados por CIOMPI.

de conocimiento psicológicamente individualizado y, por tanto, eficiente, debe abarcar aquellos elementos de la representación del peligro en los cuales el autor pueda reconocer su querer o bien su decisión. Un conocimiento de posibilidad no es aquí suficiente. Puesto que en un mundo contingente literalmente todo es posible, se debe ser muy exigente en la (virtual) admisión de aceptaciones responsables sobre la medida del peligro representado. Tales exigencias no se pueden calcular matemáticamente en el caso concreto, lo que tampoco es necesario (...) el peligro debe ser tan elevado que una confianza en el buen desenlace no sería realista. Éste es siempre el caso cuando el autor se encuentra con que la mayoría de motivos habla a favor de que se realice la circunstancia del hecho en cuestión. Por ello, lo probable se califica como en alta medida probable, si desde la perspectiva del autor, o bien, cuando sobre las bases de su conocimiento emocional, son completamente mayoritarios los fundamentos que hablan a favor del mal desenlace del peligro. Sólo en este dolo de probabilidad se auto-reconoce el autor y es, por ello, aceptable desde el punto de vista de prevención especial. Y sólo lo que es eficaz en términos preventivo-especiales tiene una dimensión preventivo-general» (25).

En definitiva, Kargl considera que aquello que mejor encaja con su noción del conocer como elemento necesario para el dolo es que el sujeto se haya representado como altamente probable el acaecimiento del resultado. Las situaciones en que el sujeto actúa por debajo de este nivel de representación devienen casos de imprudencia, aunque este autor sostiene una visión ciertamente peculiar de esta figura en su modalidad consciente: «La imprudencia consciente no puede darse (por ello) bajo condiciones psicológicas normales. Es un fenómeno patológico (...) apreciar en un único comportamiento una determinación a favor y una determinación en contra de la realización del tipo no parece tener sentido, pues, de ser así, se separa el conocer del sentir. Sobre la base de la lógica emocional sólo es plausible una interpretación del acontecimiento: quien es consciente en el instante de decisión de la conducta de la concreta posibilidad de acaecimiento del resultado, se decide por la lesión del bien jurídico. Quien carece de este conocimiento no se decide contra el bien jurídico y actúa como mucho imprudentemente. Actuar pese a conocer es la decisión misma» (26).

La resolución del presente supuesto de hecho con las teorías de Kargl llevaría a considerar que en modo alguno es posible condenar a las acusadas por haber provocado dolosamente la muerte de la víctima, pues parece imposible afirmar que, cuando éstas la forzaron a ingerir comida, llegaran a representarse como altamente probable el resultado de muerte. Además, Kargl otorga una gran importancia a la experiencia vital del suje-

(25) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 69-70.

(26) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 67-68.

to en la fijación del contenido de la representación real de éste, cuestión que en el presente caso sería un motivo más para excluir el dolo, en la medida en que las otras ocasiones en que las acusadas procedieron de idéntica manera el resultado no acaeció. Negado el dolo, no queda claro sin embargo qué decisión debería adoptarse con respecto a la modalidad de imprudencia. Si se entiende que las acusadas actuaron con imprudencia consciente, es decir, que querían a la vez dos realidades mutuamente excluyentes, según el autor, estaremos ante un problema de imputabilidad que, desde luego, de *lege lata*, parece difícil canalizar a través de algún precepto vigente para tener en cuenta las implícitas aminoraciones de culpabilidad. La culpa inconsciente sería otra posibilidad, si se entendiera que las acusadas no llegaron a representarse en absoluto las posibles consecuencias de su actuación.

La teoría de Kargl es elogiada en la medida que expresa la inquietud por intentar conciliar la misión preventiva del Derecho penal con la realidad psíquica del sujeto a quien aquél dirige la amenaza de la pena. Igualmente lo es por fundamentar dicha conciliación en investigaciones empíricas, algo que a menudo olvidan no pocos autores, quienes parten del puro intuicionismo en el análisis de las actitudes de los sujetos ante las prohibiciones penales. Con todo, la realidad que toma por base el autor - los estudios de Lempp sobre el delito de homicidio- no parece suficiente para explicar la globalidad de los comportamientos delictivos y, por tanto, tampoco para aportar un concepto de dolo generalizable. La figura del delincuente racional, que Kargl pone en cuestión, puede ser una *rara avis* en el ámbito de los delitos de homicidio, especialmente cuando la dinámica comisiva de éstos se impregna de connotaciones de tipo pasional, pero no parece que sea posible sostener lo mismo con rotundidad respecto a otros ámbitos de la criminalidad como, por ejemplo, el económico.

Además, aunque sobre el papel Kargl parece equiparar voluntad y conocimiento en un plano en que ambos conceptos se disuelven en una unidad, lo cierto es que el segundo parece tener un papel claramente predominante en la definición de dolo que este autor propugna. Y ello por diversos motivos; el más evidente es, sin duda, que se decante por la teoría de la (elevada) probabilidad, una postura que, desde luego, pone el acento en la cuestión cognitiva: si el sujeto se representó el acaecimiento del resultado típico como altamente probable y, pese a ello, actuó, quiso el resultado. O dicho al revés: el sujeto no pudo no querer el resultado que cuando actuó se representaba como altamente probable (27). Un segundo

(27) De hecho, así lo interpreta YÜ HSÜ HSÜ, para quien la teoría de KARGL parte de una determinada relación entre conocer y querer «para fundamentar que el elemento emocional es inútil»; HSÜ, *Bleibendes und Vergänglichliches*, p. 15. Esta autora reprocha a KARGL la confusión entre voluntad, emotividad y conocimiento pues, según entiende ella, aunque dichos elementos están interrelacionados, no lo están hasta el punto de confundirse.

motivo para justificar este predominio de lo cognoscitivo se debe a que, según Kargl, la voluntad es algo que no puede inferirse aisladamente, pero sí a partir del conocimiento, dato que este autor entiende hasta cierto punto deducible, al afirmar que «si reconocemos que existe una lógica profunda y una lógica superficial del conocimiento que depende de la situación de interacción, entonces parece posible una comunicación parcial con el mundo de experiencias del acusado» (28). Cómo debe llevarse a cabo esta comunicación es algo que queda en el aire, en la medida en que no se afirma expresamente si ésta se debe efectuar mediante una investigación empírica que pretenda escrutar la psique del autor en el momento de los hechos, o si debe realizarse, en tanto que comunicación parcial dependiente de la situación de interacción, a través de las tradicionales máximas de experiencia asentadas sobre la prueba de indicios. La primera opción se antoja de difícil aplicación práctica; la segunda, desvirtúa totalmente las intenciones del autor de no dejar de lado la realidad psíquica del sujeto en la aplicación del Derecho penal. La postura de Kargl resuelve el presente caso en un sentido unívoco, pero su concepto de dolo no parece suficientemente amplio para generalizarlo, a la vez que se plantean serios interrogantes sobre sus condiciones de aplicabilidad (29).

9. El planteamiento de Puppe se erige sobre unas bases completamente opuestas a las de Kargl, desde el momento en que esta autora prescinde en buena medida del fuero interno del sujeto como realidad a la que debe atender el tipo subjetivo y plantea la cuestión del dolo como un problema eminentemente valorativo. Si Kargl exigía para el dolo un alto nivel de representación por parte del sujeto, Puppe se conforma con un contenido de representación mucho menor, lo que no quiere decir que lleve al extremo de formular un concepto objetivo de dolo (30).

Puppe parte de la afirmación de que «es el Derecho y no el autor el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo del cual es consciente dicho autor» (31). Para ello no queda otra solución que diferenciar entre peligros de dolo y peligros de imprudencia. Pero además, Puppe da por buena la idea de que el dolo

(28) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 72.

(29) En sentido similar, EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken*, disertación para obtener el grado de doctor, leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn el día 11 de marzo de 1996, p. 56. Por otra parte, añade PUPPE que tampoco la forma como concibe la realidad del sujeto la lógica emocional puede considerarse incontrovertida y, de hecho, otras muchas teorías psicológicas utilizan planteamientos distintos; PUPPE, NK, § 15.117.

(30) En un sentido similar al de PUPPE ya se pronunció HERZBERG en su trabajo «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes», JuS 1986, p. 249 ss. Para HERZBERG la cuestión clave en el dolo «no depende de si el autor tomó en serio un peligro reconocido, sino de si dicho autor reconoció un peligro a tomar en serio», p. 262.

(31) PUPPE, NK, § 15.61.

equivale a voluntad o a consentimiento, pero en sentido normativo y no psicológico-descriptivo, como lo entienden las teorías tradicionales. Partiendo de ambas premisas, esta autora se propone explicar en qué casos concurre dicha voluntad en sentido normativo. Para ella, «un peligro es peligro de dolo, cuando observado por sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado», o «una estrategia generalmente apropiada para la causación del resultado» (32). En una visión como ésta, la concurrencia de intención por parte del autor sólo es un factor de riesgo más a tener en cuenta para valorar objetivamente si la conducta generadora de peligro da lugar a la estrategia en cuestión: «cuando un buen tirador a una distancia media con un arma bien dirigida dispara sobre una persona con la intención de matar, da lugar a un peligro de dolo, pero no a causa de sus malas intenciones, sino porque apunta a una zona del cuerpo en la que éste es mortalmente vulnerable» (33). Cuando la intención actúa sobre un peligro inadecuado para conseguir la causación del resultado, por mucha voluntad en sentido psicológico-descriptivo que concurre en el fuero interno del autor, no puede afirmarse la existencia de dolo (34).

Pese a tan considerable grado de objetivación, Puppe no prescinde de la representación del autor, pues para ella «sólo se puede hablar de un método para la causación de un resultado cuando según los conocimientos del que lo emplea, la posibilidad de alcanzar el objetivo es relativamente alta. No se puede decir más de modo genérico sobre la cantidad del peligro de dolo y, en especial, no se puede aportar ninguna cuota de probabilidad. Pero esto no es un defecto, puesto que tampoco nosotros juzgamos en los comportamientos prácticos, de cara a alcanzar cualquier objetivo, según cuotas de probabilidad, sino según un método aprendido de cálculo de acuerdo con reglas de experiencia. Si cae en manos del autor una pistola ajena de la que no sabe si es una pistola de gas o un arma de fuego cargada, éste emplea un método para dar muerte si la sostiene ante la cara de su adversario y dispara» (35). De acuerdo con los postulados de

(32) PUPPE, NK, § 15.90 y 91, respectivamente.

(33) PUPPE, NK, § 15.90 y 108. Cfr. también PUPPE en *Vorsatz und Zurechnung*, «Nos deberemos contentar, por tanto, en la determinación general del peligro de dolo, con un criterio normativo. Existe sólo un peligro de dolo cuando los factores conocidos por el autor y causados por él mismo representan una estrategia razonable de causación del resultado», p. 39.

(34) PUPPE, NK, § 15.111. Una de las conclusiones más interesantes a las que llega esta autora es la de negar que exista dolo en casos en que la probabilidad de causación del resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad del sujeto: «el infectado con virus VIH que una única vez mantiene un contacto sexual consentido sin protección, actúa sin duda desconsideradamente en relación a la vida de su pareja, pero no aplica, a la vista de una probabilidad de infección por debajo del 2 por 100, ningún método de homicidio. Por ello no actúa dolosamente, aun cuando estuviera motivado a actuar por la representación de una posibilidad de infección de su pareja», *Vorsatz und Zurechnung*, p. 45. Sin embargo, podría llegar a apreciarse una estrategia de causación si los contactos se repitieran; *ibidem*, p. 46.

(35) PUPPE, NK, § 15.92.

Puppe, sin embargo, el juicio de idoneidad del método de causación no es algo que deba realizar el autor, sino el aplicador jurídico de acuerdo con los conocimientos singulares que el sujeto tiene: «del peligro de realización del tipo por él creado, debe conocer el autor tantos factores como sean necesarios para calificarlo como un peligro de dolo. Pero no necesita valorar el peligro como un método apropiado para la realización del tipo, puesto que ésta es una cuestión jurídica y no fáctica. Debe, en efecto, ser consciente de que existe con carácter general un peligro de realización del tipo. Si le falta por cualquier motivo esta conciencia, se le puede reprochar ceguera ante los hechos, pero no dolo de realización del tipo» (36). En definitiva, «al autor se le imputa la causación de un resultado como intencionada cuando su conducta represente un método idóneo para la causación del resultado bajo las circunstancias por él conocidas o aceptadas» (37).

La teoría de Puppe atenúa en buena medida la importancia de la representación del autor para aseverar la concurrencia de dolo. Por de pronto, en su visión no hace falta que sea este último quien valore si el peligro que está creando es o no un método idóneo para la causación del resultado (peligro de dolo), pues esta valoración corresponde al aplicador jurídico una vez constatado que el autor conocía los factores de riesgo. En el caso que nos ocupa, esta valoración debería resolverse en sentido positivo, pues las acusadas conocían las heridas infligidas a la niña días antes y, en la medida en que ellas mismas le dieron de comer, eran también conscientes de la brutalidad con que la estaban tratando el día de autos, así como de las reacciones de la pequeña ante semejante trato. Pero, sentado esto, ¿debe entenderse el dar de comer forzosamente con una cuchara sopera a una niña con heridas en la boca como un método idóneo de causación de muerte, es decir, como un peligro de dolo? (38). Como afirma Schroth, la teoría de Puppe adolece de indeterminación en la medida en que no en todos los casos es posible consensuar la presencia de dicho peli-

(36) PUPPE, NK, § 15.99. «Aquellos hechos singulares que son condición para que la acción del autor represente la utilización de un método de realización del tipo, es decir, las condiciones singulares de idoneidad del medio, dicho autor sólo debe conocerlas, o bien, representárselas», *Vorsatz und Zurechnung*, p. 48.

(37) PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 66. En este caso debe entenderse «intencionada» como dolosa, en la medida en que PUPPE equipara dolo a voluntad o intención en sentido normativo.

(38) Respecto a situaciones similares a la que nos ocupa, la propia PUPPE se muestra incapaz de dar respuestas concretas: «la peligrosidad para la vida en los malos tratos graves a niños pequeños es a menudo para los legos difícil de estimar. Sin embargo, también existen inequívocas acciones de homicidio. Aquí se ubica el caso del experto luchador de karate que dirigió un golpe con el canto de la mano al occipucio de un niño pequeño, o el caso en que el acusado, en un ataque de rabia, arrojó contra el suelo al niño que lloraba y le dió una patada en la cabeza» (NK, § 15.96). Pero, el caso que nos ocupa, ¿es una acción inequívoca de homicidio?

gro de dolo, además de juzgar al individuo en función de la figura de un hombre medio racional y no analizando su singularidad. La misma autora admite las carencias de su teoría cuando prácticamente reconoce que ésta resuelve con uniformidad la mayoría de supuestos, pero no los casos-límite (39). Pero en éstos, como en el que nos ocupa, también el Juez está obligado a dictar sentencia. Si la posición de Kargl resolvía el caso, aunque de un modo insatisfactorio por hacerlo con un concepto de dolo no generalizable, utilizando los criterios de Puppe ni tan siquiera parece posible alcanzar una solución nítida.

IV

10. Tanto las teorías tradicionales como las más innovadoras han centrado sus esfuerzos en el intento de construir un concepto de dolo capaz de resolver de forma unívoca la totalidad de los casos. Sin embargo, ante hechos como los que nos ocupan, ninguna de ellas parece aportarnos una solución lo bastante convincente, pues una vez enunciado el concepto con el que se va a operar, se plantean graves problemas en el momento de «rellenar» con el *factum* los elementos que lo integran. Siguiendo la línea argumental de la ponencia y del voto particular, la pregunta clave para resolver el presente supuesto radica en si las autoras se representaron como probable o no la muerte de la niña. Hay consenso entre ambas posiciones en que la afirmación del dolo requiere la representación de dicha probabilidad, pero la discrepancia es total cuando se trata de aseverar si dicha representación se dio o no en la realidad. Éste es un problema, se suele afirmar, no de Derecho penal material, sino de Derecho procesal, aunque tampoco desde esta disciplina jurídica se suministran criterios claros para su resolución. Todo ello lleva a que muchos casos parezcan irresolubles y, cuando se acaban resolviendo, su solución se antoja, muy a menudo, arbitraria. El de las condiciones de aplicabilidad de las categorías dogmáticas es un tema que permanece en tierra de nadie, pese a que determina, en igual o mayor medida que otras cuestiones mucho más debatidas, la resolución de los casos.

(39) SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechts-konstituierende Merkmale*, Francfort d.M., 1994, pp. 93-94, se pregunta «¿a partir de cuándo, por ejemplo, un acto de estrangulamiento es una estrategia idónea de homicidio?». A ello replica PUPPE en NK, § 15.95, afirmando que la crítica de SCHROTH «apenas debe tomarse en serio» porque su teoría resuelve de un modo inequívoco la mayoría de casos y, si no se puede pedir más a un concepto del lenguaje de la calle, tampoco cabe hacerlo con un concepto jurídico. En sentido similar a SCHROTH, RUDOLPHI, SK, § 15.5b., quien considera que la distinción entre peligros de dolo y peligros de imprudencia contradice la ley, puesto que la regulación del error de tipo (§ 16 StGB) parte claramente de que los peligros no permitidos exigidos por el delito doloso y por el delito imprudente son idénticos y, por tanto, la diferencia entre dolo e imprudencia debe buscarse en la perspectiva subjetiva del autor.

Desde determinados planteamientos se entiende que, dada la naturaleza subjetiva del dolo, la única vía que permite afirmar o negar la existencia de este elemento del delito es la del estudio psicológico o psiquiátrico del sujeto, con el fin de dilucidar cuál era el estado real de su psique en el preciso momento en que llevó a cabo el hecho delictivo (40). Sin embargo, la práctica cotidiana de los tribunales contradice de modo inequívoco esta postura, siendo el fundamento confesado de dicho proceder la convicción de que el recurso a la psicología es innecesario, aunque también pueda pesar una cierta desconfianza hacia las conclusiones a que podría llevar el recurso a dicha ciencia (41).

Así, el Tribunal Supremo ha afirmado repetidamente que la constatación del dolo del sujeto debe llevarse a cabo a partir de los indicios objetivos presentes en el relato de hechos, por no ser el conocimiento (ni la voluntad) accesible a los sentidos (42). Una primera cuestión a abordar es la de si realmente es posible tener acceso mediante indicios, a menudo débiles y controvertidos, a la auténtica representación del autor en el momento de comisión de los hechos entendida como realidad empírica (43). El indicio por sí solo no dice nada sobre el conocimiento. Es necesario, por tanto, acudir a determinados mecanismos que hagan posible dar, de un modo racional, el salto de dicho indicio objetivo a las aseveraciones sobre el nivel de conciencia del sujeto. El Tribunal Supremo ha considerado tradicionalmente que dicho salto se lleva a cabo mediante la práctica de un juicio de valor o de inferencia en que se aplican determinadas «máximas de experiencia» al sustrato fáctico que conforman los

(40) En este sentido, afirma TORÍO que el dolo «constituye una cuestión puramente psicológica, para cuya concreción no debería excluirse la psicología científica»; cfr. TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 175.

(41) Así, por ejemplo, en la STS de 20 de julio de 1990, se afirma que, «en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requieren para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto».

(42) Esta idea se repite en incontables sentencias del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la STS de 7 de marzo de 1991 se afirma: «sabido es que la existencia del dolo, integrado por elementos psicológicos que yacen en la mente del sujeto activo, es difícil de acreditar. Y que como todo lo que se guarda en lo más profundo del ser anímico, sólo puede probarse mediante una serie de datos (anteriores, coetáneos y posteriores) que manifiesten, desempolvando íntimos secretos, la voluntad querida».

(43) Según algunos autores también mediante la prueba de indicios es posible acceder a la representación del autor entendida psicológicamente, es decir, que «la opción por la realidad empírica no supone necesariamente una introducción masiva de dictámenes periciales»; cfr. Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990, p. 49. Sobre la exclusión de los exámenes psicológicos en el ámbito del dolo, *ibidem*, p. 66 ss.

indicios objetivos (44). Con todo, la práctica de los tribunales permite constatar que en esta fase no se procede igual que en la prueba de hechos objetivos: aunque el Código Civil (art. 1253) regula la prueba de indicios como una modalidad probatoria más, existe una inequívoca línea jurisprudencial que considera que el momento en que corresponde aplicar las máximas de experiencia no es el de la fijación de los hechos probados, sino la fase de fundamentación jurídica de la sentencia (45). Ello ha permitido que la afirmación del dolo por parte del tribunal de instancia pueda ser objeto del recurso de casación (46).

Cuando la base que se utiliza para acreditar la representación del sujeto son los indicios objetivos, se hace difícil sostener la posibilidad de acceder a la realidad empírica de la conciencia de dicho sujeto. Esta dificultad ha llevado a bastantes autores a replantear la naturaleza del juicio de constatación de los elementos subjetivos del delito, entendiéndolo no como un proceso de reconstrucción de fenómenos psicológicos irrepetibles, sino como la imputación al autor de dichos elementos a partir de la aplicación a los indicios de una regla de valoración (47).

(44) Recientemente se ha discutido si el salto de los indicios a la constatación del elemento subjetivo se lleva a cabo mediante un juicio de valor o un juicio de inferencia con esta última expresión parece recalcar en la idea de que mediante el juicio en cuestión se consigue acceder a la representación como realidad empírica. A favor de su uso, BENÉYTEZ MERINO, «Juicio de valor y jurisprudencia», *Poder Judicial*, 1990 (19), p. 10, y MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el recurso de casación», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, pp. 143-145. BENÉYTEZ afirma que «un juicio de valor, al carecer de toda objetividad, debe desaparecer de cualquier discurso lógico». Con todo, entender que el salto del indicio objetivo a la afirmación del conocimiento puede llevarse a cabo sin practicar valoración alguna, es decir, por pura lógica, supone una afirmación harto discutible.

(45) Así, afirma MONER MUÑOZ que la inserción de los juicios de inferencia sobre elementos subjetivos en el relato de hechos es «práctica reprochable, ya que su ubicación correcta debe ser en los fundamentos jurídicos». MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 143. Apoyando esta opinión, las SSTs de 30 de octubre de 1990 y 14 de noviembre de 1992. Sin embargo, no es difícil encontrar resoluciones judiciales donde ya en el *factum* se afirma que el sujeto cuenta con un nivel de conocimientos tal que, al pasar a la fundamentación jurídica, la afirmación de que concurre dolo es algo que cae por su propio peso. Para otro interesante estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de prueba del dolo, cfr. MARTÍN GARCÍA, «Problemas procesales del dolo: su prueba», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 201 ss.

(46) Sobre este punto, cfr. MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, pp. 145-148.

(47) Ésta es, globalmente, la idea que defienden los autores que en la terminología de Díez RIPOLLÉS acogen la llamada «perspectiva normativa», en la que se encuadran planteamientos que van desde la afirmación de que al Derecho penal no le interesa la averiguación de toda la verdad material (Krauß), hasta aquellos que sostienen que dicha averiguación es imposible y, por tanto, en la práctica se procede de manera distinta (HASSEMER). Sobre dicha perspectiva, Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 73 ss.

Si se acoge esta última opción, la explicación de las posturas discrepantes en el supuesto que nos ocupa debe atribuirse a que sentencia y voto particular aplican reglas de valoración distintas en el tránsito de los indicios objetivos contenidos en el *factum* a las respectivas negación y afirmación del conocimiento necesario para el dolo. Procedamos al análisis de cómo en cada caso se llevó a cabo el proceso de «relleno» del elemento conceptual «representación de la probabilidad» a partir de los hechos previamente probados. En primer lugar, la sentencia entiende que no es posible afirmar la concurrencia del nivel de representación requerido para el dolo, aportando como dato para sustentar tal afirmación el hecho de que ya las acusadas habían procedido otras veces de tan brutal modo y «no había pasado nada». El voto particular, por su parte, considera que «el caso habla por sí mismo» y que las «agentes comisoras *tuvieron que representarse* de manera necesaria lo grave de su modo de actuar» (48). Ante semejante discrepancia cabe entender, como primera posibilidad, que la aplicación de una u otra regla es algo que debe quedar al libre arbitrio del juzgador, según la valoración o «experiencia» de éste sobre el hecho enjuiciado. Pero dicha opción resulta poco satisfactoria, en la medida en que hace que la decisión final dependa exclusivamente de la intuición del Juez o, en casos como éste, de la mayoría de miembros del Tribunal. Para intentar aportar mayores cotas de racionalidad y seguridad jurídica a este momento de aplicación del Derecho, será conveniente profundizar algo más en la naturaleza del llamado juicio de valor o de inferencia que se practica en el ámbito del dolo y del tipo subjetivo en general.

Los razonamientos que permiten realizar el tránsito del indicio objetivo al establecimiento del grado de representación que se da en el tipo subjetivo, las «máximas de experiencia» en definitiva, se fundamentan en la aplicación de *reglas de imputación de conocimientos* (49). La existencia de dichas reglas puede explicarse mediante la idea de que el conocimiento es una experiencia estrictamente personal, es decir, de que el ser humano puede experimentar su propio conocimiento, pero nunca aquello que conocen o desconocen los demás. Esta comprensión no está ni mucho menos circunscrita en exclusiva al terreno de la praxis judicial. Al contrario, dicha praxis es el mero reflejo de un modo de proceder totalmente arraigado en la misma interacción social (50). Cuando en la vida cotidiana afirmamos

(48) Cursivas añadidas.

(49) Cfr., en general, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten», p. 200 ss. «Como todo lo espiritual tampoco un dolo del hecho se determina y prueba, sino que se imputa». DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321, entiende que la correcta aprehensión de lo arriesgado de la situación y la decisión conscientemente adoptada en contra del bien jurídico deberán «ser atribuidas al sujeto en base a indicadores externos».

(50) De acuerdo KRAUß, para quien el contenido de los elementos subjetivos se fija de acuerdo con las categorías valorativas de las valoraciones sociales, y no con el análisis empírico de las estructuras psicológicas del sujeto. KRAUß, «Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», *Brunns-FS*, Colonia, 1978, p. 21 ss.

que un tercero conoce o desconoce algo, no lo hacemos porque hayamos «experimentado» la realidad empírica de sus pensamientos, sino porque una serie de datos objetivos nos permiten imputarle dicho conocimiento de acuerdo con determinadas reglas que rigen la comunicación humana (51).

La conducta del sujeto es la principal fuente de indicios a partir de los cuales es posible aplicar una regla de imputación de conocimientos: tal es el caso de la confesión del acusado. Quien confiesa lo que se representó en el momento de realizar la conducta típica no está permitiendo acceder a la realidad de su psique en dicho momento, sino que, a partir de un indicio objetivo como es su confesión, se aplica por el juzgador una regla de imputación de conocimientos que puede expresarse diciendo que quien afirma haber conocido algo cuyo conocimiento le perjudica, efectivamente lo conoció (52).

Evidentemente, es imposible desarrollar hasta el mínimo detalle todas las reglas de imputación de conocimientos que rigen en nuestra sociedad; sin embargo, las utilizamos constantemente. La mayor fuente de indicios para la aplicación de estas reglas es la conducta externa del sujeto. Pero también imputamos conocimientos a partir de la posición social de dicho sujeto (53), o bien, mediante la constatación de transmisiones de conocimientos de terceros al autor con anterioridad al hecho (54). Además, exis-

(51) Las reglas de imputación de conocimientos vendrían a ser una clase de las llamadas por VOLK *reglas de coordinación o correspondencia* («Zuordnungsregeln» o «Korrespondenzregeln»). Mediante estas reglas «se une los conceptos teóricos con los conceptos de observación; estas reglas se preocupan de la relación con la “realidad”. No lo hacen desde luego de la misma manera que las definiciones clásicas. Los conceptos teóricos no se reducen por completo a lo observable, sino que sólo son parcialmente rellenados con contenido empírico»: «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», en *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, p. 77. Las reglas de correspondencia vendrían a responder a la pregunta «¿Cómo se puede probar ésto en el proceso?»; cfr. VOLK, «Dolus ex re», en *Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 617.

(52) Cfr., en sentido similar, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten», p. 199, donde se niega, en contra de lo que tradicionalmente se venía manifestando, que la confesión del acusado sea el medio por excelencia para acreditar plenamente el dolo de éste.

(53) La imputación de conocimientos en función de la posición social del sujeto es algo que a menudo puede verse en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en los hechos probados de la STS de 23 abril de 1992 («caso de la colza») se sostiene que el carácter venenoso de la anilina es «de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites». Otro ejemplo se puede tomar de la STS 22 de julio de 1993, donde se afirma que «tan clara es la imitación y tan conocida es en el mercado la ginebra Larios, que no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser reputada delictiva, máxime *siendo su autor un fabricante de licores que conoce bien el mercado y la gran difusión y publicidad del producto imitado*» (cursivas añadidas).

(54) Éste es el argumento utilizado, por ejemplo, por el BGH en el llamado «caso del virus del sida». En este supuesto, un enfermo de sida mantuvo diversas relaciones sexuales sin utilizar preservativo, pese a haber sido repetidamente informado por personal sanitario de la gravedad de su enfermedad y de la peligrosidad de ésta

te una serie de conocimientos mínimos que se imputan originariamente a todos los ciudadanos «normales». La ausencia relevante de estos conocimientos mínimos es algo que no resolvemos en sede de dolo, sino de culpabilidad, con todas las repercusiones que ello conlleva (55). Al igual que el conocimiento, y más o menos por las mismas vías, es posible también imputar desconocimientos.

Toda regla de imputación de conocimientos puede ser sometida en abstracto a un juicio de adecuación desde la perspectiva de la interacción social. Así, por ejemplo, si alguien sostuviera que todos los trabajadores de la construcción tienen conocimientos de biología molecular, dicha afirmación sería rechazada por inadecuada, dada la actual configuración de nuestra sociedad. Sí parece adecuada, por el contrario, la regla según la cual se afirma que el carácter venenoso de la anilina es de conocimiento general entre los empresarios aceiteros (56). Evidentemente los casos pueden complicarse mucho más, sobre todo cuando concurren varios indicios que, a su vez, lleven a la aplicación de reglas distintas o, incluso, contradictorias. Por ello es especialmente importante que, en sus fundamentaciones jurídicas, los aplicadores del Derecho expresen cuáles son las

para los demás, así como de sus vías de contagio. Constatada la transmisión de esta información, el BGH sostiene que el acusado conocía, en los momentos en que mantuvo relaciones sexuales, cuál era la peligrosidad real de su conducta, pero no lo afirma probando dicho conocimiento como dato empírico en el momento de actuación del sujeto, sino imputándolo en virtud de la prueba de las anteriores transmisiones de información al autor por parte del personal sanitario. Cfr. BGHSt, 36, p. 1.

(55) Ello explica la causa de inimputabilidad del artículo 20.3 CP95, aplicable a los supuestos en que el sujeto «tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». El fundamento de esta causa no es otro, al fin y al cabo, que la ausencia en el sujeto de determinados conocimientos considerados presupuesto básico de la vida social.

(56) En sentido contrario PÉREZ DEL VALLE, para quien «no hay una determinación general de las condiciones en las que existe dolo, ya que estas condiciones se infieren del caso concreto». Este autor parece afirmar que, en el ámbito del dolo, las máximas de experiencia, y no sólo los indicios, se extraen para cada caso de la realidad externa del hecho particular; en cambio, respecto del conocimiento de la antijuricidad sí existirían unas «premisas mayores de eficacia general», esto es, unas máximas de experiencia preexistentes al supuesto concreto. Sin embargo, en ambos casos se lleva a cabo una misma clase de juicio –en virtud del cual se atribuyen conocimientos a un sujeto– y, por tanto, se hace difícil explicar por qué debería procederse de manera distinta en cada caso. Desde mi punto de vista, lo que sucede es que en la esfera del conocimiento de la antijuricidad se atribuye al sujeto la conciencia de una realidad muy concreta, como es la vigencia de determinadas normas jurídicas. Ello ha permitido un minucioso desarrollo de las reglas en que se basa dicha atribución. Este desarrollo es mucho más difícil para el ámbito del conocimiento de los elementos típicos, pues éstos comprenden un número muchísimo más amplio de realidades. Pero, más o menos desarrolladas, las reglas preexisten en ambos casos, pues de lo contrario, no podrían ser sometidas, en abstracto, a un juicio de adecuación a la interacción social. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error», *Revista de Derecho Procesal*, 1994, pp. 427-428.

reglas en virtud de las cuales imputan a un sujeto determinados conocimientos, por qué aplican unas con preferencia a otras y, asimismo, que argumenten la adecuación de dichas reglas al actual contexto de interacción social.

11. Examinemos ahora, a la luz de estas exigencias, las reglas de imputación de conocimientos utilizadas por ponencia y voto particular para llegar, en el caso que nos ocupa, a sus respectivas soluciones. Recordemos que lo que se trataba de determinar era si las acusadas se representaron o no como probable (o si tomaron en serio la posibilidad de) que a consecuencia de su conducta se acabase derivando la muerte de la pequeña Zuleica.

La ponencia utiliza en este caso una regla de imputación de desconocimiento. Las acusadas ya antes habían actuado de manera similar a cómo lo hicieron el día de autos y el resultado, sin embargo, no se había producido, lo cual implica que en el momento de los hechos que se enjuician desconocían la peligrosidad de su proceder. El Tribunal aplica aquí una regla que viene a decir: quien ha llevado a cabo una conducta peligrosa sin que el peligro llegara a materializarse, no juzga como probable la materialización de dicho peligro cuando vuelve a actuar de idéntica manera. Esta afirmación no puede superar un juicio de adecuación a la interacción social: haber tenido suerte en ocasiones anteriores no quiere decir que en la situación presente (como tampoco en aquéllas) se haya dejado, como regla general, de ser consciente del peligro. Nadie diría que quien ha jugado diez veces a la ruleta rusa saliendo indemne en todas ellas, ya no es consciente del peligro que tal juego conlleva cuando se decide a jugar por undécima vez. Sin embargo, la ponencia se basa en una regla como ésta para imputar a las acusadas el desconocimiento de la probabilidad de acaecimiento de la muerte de Zuleica y, por tanto, la ausencia de dolo eventual.

Por su parte, el voto particular simplemente afirma que las acusadas «tuvieron que representarse de manera necesaria lo grave de su modo de actuar». Aquí se está, de un modo más evidente que en la literalidad de la postura anterior, imputando conocimientos. No obstante, puede criticarse a dicho voto que no fundamente de modo explícito cuáles son los datos objetivos en los que basa semejante imputación. Probablemente se utilizarían argumentaciones no muy alejadas de las siguientes: las acusadas sabían que la niña padecía heridas de una cierta gravedad desde el momento en que decidieron no suministrarle la preceptiva asistencia médica por temor a perder su custodia, lo cual confirma que conocían perfectamente un primer factor de riesgo y, además, lo juzgaban de una entidad no desdeñable, pues le atribuían la virtualidad de privarles de la custodia de la menor si llegaba a oídos de las autoridades. Las acusadas conocían el tamaño desproporcionado de la cuchara, los vómitos con sangre de la pequeña y sus continuos espasmos, atragantamientos y lloros cuando la obligaban a comer, simplemente porque todo ello lo tuvieron ante sus

ojos. En definitiva, las acusadas conocían todos los factores de riesgo en su forma externa. La argumentación debe dar ahora el paso siguiente, que consiste en afirmar que del conocimiento de todos estos datos objetivos se deriva el juicio por parte del sujeto activo de que el riesgo de muerte es probable o elevado. En nuestra sociedad entendemos que, forzosamente concluiría el razonamiento, cuando una persona en su sano juicio conoce rasgos tan inequívocos de la extrema gravedad del peligro no puede dejar de representarse como probable el acaecimiento del resultado. Y, si ésta es la reconstrucción correcta del hilo de los razonamientos del voto particular, su conclusión, discutible o no, presenta un nivel de adecuación a los mecanismos sociales de imputación de conocimientos del que carece la de la mayoría.

V

La formulación expresa de las reglas de imputación de conocimientos puede producir una cierta sensación de incomodidad si éstas se juzgan a la luz de un principio de imputación subjetiva entendido de manera psicologizante. Sin embargo, cuando en nuestras relaciones cotidianas con los demás decimos o pensamos que otra persona conoce (o desconoce) algo, no lo hacemos porque tengamos acceso a la realidad de su conciencia, sino en virtud de la imputación de dichos conocimientos a través del uso de unas reglas tan arraigadas en la interacción social que se utilizan casi siempre de modo automático. En muchas situaciones son los demás quienes nos imputan conocimientos a nosotros haciendo uso de dichas reglas y la conclusión a que llegan éstos acierta en la inmensa mayoría de los casos cuál ha sido la realidad de nuestro conocimiento. Si se acomete, en consecuencia, la reformulación del principio de imputación subjetiva teniendo en cuenta estos extremos, la incomodidad se desvanece en buena medida. Ciertamente, la aplicación de las reglas en cuestión puede conducir a (indetectables) situaciones materialmente injustas, en que el conocimiento que se impute a un sujeto nunca haya «existido» empíricamente hablando (57). Todos hemos tenido alguna vez la experiencia -habitualmente desagradable- de que nos atribuyan en virtud de datos objetivos la posesión de unos conocimientos que nunca tuvimos. Éste es un riesgo que, con todo, no hace más injusto al Derecho de lo que lo pueda ser la sociedad misma. Afirmar que la aplicación de conceptos como el de dolo

(57) Sin embargo, no debe confundirse el empleo de dichas reglas con el de una presunción de dolo, entre otras cosas porque las reglas permiten imputar tanto conocimientos como desconocimientos y, por otra parte, porque éstas actúan sobre el caso concreto con todas sus circunstancias externas y no se formulan *a priori* para cualquier hipotético caso. Sobre la diferencia entre imputación y presunción del dolo, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten», p. 197 ss, y PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error», p. 417.

requiere la comprobación empírica de la realidad «interna» del sujeto a través de la libre valoración por parte del Juez de los indicios objetivos no es, en modo alguno, mejor que la solución que aquí se propone, en la medida en que desde siempre tras aquella postura, en apariencia tan respetuosa con la individualidad del sujeto, se ha abierto paso un puro decisionismo que ha malogrado el esfuerzo previo de la doctrina por elaborar conceptos desde una perspectiva garantista. Asumir como inevitable que en algunos casos realidad empírica y resultado de la imputación puedan no coincidir; aceptar el insoslayable uso social de reglas de imputación de conocimientos y exigir, a la vez, que las máximas de experiencia judicial se sometan a un juicio de adecuación desde el punto de vista de la interacción social, es algo que en modo alguno parece ir en detrimento de una aplicación equitativa y transparente del Derecho penal.