

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
(5 de 9)

En un Capítulo anterior se ha apuntado que el principal problema de las perspectivas normativas radica en su admisión explícita de que en toda condena concurre un riesgo de no coincidencia entre hechos probados y realidad efectivamente acaecida. Desde esta óptica, y mientras no se enfoque de otro modo la cuestión, toda condena resulta ser la posible instrumentalización de un individuo, lo que pone en duda la legitimidad de esta perspectiva. A este problema se añade una exigencia que no siempre se satisface: las concepciones normativas deben mostrar de forma convincente cuáles han de ser los criterios para, ante un supuesto concreto, decidir si deben o no atribuirse determinados conocimientos a un sujeto y deben justificar, igualmente, por qué estos criterios y no otros². De no cumplirse esta última exigencia, los logros del punto de vista normativo no consiguen ir más allá de una crítica más o menos atinada a la concepción psicológica. Si una vez desacreditada ésta no se aportan criterios firmes con los que operar, bien poco se habrá avanzado. La importancia de estas dos cuestiones —déficits de legitimidad y criterios de atribución— hace que el análisis de estas perspectivas requiera de un estudio detallado que se acometerá a lo largo de este Capítulo.

En realidad, la naturaleza adscriptiva puede ya predicarse de la interpretación dominante de la ley procesal vigente, esto es, de la idea de que la prueba de un hecho depende de la convicción del juez sobre su existencia. Cuando el juez se convence y da por probado que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento típico contando con los conocimientos exigidos por el dolo estará imputando tales conocimientos, en la medida en que su existen-

realidad valorada, dado el papel determinante de las perspectivas axiológicas en su configuración y comprobación y la rareza de las verificaciones experimentales. No se duda en calificar, por tanto, de construcción ideológica a tales actividades conceptuales y prácticas, en cuanto su misión fundamental reside en plasmar adecuadamente y sin contradicciones los puntos de vista valorativos en los que se inspira el Derecho penal, *aun a costa con frecuencia de una correcta correspondencia entre lo definido o lo constatado y las realidades subyacentes*" (cursiva añadida).

²Así, afirma KLEB-BRAUN, JA, 1986, p. 311, que en toda determinación de los elementos subjetivos existe un momento valorativo que es necesario descubrir y justificar argumentativamente.

cia no haya sido constatada empíricamente³. Como ya se ha puesto en evidencia, el principal problema de una perspectiva normativa como ésta viene dado por lo arbitrario e incontrolable que parece ser el criterio de imputación a emplear y por la ausencia de argumentos que justifiquen su legitimidad⁴.

En el ámbito de este trabajo se va a atender al contenido de aquellas perspectivas normativas que —de modo más o menos explícito— se definen a sí mismas como tales y fundamentan su punto de vista en argumentos jurídicos. Ello implica que se vaya a dejar a un lado el análisis de ciertas concepciones sobre la cuestión del dolo, y del delito en general, que atienden a posibles mecanismos psicológicos subyacentes a la actividad jurídica, usualmente apuntados desde investigaciones psicoanalíticas. En esta línea, algunos autores manifiestan que la atribución de dolo no es nada más que un eslabón en el proceso de satisfacción de necesidades psico-sociales de castigo que se materializa en la persona del acusado, mero *chivo expiatorio*. Sea cierto o no tal punto de vista, es indudable que se mueve a un nivel discursivo que nada tiene que ver con el razonamiento jurídico. Dado que en el curso del presente trabajo no se pretende abandonar este último nivel de razonamiento, las perspectivas que se sustraigan a él serán dejadas conscientemente de lado⁵.

Un correcto análisis de las concepciones normativas en el ámbito de la “determinación del dolo” requiere, en primer lugar, un breve repaso a los argumentos utilizados a lo largo de la discusión histórica y, en segundo lu-

³KRAUB, “Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß”, *Schaffstein-FS*, Göttingen, 1985, p. 416: “una de las indiscutidas premisas del proceso es que la aplicación del Derecho culmine con la formación de la convicción judicial y de este modo se sustraiga en gran parte a las reglas objetivas de la fiabilidad científica”. Añade este autor (*ibidem*, p. 425) que “el veredicto de culpabilidad no se basa en la verdad ‘empírica’ u ‘objetiva’, sino en la exclusión de la duda en el tribunal”.

⁴Cfr. *supra* VIII.3.

⁵Con todo, puede encontrarse un excelente resumen de tales planteamientos y de otros afines a éstos —bajo la denominación común de perspectiva psicólogo-colectiva— en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 155-189, con abundantes referencias bibliográficas. En tono crítico con estos puntos de vista KÖBERER, *KrimJour*, 1983, p. 184 ss.

gar, la exposición de los puntos de vista más relevantes que se sostienen en la actualidad. Tras el estudio de estas dos cuestiones, deberán ser puestos en evidencia los aspectos más problemáticos que se observan las perspectivas analizadas. Estas tres tareas se abordan en los siguientes apartados.

IX.2. Perspectiva histórica

Una exposición histórica de la determinación procesal del concepto de dolo muestra cómo a lo largo del tiempo las perspectivas normativas han desempeñado un papel preponderante en las diversas culturas jurídicas, si bien es cierto que en los dos últimos siglos su puesto parece haber sido ocupado, por lo menos a nivel de declaraciones teóricas, por concepciones de corte psicológico. Referirse a según qué argumentos históricos con el calificativo de "normativos" puede parecer excesivo, sobre todo cuando se advierte que los autores que los emplearon probablemente ni se llegaron a plantear la naturaleza última de los criterios con los que operaban. Sin embargo, cuando se trata de encuadrar tales criterios en una u otra perspectiva, es evidente que éstos muestran un carácter inequívocamente normativo: hasta un cierto momento de la discusión histórica, los argumentos utilizados para determinar cuándo un sujeto ha actuado dolosamente no dependen en absoluto de la averiguación de un dato psíquico, sino de cuestiones netamente objetivas. De este modo, a lo largo de la historia han abundado reglas más o menos refinadas para imputar a alguien una determinada consciencia o voluntad con respecto a una concreta conducta o resultado.

Desde que el concepto de dolo surgiera en el *Derecho romano* entendido como *dolus malus*, esto es, como voluntad dirigida a la comisión delictiva, la naturaleza subjetiva de la voluntad ha planteado siempre problemas de prueba que a lo largo de la historia han intentado salvarse de muy diversas maneras⁶. Ya en el mismo Derecho romano se plantea el dolo del sujeto co-

⁶Cfr. VEST, *Vorsatznachweis*, p. 19. Sobre la imposibilidad de probar el dolo, es ilustrativa la afirmación clásica "dolus vere probari non potest, cum in animo consistat"; cfr., al respecto, HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, Nueva York, 1976, pp. 25-26. Sobre los diversas concepciones del concepto "dolus" en Derecho romano, cfr.

mo algo a acreditar *ex re*, es decir, a partir de la naturaleza exterior de la conducta realizada por dicho sujeto. Así, se afirma en el *Digesto* que “an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur” (“se entiende cuándo se ha obrado con dolo por las circunstancias de cada caso”)⁷. Dicho objetivismo resulta aun más acusado en el antiguo *Derecho germánico*, donde el problema del dolo no se plantea como una cuestión de prueba, pues existen reglas *ad hoc* que establecen expresamente qué hechos deben considerarse intencionados y cuáles no, en un sistema en que la regla general es la responsabilidad por el resultado: “die Tat tötet den Mann”⁸. En cualquier caso, la solución pasa, tanto en el Derecho romano como en el germánico, por la atribución del dolo al sujeto a partir de la valoración de datos de naturaleza objetiva.

Durante el largo periodo histórico de vigencia del *Derecho común* en Europa predomina la idea de que la única prueba válida, ya no sólo para determinar el dolo, sino la comisión de todo hecho delictivo, es la confesión del acusado, para cuya consecución no se duda en recurrir al tormento, estando la hoy habitual prueba de indicios terminantemente prohibida⁹. Sin que, por supuesto, pueda calificarse tal proceder de normativo, lo cierto es que tam-

SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986), p. 107. En general, para la evolución histórica de dicho concepto, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., Buenos Aires, 1992, vol. V, p. 313 ss.

⁷La cita proviene del *Digesto*, lib. XLIV, tít. IV, frag. 1, pf. 2.º (trad. A. d’Ors y otros, tomo III, Pamplona, 1975). Cfr., igualmente HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 195-196, donde se aportan interesantes ejemplos sobre la deducción del dolo en Derecho romano. Sobre la prueba del dolo en el *Corpus* justiniano, cfr., igualmente, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 23-24 y 85 ss.

⁸Sobre el antiguo Derecho germánico, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 6-11 y MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 74-75. Cfr., también, SCHÜNEMANN, “Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht”, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 261 ss. En la literatura española, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 317 ss.

⁹Sobre el empleo del tormento en Alemania, desde Carlos V hasta principios del siglo XIX, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 10. Sobre la prohibición de la prueba de indicios, VOLK, “Dolus ex re”, *Strafgerichtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, pp. 614-615 y PÉREZ BARBERÁ, *CDJP*, 4-5 (1997), pp. 395-396.

poco parecía estar en condiciones de garantizar una plena constatación de la realidad psicológica. A los problemas ya expuestos sobre la capacidad de la confesión del acusado para expresar fidedignamente qué es lo que realmente se representó o quiso, se une la poca credibilidad que puede merecer una declaración obtenida bajo el peso de los suplicios¹⁰. Más que normativa o psicológica, y desde luego aberrante desde la perspectiva actual, esta forma de proceder sólo podía llevar a resultados de fiabilidad hartamente dudosa¹¹.

Respecto a la cuestión concreta de la imputación de resultados, una de las soluciones con la que se opera durante bastantes siglos es la fórmula canónica del *versari in re illicita*, que imputa al autor como queridos todos aquellos resultados que deriven de una actuación inicial ilícita¹². La naturaleza normativa de este juicio es evidente, pues en él no importa lo más mínimo qué es lo que el autor realmente se haya representado o haya querido¹³. Sin embargo, es evidente que un criterio de imputación como éste resulta, desde la óptica actual, bastante primitivo y conduce, también desde tal perspectiva, a resultados arbitrarios¹⁴. En esta línea van las correcciones formuladas al *ver-*

¹⁰Sobre las posibles divergencias entre confesión y realidad efectivamente acaecida, cfr. *supra* VII.3.B.

¹¹Buena prueba de ello es que con la abolición del tormento la confesión acabara perdiendo su valor de "reina de las pruebas" y se evolucionara hacia el sistema de la libre valoración judicial. Cfr. el interesante resumen sobre la transición de los antiguos sistemas de prueba a los actuales en HILLENKAMP, "Beweisnot und materielles Recht", *Wassermann-FS*, Neuwied, 1985, pp. 861-863.

¹²Cfr. al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, p. 320 y PERIS RIERA, *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, Valencia, 1994, p. 88 ss. Una breve perspectiva histórica sobre esta regla de imputación en LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 263-264. Como afirma VEST, *Vorsatznachweis*, p. 20, "con esta teoría el Derecho canónico contaba con una regla de imputación aplicable". Sobre dicha teoría y su traslado al ámbito de los delitos cualificados por el resultado, cfr. HASSEMER, *Einführung*, p. 190.

¹³MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 78-79, interpreta la doctrina del *versari in re illicita* como una ampliación del concepto romano de dolo sólo explicable a partir de la concepción canónica del pecado y la culpa.

¹⁴Sobre los problemas de encaje en la actual sociedad de criterios de imputación subjetiva basados en la responsabilidad por el resultado cfr. JAKOBS, "Sobre la función

sari in re illicita por la teoría del *dolus indirectus*: de acuerdo con esta última, al sujeto sólo se le deben atribuir como queridos aquellos resultados que de un modo "habitual" se derivan de su actuación, con independencia de que "psicológicamente hablando" haya querido o no causarlos¹⁵. No resulta demasiado sencillo negar que una regla como ésta mantenga cierto vigor en la actual sociedad: de hecho, como acertadamente advierte *Puppe*, su espíritu puede encontrarse en todos aquellos manuales que, afirmando que dolo es "conocer y querer", atribuyen al sujeto resultados no queridos en sentido psicológico cuando exponen la figura del dolo directo de segundo grado¹⁶.

En realidad, el *dolus indirectus* no es otra cosa que una modalidad específica de los denominados *dolus ex re* o *dolus in re ipsa*, unas figuras cuyos orígenes se remontan al Derecho romano y que logran sobrevivir pese a las prohibiciones de la prueba de indicios¹⁷. Como afirma *von Weber*, el *dolus ex re* resuelve aquellos casos en que "sin que el delincuente lo reconozca y sin que haga falta su confesión, se puede conocer con seguridad [su dolo] a partir de la forma y modalidad de comisión del delito y a partir de las circunstancias externas de la acción concreta"¹⁸. Este mismo autor entendía, sin em-

de la parte subjetiva del delito en Derecho penal", trad. J. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1989, pp. 635-636.

¹⁵Para una exposición más detallada de la teoría del *dolus indirectus*, cfr. *supra* II.1. Cfr., igualmente, *ECKER, Verwendung und Feststellung*, p. 82 ss y *PAEFFGEN, AK-StGB*, previo al § 18, n° marg. 1-7. Véanse también las consideraciones de *KÖHLER, Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 26 ss, quien afirma que la teoría del *dolus indirectus* actuaba con un "concepto de voluntad ficticio" que, mediante presunciones de dolo, servía para superar las dificultades que planteaba la prueba de la intención del sujeto.

¹⁶Cfr. *PUPPE, ZStW*, 103 (1991), p. 27.

¹⁷Sobre el papel histórico del *dolus ex re* como subterfugio para salvar la prohibición de la prueba de indicios establecida por la *Constitutio Criminalis Carolina*, cfr. *VOLK, Arthur Kaufmann-FS*, pp. 614-615. Sobre la idea de que el *dolus indirectus* era una modalidad de *dolus ex re* referida a los delitos de resultado, ver *KUSCH, Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 58.

¹⁸*VON WEBER, "Ueber die verschiedenen Arten des Dolus"*, *NACR*, 7 (1825), p. 564. Según entiende *VOLK, Arthur Kaufmann-FS*, p. 611, el estado de la cuestión resulta especialmente interesante a principios del siglo XIX, cuando ya se cuenta con un concepto de dolo muy parecido al actual pero el *dolus ex re* sigue siendo empleado.

bargo, que “el *dolus ex re* no tiene, como su propio concepto indica, un carácter interno propio, sino sólo un significado con relación a la práctica de la prueba”¹⁹. En este último sentido concibe también esta figura *Framarino dei Malatesta*, cuando la caracteriza con la idea de que “el hombre, que es un ser racional, no obra sin que sus acciones tiendan hacia un fin, y cuando un medio no corresponde sino a determinado fin criminoso, el agente no puede haberlo empleado sino para lograr ese fin”²⁰. Sin embargo, no es tan evidente que de una figura respecto a la cual no cabe prueba en contra pueda afirmarse que tiene un mero carácter procesal²¹.

Según *Volk*, uno de los baluartes de la determinación *ex re* del dolo eran aquellos casos en que se incriminaba una conducta en sí misma, como sucede en el delito de injurias²². Decir que probada una expresión ofensiva, probado el dolo, parece a primera vista difícilmente conciliable con el moderno principio de imputación subjetiva, pero aun más difícil resulta imaginar casos en que alguien profiera una expresión injuriosa sin ser consciente de ello²³. Según este autor, los argumentos *ex re* para la determinación de conocimiento y voluntad han desaparecido del concepto de dolo, pero sólo para

¹⁹VON WEBER, *NACR*, 7 (1825), pp. 564-565. Respecto al concepto de *dolus ex re*, afirma BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840, pp. 275-276, que éste no es una modalidad específica de dolo, sino un medio de prueba a emplear en aquellos casos en que, a partir de las circunstancias del hecho, se puede afirmar con certeza que éste fue cometido dolosamente, sin que haga falta una confesión ni otros indicios.

²⁰FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 213.

²¹Así lo entiende LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895, p. 160, quien, en referencia al *dolus indirectus*, afirma que, al no haber prueba en su contra, era “un concepto puro de Derecho material”. En idénticos términos LESCH, “*Dolus directus, indirectus und eventualis*” *JA*, 1997, p. 803 (nota 11).

²²VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 620. En *ibidem*, pp. 619-620, este último autor analiza someramente la pervivencia del *dolus ex re*, hasta tiempos recientes, en determinados ámbitos de la doctrina y jurisprudencia italianas sobre el fraude fiscal, las falsedades, la quiebra o el contrabando, aparte de las injurias. Cfr., igualmente, sobre esta última cuestión, BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 141 ss y PAGLIARO, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, p. 120.

²³BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, pp. 17-18 y 151 ss, entiende que se trata simplemente de casos en que resulta especialmente sencillo probar el dolo.

pasar a la prueba de indicios, donde se siguen empleado de modo más o menos encubierto²⁴.

La caída en desgracia de todos estos mecanismos de imputación cabe atribuirlos a diversos factores²⁵. En primer lugar, a ciertos cambios experimentados tanto por el Derecho penal material como por el procesal²⁶. Desde el momento en que con el espíritu ilustrado del siglo XVIII entra en escena la libre valoración de la prueba, la validez de los anteriores criterios se disuelve, pues el juez ya no debe acudir a reglas fijas para valorar la concurrencia de un determinado elemento del delito, sino que para conseguir su convicción puede acudir a todos los medios de prueba no expresamente prohibidos y, en el ámbito concreto del dolo, a los más diversos indicios²⁷. Otro fenómeno al que cabe atribuir la total separación entre las cuestiones que pretendidamente sólo afectan a la prueba del dolo y las que sólo conciernen a su concepto es, según entiende *Volk*, el desarrollo del Derecho procesal como dis-

²⁴Cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 619. De la exposición de ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987, vol. I, art. 43, n° marg. 31, se infiere la idea de que, en realidad, las diferencias entre el *dolus in re ipsa* y las máximas de experiencia de la prueba de indicios no son muy sustanciales.

²⁵En su sentencia de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral) el Tribunal Supremo rechazó de forma expresa el *dolus in re ipsa* o culpabilidad objetiva, entendiendo que para la realización dolosa de ciertos delitos contra la propiedad industrial no basta con que determinados derechos se encuentren inscritos en el registro pertinente, sino que el sujeto debe ser efectivamente conocedor de tal dato.

²⁶Cfr., al respecto, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 171 ss. En Italia, sin embargo, figuras como el *dolus in re ipsa* han gozado de vigencia jurisprudencial hasta tiempos recientes; cfr., al respecto, BRICOLA, *Dolus in re ipsa, passim*. Una enumeración de sentencias de la Corte de Casación italiana en que, hasta hace poco, se ha empleado el *dolus in re ipsa* en los delitos contra el honor puede encontrarse en TASSI, *Il dolo*, pp. 147-148.

²⁷Sobre la extensión del principio de libre valoración de la prueba desde sus orígenes en el pensamiento revolucionario francés, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 28 ss. Cfr. igualmente HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 525 ss. Sobre su influencia en la cuestión del dolo, cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614: "cuando ya sólo se trata de una de tantas modalidades de la prueba de indicios, no conviene dar la impresión, mediante una expresión específica ("*dolus ex re*"), que dicha prueba de indicios tiene una estructura concreta".

ciplina independiente desde principios del siglo XIX²⁸. Tampoco puede descartarse que desempeñara algún papel el incipiente desarrollo de la psicología como disciplina científica²⁹.

La irrupción de la libre valoración judicial de la prueba y, concretamente, la *liberalización* de la prueba de indicios, parece dar carta de naturaleza a las teorías psicológicas: el juez ya no está atado por férreas reglas probatorias, sino que puede acceder al conocimiento de la realidad por las vías que considere oportunas, incluidas las ciencias empíricas. Sin embargo, no puede descartarse que algunas de las antiguas reglas sigan vigentes, ocultas tras los argumentos que se emplean usualmente para determinar la racionalidad de determinadas convicciones judiciales³⁰. Si el dolo sigue siendo, como repiten una y otra vez los tribunales, una realidad inaccesible a los sentidos, éste siempre deberá deducirse *ex re*, pues, como se cuestiona Volk, “¿de dónde sino?”³¹.

²⁸Cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Cfr., igualmente, BRAMMSEN, *JZ*, 1989, p. 79 (nota 109), quien entiende que la antigua vinculación de cuestiones de Derecho procesal y de Derecho material dificultaba el desarrollo del Derecho penal material. Sin rechazar esta opinión, debe sin embargo afirmarse que la separación de ambas disciplinas puede haber redundado en una pérdida de vinculación a la práctica por parte del Derecho penal material.

²⁹De hecho, ya se encuentran afirmaciones sobre la necesidad de emplear los conocimientos psicológicos “para juzgar delitos” en una obra de ECKARTHAUSEN, *Über die Notwendigkeit psychologischer Kenntnisse bei der Beurteilung der Verbrechen*, 1791, citado por KAISER, en *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, pp. 195-196. Este último autor entiende, sin embargo, que una plena irrupción de la Psicología en el ámbito del proceso penal no puede constatarse hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

³⁰De ahí que a menudo se afirme que, en realidad, tras la idea del *dolus ex re* no se ocultaba nada distinto a “la estructura general de la prueba de indicios y, por tanto, no merece la pena aportar un concepto propio”; expone la idea aunque no esté muy conforme con ella VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Lo que parece decir este autor (*ibidem*, pp. 614-615) es que tal afirmación puede ser correcta hoy en día, pero no en aquellas épocas en que la prueba de indicios como tal estaba prohibida y el *dolus ex re* era un subterfugio para poder condenar al sujeto sin la necesidad de obtener su confesión.

³¹VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Sobre la pervivencia de las teorías del *dolus indirectus* en el ámbito procesal, cfr. SCHEFFLER, “J.S.F. von Böhmer und der dolus even-

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, probablemente como forma de contrarrestar la progresiva liberalización de las reglas de prueba, empiezan a proliferar en los textos legales europeos las denominadas *presunciones de dolo*³². Estas figuras gozaron de un notable éxito y estuvieron presentes en no pocos Códigos —entre ellos el español— hasta tiempos más o menos recientes³³. La presunción de dolo atribuía por principio a todos los hechos la condición de dolosos y la convicción judicial sólo debía entrar a valorar si, en

tualis — Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben”, *Jura*, 1995, p. 355.

³²Uno de los principales impulsores de estas reglas fue FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2ª ed., Giessen, 1803, pp. 54-55. Por influencia de este autor, en el art. 43 del Código Penal bávaro de 1813 se dispuso que “en un hecho antijurídico probado contra una persona se presume legalmente que dicha persona ha actuado con dolo antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no se obtenga la certeza o probabilidad de lo contrario”. Sobre Feuerbach y las presunciones de dolo, cfr. HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 74 ss, HRUSCHKA, *Klein-knecht-FS*, p. 198, ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 30-35 y KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, pp. 27-28. Sobre la defensa y el posterior abandono por parte de Feuerbach de la *praesumptio doli*, cfr. HENKEL, *E. Schmidt-FS*, pp. 582-583. HILLENKAMP, *Wassermann-FS*, p. 867, opina que la caída en desgracia de la confesión como “reina de las pruebas” y de la pena de sospecha llevó a las presunciones de dolo y al desarrollo de las teorías del dolo eventual. LÜDERSEN, “Die strafrechtgestaltende Kraft des Beweisrechts”, *ZStW*, 85 (1973), p. 301, entiende que la irrupción de las presunciones de dolo debe atribuirse a la prohibición del tormento. Una amplia perspectiva histórica de estas presunciones en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 641 ss. Cfr., asimismo, BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 11 ss.

³³Hasta la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio el art. 1º, pf. 2º del Código Penal español establecía que “las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”. Para la discusión sobre si el antiguo art. 1 CP contenía una presunción de voluntariedad referida sólo a la acción, o bien una presunción de dolo *stricto sensu*, cfr. CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, vol. I, p. 28 ss. Al carácter *iuris tantum* de las presunciones de dolo se contraponen el carácter *iuris et de iure* de figuras como el *dolus indirectus* o el *dolus ex re*. Cfr., al respecto, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 83. Sobre las diversas presunciones de dolo introducidas en los Códigos de Prusia y Baviera a lo largo de los siglos XVIII y XIX, cfr. WAIDER, “Die Bedeutung der praesumptio doli für die Strafrechtsentwicklung in Deutschland”, *JuS*, 1972, pp. 305-307. En Italia aporta argumentos a favor de las presunciones de dolo FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 168-169.

el caso concreto, existía suficiente prueba contra dicha presunción para considerarla desvirtuada: de este modo, las presunciones dejan de ser reglas de prueba y se convierten en reglas sobre la carga de la prueba³⁴. Tras estas figuras se oculta la idea del *in dubio contra reum* y la justificación de que, por regla general, las conductas humanas se dirigen siempre a un fin y que la actuación arbitraria es sólo una excepción³⁵. Las presunciones generales de dolo coexistieron, o fueron siendo reemplazadas, por tipos de la Parte especial en que se recogían presunciones referidas a conductas delictivas concretas³⁶.

Las evidentes diferencias entre las antiguas formas de imputación y las presunciones de dolo son puestas de manifiesto por *Hruschka*:

una presunción, en el sentido de la palabra que aquí interesa, es un precepto legal o una práctica judicial en virtud de la cual, siempre que se prueba un hecho T-1 también se debe considerar probado un hecho T-2. Según esta idea, una presunción de dolo es un precepto o praxis judicial con base en la cual, cuando se prueba la realización del tipo objetivo de un delito también se da por probado el correspondiente dolo del hecho. Las presunciones se fundamentan, por regla general, cuando no siempre, en lo que se percibe como "normal" o "probable"³⁷.

Las presunciones de dolo, como han sido concebidas en los últimos siglos, parten de la base de que lo estadísticamente habitual son los hechos dolosos

³⁴Según el Tribunal Supremo (sentencia de 1 de febrero de 1974, A 363, ponente Castro Pérez) la presunción del antiguo art. 1 CP conllevaba "la inversión de la carga de la prueba que se traslada al imputado, a quien incumbe desde entonces la demostración de la involuntariedad o error de su conducta". Cfr., al respecto, la recopilación de fragmentos de sentencias realizada por MARTÍN GARCÍA, "Problemas procesales del dolo: su prueba", en *Elementos subjetivos*, p. 221 ss.

³⁵Sobre las características de tal presunción, HENKEL, E. *Schmidt-FS*, p. 581.

³⁶Por lo que respecta al Derecho penal alemán, cfr. HENKEL, E. *Schmidt-FS*, p. 585 ss y WAIDER, *JuS*, 1972, pp. 305-306. LÜDERSSEN, *ZStW*, 85 (1973), pp. 301-302, considera que el aligeramiento de las dificultades de prueba en diversos tipos de la Parte especial obedece a que su tratamiento procesal chocaba siempre con el *in dubio pro reo*.

³⁷HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 197-198.

y lo excepcional los imprudentes³⁸. A partir de esta idea se crea una regla general de imputación. Por contra, prosigue *Hruschka*,

la prueba del dolo *ex re* parte de un hecho concreto, se apoya en las circunstancias específicas y en la específica naturaleza de dicho hecho y, sin embargo, no justifica la afirmación general de que los hechos son la mayoría de las veces o siempre hechos dolosos³⁹.

En cualquier caso, resulta indiscutible que, tanto las presunciones de dolo como el *dolus ex re*, tienen una naturaleza presuntiva, si bien esta segunda figura permite tener en cuenta más particularidades del hecho que las primeras y, en este sentido, es una vía de imputación mucho más ajustada a las circunstancias del caso.

Las presunciones de dolo, al igual que el *dolus ex re*, no parecían interesarse especialmente por hacer depender la aplicación del concepto de dolo de la averiguación de un dato psicológico. Dichas presunciones partían de la idea según la cual, por principio, todas las conductas tienen carácter consciente y voluntario y la vigencia de tal regla sólo se desvirtuaba en aquellos supuestos en que existían pruebas de lo contrario. Es obvio que con un sistema como éste se acababan reputando dolosas todas aquellas conductas sobre las que no existen pruebas a favor ni en contra de la existencia de dolo y también

³⁸Este argumento se ha dirigido con cierta frecuencia a lo largo de la historia contra las teorías del *dolus ex re*, lo que HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 26 (nota 20), considera totalmente errado.

³⁹HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 197-198. Una distinción similar es trazada por PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 417 (y nota 12), con respecto a las máximas de experiencia empleadas en la prueba de indicios, afirmando que “las máximas de experiencia no son una presunción —incondicionada o no— de que en determinado tipo de comportamientos concurre siempre dolo, sino que requieren un desarrollo razonado en la resolución judicial en relación con el caso concreto, de modo que al dato genérico o probable añade el específico o cierto”. Cfr. igualmente las diferencias entre la presunción general de dolo y la prueba de indicios constatadas por WENING, “Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte”, *NACR*, 2 (1818), pp. 199-202. Cfr., por fin, las críticas de MITTERMAIER, *Tratado*, pp. 136-137, a las presunciones de dolo, afirmando que “no porque se pueda presumir que todo hombre es inteligente y que obra con propósito deliberado, se ha de seguir forzosamente que el sujeto acusado haya tenido por móvil una voluntad culpable”.

aquellas en que, pese a existir prueba en contra de la presunción, se considere que no tiene fuerza suficiente para enervarla⁴⁰. Desde el momento en que el dolo se imputa por principio, es evidente que la solución que ofrecen las presunciones de dolo no pasa por la averiguación de dato psicológico alguno, siendo patente su carácter normativo.

Ninguno de los criterios normativos que históricamente han regido para la "determinación del dolo" parece tener vigencia en la actualidad o, desde luego, no la tiene explícitamente. Es más, la desaparición de figuras como el *dolus ex re* o las *presunciones de dolo* —por no hablar del *versari in re illicita*— ha sido considerado a menudo como un gran avance del Derecho, pues se ha visto en ella la consecución de un pleno respeto a principios como el de culpabilidad o al derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, tras evidenciar la desaparición formal de tales criterios, se debería hacer examen de conciencia acerca de si éstos realmente han dejado de regir en la práctica. En este sentido, las sospechas sobre la pervivencia oculta de criterios como las presunciones de dolo, el *dolus ex re* o el *dolus indirectus* no deben dirigirse al contenido reglado del "Derecho escrito", sino a ese mundo aparentemente exento de ataduras que es la valoración judicial de la prueba. Y en este ámbito lo que debe también preguntarse es si la aplicación del Derecho penal puede prescindir, incluso hoy en día, de semejantes criterios⁴¹. ¿Existe, por ejemplo, alguna diferencia sustancial entre la actual prueba de indicios y el satanizado *dolus ex re*?

Tampoco debe pasarse por alto que criterios como el *dolus indirectus* o el *dolus ex re* explicitaban cuál era su contenido y, en tal medida, presentaban la ventaja de que éste podía ser sometido a debate. Prácticamente nadie somete a debate los criterios que rigen en la actual prueba de indicios, pues éstos permanecen siempre ocultos bajo la cegadora luz de la libertad del juez y de

⁴⁰Cfr. las críticas a las presunciones de dolo formuladas por BORST, "Ueber der Beweis des bösen Vorsatzes", *NACR*, 2 (1818), pp. 434-436 y 449-451.

⁴¹En este ámbito pueden resultar interesantes las consideraciones de MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 328-330, quien, pese a rechazar el *dolus ex re* y las presunciones de dolo, entiende que en determinados comportamientos la deducción del dolo resulta "rápida e inmediata".

la verdad material. Probablemente también sea cierto que muchos de los antiguos criterios de atribución del dolo resultaban demasiado rígidos y, por ello, conducían a soluciones difícilmente aceptables en un buen número de casos⁴². Pero la cuestión clave en este punto no es tanto si la introducción de la libre valoración judicial de la prueba ha acabado con presunciones y argumentos *ex re*, como si, en todo caso, lo único que ha hecho es contribuir a refinar su tosquedad, modulando los criterios de atribución del dolo de acuerdo con una visión menos simplista de la realidad. Como afirma Volk, puede cuestionarse que “el *dolus ex re* condujera a soluciones que puedan ser consideradas justas, pero en él tenía cabida la idea de que la justicia sólo puede surgir en un proceso y de que ésta no sólo depende del concepto jurídico-material, sino también de la manera en que éste se lleva a la práctica. Ahí es donde radica su contribución a la cultura jurídica”⁴³.

Como consecuencia obvia de la progresiva separación entre argumentos de Derecho penal material y de Derecho procesal, la discusión sobre la posible existencia de criterios normativos para la “determinación del dolo” se presenta hoy en día separada del debate sobre el concepto de dolo y, la mayoría de las veces, se vincula a la discusión general sobre la teoría de la prueba y del proceso penal. Al análisis de estos puntos de vista se dedica el siguiente apartado de este trabajo.

IX.3. Las concepciones normativas del dolo en la actualidad

A) Aspectos de la discusión: concepto de dolo y “determinación del dolo”

Como ya se ha expuesto anteriormente, la relación entre el concepto de dolo y los planteamientos de determinadas ciencias empíricas puede abor-

⁴²Una rigidez que STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 250, hace extensiva a los antiguos sistemas procesales de prueba tasada, que llevaban a “dejar de lado las múltiples particularidades pensables de los casos concretos y a introducir en el Derecho de prueba enormes riesgos de dictar una condena errónea”. Sobre la rigidez de fórmulas como el *dolus in re ipsa*, cfr. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 18.

⁴³VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 624.

darse desde dos ópticas distintas⁴⁴. Por un lado, puede plantearse la conveniencia o no de construir el concepto de dolo a partir de determinados fenómenos psíquicos en los estrictos términos en que éstos son definidos por la psicología o la psiquiatría. Por otro lado, puede también defenderse o rechazarse la idea de que la determinación procesal del dolo depende de la efectiva constatación empírica de los hechos previamente exigidos en su definición⁴⁵. En relación con una u otra cuestión, se hace necesario distinguir entre una *concepción normativa sobre el concepto de dolo*, en los casos en que se niega la conveniencia de construir un concepto de dolo "psicológicamente adecuado", y una *concepción normativa sobre la "determinación del dolo"*, en los casos en que se rechaza que la correcta aplicación de esta figura dependa de la averiguación de fenómenos psíquicos. La conveniencia de tal distinción debe atribuirse al hecho de que no todos los autores que acogen la primera opción son, a la vez, partidarios de la segunda⁴⁶.

En el ámbito de este trabajo interesa analizar básicamente los argumentos en que se defiende una concepción normativa de la "determinación del dolo". Sin embargo, no debe pasarse por alto que los planteamientos empleados por los autores que postulan una visión normativa del concepto pueden tener también cierta importancia para la cuestión de la determinación procesal. Por este motivo conviene atender a los principales argumentos que se defienden en el primero de estos ámbitos, aunque sólo sea de un modo sucinto.

Las críticas que a lo largo de las últimas décadas han dirigido algunos autores contra los conceptos usuales de dolo, por considerarlos psicológicamente inadecuados, han encontrado respuestas bastante uniformes por parte de

⁴⁴Cfr. *supra* I.3.

⁴⁵Haciendo referencia general a todos los elementos subjetivos del delito, también pone en evidencia este doble nivel de análisis DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 30-31 y p. 73.

⁴⁶Cfr., al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 73 (nota 1), quien advierte de la dificultad de desligar ambos planos en no pocos trabajos sobre la materia.

la mayoría de la doctrina⁴⁷. Ya *Löffler* aseveró a principios de siglo que los psicólogos no podían arrojar luz sobre un concepto como el dolo eventual, pues éste había sido creado con finalidades estrictamente jurídicas⁴⁸. El propio *Hans Kelsen* se mostraría de acuerdo con esta idea al afirmar que la “voluntad de la Ética y la Ciencia del Derecho es algo completamente distinto a aquello a lo que la psicología se refiere actualmente con semejante término”⁴⁹. Años después se sumaría a estas ideas *Engisch*, quien afirma que “los conceptos de dolo e imprudencia son sólo títulos para los presupuestos en que se basa el reproche y las definiciones de estos conceptos tienen que aportar una regulación de acuerdo con la intención del legislador y no formular tesis éticas o psicológicas”⁵⁰.

⁴⁷Sobre tales críticas, cfr. *supra* VII.3.A.2. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 38-39, considera que incluso “los partidarios de los enfoques empíricos de psicología social (...) son conscientes de que, con independencia del indiscutible y explícito componente normativo que corresponde a toda decisión del legislador penalizadora o despenalizadora, la formulación de los elementos subjetivos dentro de las figuras delictivas y su aplicación en el proceso penal están sometidas a ciertas limitaciones valorativas, normativas, más o menos explícitas”.

⁴⁸Cfr. LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 137-138. En 1911 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, p. 133, constataría que “aun de forma más evidente que en el Derecho privado se muestra en el ámbito del Derecho penal la diferencia que existe entre el concepto psicológico de voluntad y aquel hecho que el lenguaje de la Ciencia jurídica caracteriza como voluntad”.

⁴⁹KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 146. Añade este autor que “la voluntad de la psicología es un hecho empírico que se determina a través de la auto-observación y que pertenece al mundo del ser, mientras que la voluntad de la Ética y de la Ciencia del Derecho es una construcción en que se plasma el deber desde el punto de vista de la norma y que no se corresponde con ningún proceso concreto de la auténtica vertiente psíquica de la persona”.

⁵⁰ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930 (2ª reimp., Berlín 1995), pp. 27-28. De acuerdo con la idea de *Engisch*, PAGLIARO, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, pp. 117-118. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 19, afirma que la causa de que el Derecho penal cree un concepto de dolo psicológicamente inadecuado es “el principio de legalidad, algo querido desde un punto de vista político-criminal y difícilmente evitable”.

Sin duda, los argumentos que sobre esta cuestión han gozado de un mayor eco en tiempos recientes han sido los expuestos por *Paul Bockelmann* en 1968. Afirma este autor que

los conceptos del Derecho penal, incluso en los casos en que su caracterización se asemeja a los nombres de fenómenos equivalentes en los ámbitos de la moral y de la psicología (piénsese en "culpabilidad" y "dolo"), no tienen la misión de establecer "proposiciones éticas o psicológicas", sino que son "títulos" para determinados presupuestos de la valoración jurídica de las acciones humanas,

añadiendo que

por supuesto, el Derecho no se guía por la arbitrariedad cuando establece estos presupuestos, pero al hacerlo no está sujeto a los contenidos que la psicología y la moral, por su parte, dan a unos conceptos que también ellas emplean. Así, lo que se deba entender por "dolo" en el sentido del Código Penal no depende de cómo la psicología define el elemento constitutivo del dolo del "conocer"⁵¹.

Bockelmann resume las anteriores afirmaciones aseverando que el Derecho penal trabaja con su propia "psicología esotérica"⁵². Sin embargo, en los

⁵¹BOCKELMANN, "Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie", en *Radbruch-GS*, Göttingen, 1968, pp. 253-254. El mero hecho de que la ley distinga sólo entre dolo e imprudencia comporta ya una importante decisión normativa que deja a un lado el interés que para la valoración del hecho podrían tener otras realidades psíquicas; cfr., al respecto, VEST, *Vorsatznachweis*, p. 94. En posiciones cercanas, KRAUß, *Schaffstein-FS*, p. 416: "conceptos como dolo o intención no se proponen descubrir la realidad, sino 'comprender' dogmáticamente un acontecimiento, es decir, de una determinada manera que viene predeterminada jurídicamente". No lejos de estas ideas parece estar también SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968, pp. 9-10. En España afirman QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 287, que los elementos de conocimiento y voluntad en que los penalistas basan el dolo sólo pueden ser entendidos en términos técnico-jurídicos, que posiblemente no tengan nada que ver con nociones psiquiátricas o psicológicas.

⁵²BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 253. La expresión "psicología esotérica" proviene de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2ª ed., tomo II, 2ª parte, Leipzig, 1914 (reimp. 1965), p. 3 ss. BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 254, añade que "el Derecho penal construye sus conceptos a la medida de la finalidad para cuya consecución deben servir. Este fin es el establecimiento de una ordenación racional de la vida en sociedad, pues sólo donde tal ordenación se aplica surge la posibilidad de, por lo menos, apro-

planteamientos de este autor la idea de *esoterismo* parece circunscribirse al momento de formulación de determinados conceptos (dolo, culpabilidad), pero no se amplía de un modo explícito al instante de su aplicación judicial⁵³. En este sentido, *Bockelmann* sigue exigiendo para el dolo por lo menos una leve forma de consciencia y no aporta criterios definitivos acerca de como ésta debe determinarse en el proceso⁵⁴. Por este motivo, algunos autores acogen planteamientos similares a los de *Bockelmann* para resolver la cuestión relativa a la formulación del concepto de dolo y, sin embargo, defienden

ximar las decisiones jurídicas al ideal de la justicia. Por tal razón el Derecho penal debe apelar a la racionalidad de los ciudadanos y no puede trabajar con la técnica velada del *hidden persuaders*". A la vista de planteamientos como éstos, SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, p. 19, afirma que con los conceptos del Derecho penal más que reconstruir una realidad lo que se pretende es construirla. En tono crítico PRITTWITZ, GA, 1994: "con una psicología esotérica del Derecho penal no se gana nada y un Derecho penal al que le sea posible construir sus conceptos a la medida de sus finalidades se antoja, desde un buen principio, ilegítimo".

⁵³La influencia de este autor ha sido notable. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 74, considera que su trabajo ha dado lugar "a la moderna discusión sobre el tema". Argumentos muy similares a los de *Bockelmann* en JAKOBS, *Derecho penal*, p. 376: "el Derecho penal no atiende a toda la realidad psicológica, sino que de esta realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la Psicología pueden parecerle meros fragmentos". Por su parte, SCHROTH, "Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des 'dolus eventualis'", *NStZ*, 1990, p. 324, considera que con la cuestión del dolo eventual no se trata de responder a "la pregunta de cómo debe describirse adecuadamente la realidad, sino a la cuestión de cómo tenemos que interpretar apropiadamente la conducta de nuestros semejantes. El 'dolo eventual' no responde a una realidad específica, sino que es una figura de imputación con cuya ayuda se atribuye 'responsabilidad'". Cfr., igualmente, VEST, *ZStW*, 103 (1991), p. 608.

⁵⁴Así, afirma BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 255, que para el dolo no hace falta un "pensar en" o un "reflexionar", sino que basta con una ligera forma de consciencia. A ello se debe que, según este autor, los hechos pasionales también sean hechos dolosos, pese a que ello contradiga, sin duda, lo que la psicología podría afirmar al respecto. Cfr., igualmente KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 317. No lejos de los planteamientos de *Bockelmann* parece estar JAKOBS, *Derecho penal*, p. 375, quien se muestra de acuerdo con la idea de la "psicología esotérica", aunque añade que esto no quiere decir "que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho". Planteamientos cercanos a estos últimos en WALTER, *KrimJour*, 1981, p. 208.

perspectivas psicológicas para su determinación procesal⁵⁵. No obstante, en los argumentos de este autor puede verse el embrión de ciertas perspectivas normativas sobre la determinación procesal del dolo que actualmente se defienden⁵⁶.

B) Concepciones normativas de la determinación procesal del dolo

Dentro del presente apartado deben exponerse los puntos de vista de aquellos autores que en la actualidad defienden que la afirmación de que alguien ha actuado dolosamente tiene que basarse en el empleo de métodos distintos a la averiguación de ciertos datos psíquicos, una idea parecida a la de que el Derecho penal trabaja con una "psicología esotérica", pero trasladada al ámbito del proceso. Dos son en la práctica las vías más frecuentes para llegar a sostener semejante opinión: por una parte, algunos autores llegan a ella tras advertir la inviabilidad de los planteamientos psicológicos; otros, por contra, ya desde un principio entienden que al Derecho no le interesa la realidad psicológica, sino otras *realidades* que contribuyen de un modo más efectivo a conseguir los objetivos que se pretenden con el proceso y la sanción penal. La conclusión final es común a ambas perspectivas: *si con el Derecho penal debe conseguirse algún tipo de efectos, su empleo no puede estar con-*

⁵⁵La perspectiva de *Bockelmann* deja la puerta abierta a una entrada de las ciencias empíricas en la fase de constatación procesal de los fenómenos psicológicos en que se asienta el dolo. Así lo interpreta JÄGER, "Strafrecht und psychoanalytische Theorie", en EL MISMO (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 58, quien entiende que aunque se afirme que los conceptos de la dogmática son sólo títulos para determinados presupuestos de la valoración jurídica no debe dejar de tenerse en cuenta "que tales 'títulos' se refieren a determinadas realidades psíquicas que requieren un esclarecimiento psicológico o psicoanalítico, pues de lo contrario el Derecho penal incurre en la sospecha de querer satisfacer simplemente necesidades de pena con la ayuda de pseudo-argumentaciones acientíficas". Ésta es la opinión que parece defender igualmente PRITTWITZ, GA, 1994, p. 457 (nota 24), quien considera que abogar por un concepto de dolo delineado normativamente no debe equipararse a conformarse con una ficción de dolo.

⁵⁶En cuanto a la postura que se defiende en este trabajo sobre los términos en que debe construirse el concepto de dolo, se dan por buenos los planteamientos de *Bockelmann* y se remite a los argumentos ya explicitados *supra* VII.3.A.2.

dicionado por la averiguación de pretéritas realidades psicológicas que no pueden ser reconstruidas de un modo fidedigno.

La presente problemática trasciende al tipo subjetivo del delito y se extiende, en general, a las características de la *verdad* que debe averiguarse en el ámbito del proceso para poder fundamentar una condena. Ello es atribuible a que, si bien la constatación práctica de hechos psíquicos parece especialmente difícil, también concurren dificultades no desdeñables en todo lo que afecta a la constatación de las realidades denominadas *objetivas*. Por este motivo, a continuación deberán tomarse también en cuenta análisis doctrinales no estrictamente referidos a la problemática de la determinación procesal del dolo, aunque las considerables proporciones de la discusión doctrinal sobre esta cuestión, que tiene sus raíces en el debate sobre las bases teóricas del proceso penal, sólo permiten una visión panorámica de las opiniones más significativas.

B.1. Cuestiones generales: el objetivo del proceso penal

La idea de que una reconstrucción perfecta de la realidad efectivamente acaecida es irrealizable en el ámbito del proceso penal es una idea que cuenta con numerosos partidarios⁵⁷. Ya el *Reichsgericht* afirmó en 1927 que “un conocimiento absolutamente cierto queda fuera del alcance del imperfecto discernimiento humano” y que “si se exigiera una seguridad en tan alto grado, la aplicación del Derecho sería imposible”⁵⁸. Ideas como éstas, no sólo cuentan con un cierto arraigo en el ámbito de la determinación procesal de los imperceptibles elementos subjetivos, sino que algunos autores no dudan

⁵⁷Cfr., en general, sobre esta cuestión MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 36 ss.

⁵⁸RGSt vol. 61, p. 206. Cfr. al respecto, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 534. En otra sentencia de 1932 (RGSt, vol. 66, pp. 163-165) declara el mismo tribunal que “la verdad objetiva sólo es concebible mentalmente. Su determinación a través de la investigación y el discernimiento humano es conceptualmente imposible”. Sobre la jurisprudencia del *Reichsgericht*, cfr. A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 79 ss. Crítico con las ideas del *Reichsgericht*, GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n° marg. 9.

en extenderlas a la globalidad de hechos que deben determinarse en el proceso penal para fundamentar una condena⁵⁹. En este sentido sostiene *Freund* que “ciertamente, el conocimiento de la verdad material el objetivo declarado —aunque a la vez inalcanzable— de las ‘averiguaciones’ en el proceso penal”⁶⁰. *Winfried Hassemer*, por su parte, declara abiertamente que en dicho proceso no se busca la verdad material y aporta como principal fundamento para tal afirmación el hecho de que el sistema procesal cuente con innumerables prohibiciones de prueba que hacen a menudo imposible la consecución de tal objetivo con la finalidad de preservar determinados derechos del acusado. A lo anterior se une lo limitado de los medios humanos, económicos y temporales con los que se suele contar en el ámbito del proceso⁶¹. Por estos motivos afirma *Hassemer* que, en realidad, el objetivo del proceso no es más que la “búsqueda de una verdad formalizada” o de una “verdad forense”, lo que se basa en la idea de que “el proceso penal es una expresión de nuestra cultura y racionalidad (empíricas)”⁶².

La idea de que al Derecho penal le basta con dar por acreditada una determinada *verdad*, entendida ésta en sentido social, es expuesta de modo convincente por *Klaus Volk*, quien sostiene que “en el proceso penal se activa una ‘intervención en crisis’: debe reaccionarse de la manera más rápida po-

⁵⁹Sobre el tipo subjetivo, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 71, quien afirma que no se puede “pasar por alto lo dificultoso de una constatación empírica del mismo [del conocimiento del sujeto], por no decir su imposibilidad, desde la perspectiva del jurista”. KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 311, considera que los elementos subjetivos del delito simplemente son inaccesibles a una prueba de la verdad. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 3.

⁶⁰FREUND, *Normative Probleme*, p. 1.

⁶¹Cfr. HASSEMER, *Einführung*, pp. 150-152 y EL MISMO, *Crítica*, pp. 87-88. Interesante la comparación que lleva a cabo este autor entre el tipo de *verdad* que buscan las ciencias empíricas y la que se persigue en el proceso (*ibidem*, p. 149-150). Una fundamentación detallada de por qué este autor rechaza la idea de verdad material en HASSEMER, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. P.S. Ziffer, Buenos Aires, 1995, p. 84 ss.

⁶²HASSEMER, *Einführung*, pp. 153-154. Cfr. igualmente sobre este punto, KÄßER, *Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, p. 116 y el interesante trabajo de DE LUCA, “Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito”, *RIDPP*, 1992, p. 1255 ss, en que se postula una vuelta al método retórico y a la racionalidad comunicativa como claves del proceso penal.

sible a una perturbación de la paz jurídica y el juez se encuentra en la obligación de formular una inequívoca decisión de sí o no”⁶³. Según este autor, un fin tan concreto como el anterior lleva a relativizar las exigencias que comportaría la reconstrucción de la verdad: “la poco sutil trama del Derecho material, que no declara relevante para el fallo la totalidad de los acontecimientos, sino sólo unos pocos puntos de contacto tipificados, responde a una definición social de verdad que tiene que contentarse con lo que se pueda alcanzar con medios relativamente escasos en un tiempo relativamente breve”⁶⁴. En relación con lo anterior, Volk considera que “los conceptos teóricos sólo se rellenan parcialmente con contenido empírico”, pues la dogmática emplea unas reglas de coordinación (“Zuordnungsregeln”) con la realidad cuya naturaleza es distinta a la de las ciencias empíricas⁶⁵. El contenido empírico utilizado para *rellenar* el concepto jurídico-penal de dolo sería siempre de naturaleza objetiva, pues son los indicios objetivos los que hacen aplicable tal concepto⁶⁶. En cualquier caso, en el proceso no puede alcanzarse nada más allá de la probabilidad y el espacio que existe entre ésta y la verdad puede ser explicado pero no superado empíricamente. La explicación es normativa: el Derecho exige del juez una labor moral y, al convencerse éste de un hecho, asume la responsabilidad de la decisión⁶⁷.

⁶³VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 9.

⁶⁴VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 9.

⁶⁵VOLK, “Strafrechtdogmatik, Theorie und Wirklichkeit”, *Bockelmann-FS*, Munich, 1979, pp. 81-82.

⁶⁶Afirma VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 617-618, que “el concepto de dolo está vinculado, por un lado, a otros conceptos del sistema penal y, por otro, a la realidad observable. Esta relación se da en dos niveles. En primer lugar, existen proposiciones teóricas que vinculan conceptos teóricos entre sí sin tomar contacto con la ‘realidad’. Dos ejemplos: ‘el dolo pertenece al tipo subjetivo’ o ‘el dolo subsiste aunque falte la consciencia del injusto’. Éstas no son proposiciones respecto a las cuales se pregunte cómo se pueden probar en el proceso. Junto a éstas existen reglas de coordinación que vinculan conceptos teóricos con conceptos de la observación, preocupándose de este modo por la relación con la ‘realidad’, con hechos y con datos (por ejemplo: ‘quien apunta con precisión y dispara, actúa dolosamente’). Con su ayuda puede responderse a la cuestión de la prueba”.

⁶⁷VOLK, *NSStZ*, 1996, p. 106. Ello permite, por ejemplo, que el juez pueda resolver determinados casos con reglas sobre las que las ciencias empíricas no se han pronunciado.

También *Georg Freund* se ocupa de esta cuestión, considerando que no tiene por qué resultar erróneo seguir hablando de "verdad", aunque no se debe olvidar que la *verdad* que se consigue con la determinación procesal de los hechos, en la inmensa mayoría de los casos, no es una verdad histórico-empírica, sino una *verdad construida* con base en principios estrictamente normativos⁶⁸. Entiende este autor que "el juez no está en condiciones de encontrar la verdad material ni le sería lícito hacerlo aunque pudiera, pues no es un historiador que deba preocuparse sólo de acontecimientos pasados, sino que es alguien que hoy y aquí tiene que decidir sobre la culpabilidad o la inocencia de un acusado concreto. El *hecho pasado*, sólo posiblemente cometido (en sentido aristotélico), constituye en esta decisión simplemente el *punto de referencia*, que sólo debe investigarse hasta un cierto grado"⁶⁹. Añade este autor, que "la determinación de los hechos vista de esta manera no es en realidad otra cosa que *pura aplicación del Derecho*"⁷⁰.

En la doctrina italiana *Luigi Ferrajoli* se muestra partidario de la idea de verdad formal o procesal como objeto del proceso, una *verdad* "solamente probable y opinable", pero obtenida a través de reglas precisas y, por tanto, controlable frente a la arbitrariedad en que acaban desembocando los planteamientos que declaran perseguir una pretendida verdad sustancial⁷¹. En-

⁶⁸FREUND, *Normative Probleme*, pp. 151-152. También concibe las afirmaciones sobre el tipo subjetivo en clave de *construcción* de realidades y no de descripción MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 195-196.

⁶⁹FREUND, *Normative Probleme*, p. 152 (cursiva en el original).

⁷⁰FREUND, *Normative Probleme*, p. 152 (cursiva en el original). Desde la óptica de este autor (*ibidem*, p. 153) "el objetivo del proceso penal en lo que atañe a la determinación de los hechos no es *nunca* la inalcanzable *verdad material*, sino la consecución de unos resultados objetivos de la prueba relacionados con el hecho a probar que, junto con las condiciones del riesgo tolerado de una condena errónea, justifican una condena. Sólo enunciando claramente *este objetivo* se garantiza una correcta traslación del *programa de Derecho material* al proceso penal, se evitan fricciones y despropósitos y se dirige la vista a aquello en torno a lo cual realmente gira la cuestión: la *responsabilidad* del acusado por un *hecho en realidad* (en sentido aristotélico) *sólo posiblemente cometido*, a la '*culpabilidad*' que de esta manera se determina en el acusado" (cursiva en el original).

⁷¹FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 45. En la doctrina española ASENSIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pp. 15-16, configura en términos de probabi-

tiende este autor que defender la idea de que se puede alcanzar una verdad objetiva o absolutamente cierta es “una ingenuidad epistemológica”, porque tampoco las teorías científicas “son calificables nunca como ‘verdaderas’ en el sentido de que se pueda excluir con certidumbre que contengan o impliquen proposiciones falsas”⁷². La verdad que se busca en el proceso es, en tal medida, sólo una verdad aproximativa, a causa del carácter histórico, subjetivo y jurídicamente limitado de la investigación judicial. Sin embargo, este cambio de objetivo presenta dos notables ventajas. En primer lugar, actúa como barrera de las libertades del ciudadano frente a extralimitaciones en la pretensión punitiva del Estado⁷³. En segundo lugar, permite emplear medios más racionales de comprobación y control en la búsqueda de la hipótesis con mayor capacidad explicativa⁷⁴.

A muchos de los planteamientos que aquí se recogen subyace una visión interaccionista del ideal de justicia, basada en el argumento de la verdad consensual⁷⁵. Como indica Díez Ripollés, a estos planteamientos “les es co-

lidad la base de la convicción judicial, añadiendo que dicha probabilidad “ha de ser medida en términos de verosimilitud”.

⁷²FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 50. En *ibidem*, p. 135, este autor afirma que “ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza inopugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. *No existen, en rigor, pruebas suficientes*” (cursiva en el original).

⁷³FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 51 ss. Sobre la verdad procesal como límite garantista, *ibidem*, p. 541 ss, esp. p. 546.

⁷⁴FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 63 y p. 143 ss. En *ibidem*, p. 604 este autor vincula su modelo de *verdad* a la versión acusatoria del proceso penal, que “concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario”. Este modelo se contrapone a la búsqueda de la verdad *única* que, según este autor, preside el proceso inquisitivo. Sobre la mayor posibilidad de control de este modelo de conocimiento procesal, cfr. *ibidem*, p. 623.

⁷⁵Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 193, haciendo expresivas ideas de Habermas. Cfr., *ibidem*, p. 196, donde se caracterizan las concepciones interaccionistas con la idea de que “no podemos partir de un concepto de ‘realidad’ independiente del término ‘expresión verdadera’ con el que lo expresamos”. Una perspectiva global de los planteamientos interaccionistas en relación con los elementos subjetivos del delito,

mún la idea de que la constatación de los elementos del delito en el proceso, y con mayor razón aún si se trata de elementos subjetivos, implica fenómenos de atribución o de imputación con frecuencia estrechamente condicionados por el contexto procesal en que se desenvuelven y en los que la idea de consenso entre partícipes desempeña casi siempre un papel mayor o menor⁷⁶. Al mismo tiempo, planteamientos de este tipo sitúan el objetivo del proceso a un nivel más asequible que el de la verdad material, de tal modo que ya en el plano teórico se atiende a la necesidad de que la aplicación de la sanción penal y los efectos que ésta comporta puedan realizarse.

Puntos de vista como los anteriores tienen lógicamente sus repercusiones cuando se trata de acometer el estudio de los criterios que deben posibilitar la determinación procesal del dolo. Como se analiza en el siguiente subapartado, los autores que abandonan la idea de que tal determinación dependa de la averiguación de un dato de naturaleza psíquica, tratan de aportar nuevos criterios para establecer en qué casos alguien ha actuado dolosamente.

B.2. Concepciones normativas sobre la "determinación del dolo"

a) Panorámica doctrinal

Un primer desarrollo normativo mínimamente completo de la determinación procesal del dolo puede encontrarse en el pensamiento de *Hans Kelsen*, quien ya a principios de este siglo estableció que "la determinación de los procesos psíquicos no es misión de la Ciencia del Derecho, ni tampoco le resulta posible a ésta"⁷⁷. Las enormes dudas de este autor sobre la posibili-

en *ibidem*, pp. 192-235. Interesante también en este ámbito SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, p. 25 ss.

⁷⁶DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 192. Sobre las influencias interaccionistas en las perspectivas normativas, *ibidem*, p. 276 ss. Un claro ejemplo de estas perspectivas en KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 313, quien afirma que el objetivo del proceso penal es "una representación de la verdad común a todos los que en él participan".

⁷⁷KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 156.

dad de que la psicología estuviera en condiciones de reconstruir fidedignamente los procesos psíquicos humanos, le llevaron afirmar abiertamente que

cuando en el tipo de injusto parecen incorporarse requisitos como “voluntad”, “intención” u otros fenómenos psíquicos, éstos deben simplemente interpretarse como factores externos que resulten reconocibles de forma objetiva al juez y que admitan como posible la hipótesis de los fenómenos psíquicos en cuestión. Lo que el juez debe determinar en ciertos casos no es la verdadera voluntad o la verdadera intención que pertenecen al tipo de injusto —que en absoluto puede constatar—, sino que lo que debe determinar son circunstancias externas con base en las cuales el juez presume de forma jurídica determinados fenómenos psíquicos⁷⁸.

Desarrollos que estén al nivel de los de *Kelsen* no se encuentran hasta tiempos mucho más recientes en trabajos de autores como *Krauß*, *Schild* o *Hruschka*, quienes abordan el estudio de la determinación procesal del dolo desde una perspectiva abiertamente normativa. Así, el primero de ellos, *Detlef Krauß*, lleva hasta sus últimas consecuencias lo sostenido en su momento por *Bockelmann* y no sólo defiende que “la dogmática reduce la problemática psicológica del dolo y tipifica este concepto en la superficie de las categorías socialmente comprensibles del conocer y el querer”, sino, también, que “el problema de delimitación de dolo e imprudencia es un problema de valoración social de un determinado hecho psicológico expresado *objetivamente* en una acción”⁷⁹. Según este autor, en una teoría de la culpabilidad retributiva (que es la que desde su punto de vista rige en los actuales sistemas penales) “no sirve como pauta el modelo *de* hombre (empíricamente verificable), sino el modelo de hombre prescrito en los juicios de valor de la comunidad”⁸⁰. Las teorías retributivas se basan en una visión del hombre co-

⁷⁸KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 157. Las dudas de este autor sobre la capacidad de la psicología en *ibidem*, pp. 156-157.

⁷⁹KRAUß, *Bruns-FS*, pp. 26-27. Este autor repite con insistencia la idea de que al Derecho penal —especialmente en el ámbito del proceso— sólo le interesa una reconstrucción esquemática del hecho que permita solucionar la situación conflictiva y no un análisis profundo de todos los elementos que en él concurren, como podría ser el objetivo de ciencias como la Criminología; cfr. también EL MISMO, “Kriminologie und Strafrecht”, en *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, p. 255 y pp. 257-258.

⁸⁰KRAUß, *Bruns-FS*, p. 23 (cursiva en el original).

mo persona social, como miembro de la comunidad y, en tal medida, sólo visiones preventivo-especiales requerirían de la plena investigación de la personalidad del autor⁸¹. Todo parece indicar, pues, que son las finalidades de la pena las que establecen con qué modelo de verdad debe trabajarse en el ámbito del proceso y, en este sentido, la finalidad que auténticamente rige en la actualidad no requiere que se indague hasta el final la realidad psíquica del acusado⁸².

Entiende *Krauß* que, cuando desde el Derecho penal se analiza el tipo subjetivo de un hecho perturbador, se juzga al sujeto de acuerdo con un patrón que viene dado por la imagen del "hombre normal", planteándose la pregunta de qué habría conocido éste en la misma situación que el autor concreto. En tal sentido la real subjetividad del individuo no interesa, es decir, no importa si el sujeto *realmente* conoció, sino si desde un punto de vista valorativo dicho conocimiento se habría dado en un hombre normal⁸³. Si la

⁸¹KRAUß, *Bruns-FS*, p. 25.

⁸²Afirma KRAUß, *Schaffstein-FS*, pp. 417-418, que "el hecho, como fundamento de la sentencia, ya desde un principio no se toma en consideración como un acontecimiento personal y social en toda su complejidad, sino, por contra, la dogmática del Derecho material y la regulación del proceso se dedican deliberada y conscientemente a la 'reducción de la complejidad'", una expresión tomada de *Luhmann*, de acuerdo con la cual la función de la dogmática es "la disminución 'sistemática' de problemas". Según *Krauß*, el Derecho penal siempre se ve obligado a actuar en poco tiempo, pero suministrando a la vez puntos de orientación para los ciudadanos. Dichos puntos de orientación no se basan en la compleja y variada realidad, sino en la uniformidad de modelos ideales de acontecimientos sociales. "La justificación dogmática para este 'déficit de realidad', la proporcionan las cláusulas generales de la igualdad en el Estado de Derecho y la calculabilidad ('Berechenbarkeit')".

⁸³Según KRAUß, *Bruns-FS*, p. 22, en un concepto de injusto que siga el modelo del finalismo se tiene que producir una objetivación del dolo, pues "su contenido viene establecido por las categorías valorativas de la observación social (...) el dolo se define, por así decirlo, hacia atrás: el suceso externo de una perturbación social marca su contenido, busca su correspondencia en el cuadro de representación del autor y pregunta si la dirección de la acción con el resultado de una perturbación social es el resultado de un proceso voluntario. La pregunta dirigida al contenido de la acción '¿lo hizo con voluntad?' propone justo lo contrario a un esclarecimiento psicológico de la estructura de la motivación, pues sólo exige como respuesta la explicación sobre si el autor (en sentido social) ha actuado de modo voluntario o lo ha hecho por descuido".

respuesta es afirmativa basta con ello para entender que existe un hecho objetiva y subjetivamente perturbador que se hace merecedor de la pena de los delitos dolosos. Así pues, las ideas de este autor pueden resumirse con la afirmación de que al Derecho penal le basta con valorar un hecho como socialmente doloso para imponer la pena del dolo⁸⁴.

Según *Wolfgang Schild*, la definición tradicional de dolo como “conocer y querer” se ha ido desvirtuando de tal modo con el transcurrir de los años, que ya difícilmente puede seguir afirmándose que dichos datos se buscan como realidades psíquicas en la cabeza del autor, sino que han devenido un constructo normativo que se decide “en la cabeza de los juristas”⁸⁵. Según este autor, la posibilidad de mantenimiento de la fórmula pasa por abandonar la idea de que con ella se debe “encontrar” o “deducir indirectamente” un determinado dato psíquico; en realidad, de lo que se trata es de trabajar las diversas formas y estrategias de atribución de responsabilidad⁸⁶. Sin embargo, *Schild* no aporta criterios concretos para determinar la concurrencia de dolo más allá de la exigencia de que en el acusado se constate “un determinado conocimiento de las circunstancias del suceso, un cierto pronóstico sobre el propio poder de actuación, una determinada decisión de actuación, una identificación específica con lo que va a suceder (aunque el autor haya

⁸⁴KRAUß, *Schaffstein-FS*, pp. 418-419: “el hecho no se investiga sólo en sus condiciones y conexiones científicas comprensibles socialmente, sino en sus repercusiones entendidas como una perturbación experimentable por la generalidad del orden social”. No parece alejado de estas últimas ideas SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 15, cuando sostiene que “la afirmación de que una acción ha sido dolosa significa, ante todo, que se interpreta como dolosa la orientación de la acción de un individuo”. Por contra, se muestra crítico ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, p. 53, quien acusa a Krauß de “hacer de la necesidad virtud”, al defender éste que a la dogmática le importa bien poco la realidad psicológica.

⁸⁵SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 132-133. Según este autor el proceso de desnaturalización de la definición del dolo es atribuible a construcciones doctrinales como la valoración paralela en la esfera del profano o la co-consciencia, en la vertiente cognitiva, y las diversas teorías del dolo eventual, en el aspecto volitivo.

⁸⁶SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 135-136. Tales ideas ya se expresaban en EL MISMO, *AK-StGB*, previo al § 13, n.º marg. 168, donde se afirma que la voluntad en sentido jurídico-penal no es un hecho psíquico sino “un concepto de reflexión relativo a la responsabilidad”.

deseado, anhelado o rezado para conseguir otro resultado), esto es, un 'conocimiento' práctico que devenga una 'voluntad'"⁸⁷.

Más explícito resulta el punto de vista de *Joachim Hruschka*, uno de los autores que acoge de modo más entusiasta la idea de que, cuando se afirma por parte de los tribunales que un determinado hecho se ha cometido dolosamente, no se constata realidad psíquica alguna⁸⁸. La vía que sigue este autor para llegar a tal conclusión pasa por analizar en detalle la verdadera naturaleza de la prueba de indicios, para así demostrar cómo el planteamiento psicológico no rige en la práctica. *Hruschka* plantea el siguiente ejemplo:

el acusado, vendedor en una tienda de armas, adulto, sin ningún problema psíquico y con una agudeza visual normal (no corto de vista), fue observado por testigos mercedores de crédito sosteniendo una escopeta de caza en dirección a la posterior víctima. Ésta se encontraba en el campo de visión del acusado, sin que objeto alguno obstaculizara su capacidad visual. Dicho acusado cargó el fusil y accionó el gatillo, saliendo una bala que alcanzó a la víctima en el corazón, muriendo ésta en el acto. En el proceso el acusado se niega a declarar (...) su defensa alega que actuó sin dolo porque *no sabía* que con la bala fuera a matar o lesionar a alguien⁸⁹.

Para rechazar la pretensión de la defensa y condenar por homicidio, entiende *Hruschka* que, a falta de ulteriores pruebas, cualquier tribunal argumentaría de la siguiente manera:

un adulto centroeuropeo normal sabe por regla general, y más aun si despacha en una tienda de armas, qué es una escopeta, cómo debe manejarse y cómo disparar a un blanco. Sabe, igualmente, que un disparo contra otra persona es peligroso para ésta y, según en qué circunstancias, incluso peligroso para su vida. Por todo ello debe concluirse que el acusado, que cumple todos y cada uno de estos requisitos, fue consciente de la peligrosidad de su comportamiento para la vida de la víctima.

⁸⁷SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, p. 136.

⁸⁸El trabajo donde este autor desarrolla de forma más detallada su punto de vista es HRUSCHKA, "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", *Kleinknecht-FS*, Munich, 1985, p. 191 ss.

⁸⁹HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194 (cursiva en el original).

Es evidente que en estos casos el hecho puramente interno “conocimiento” se deduce por completo de circunstancias externas⁹⁰. *Hruschka* considera que los antiguos argumentos *ex re* sólo han desaparecido formalmente del actual lenguaje jurídico, pero siguen siendo utilizados por los tribunales y por todas las personas en la vida cotidiana:

cuando alguien palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo, (...) cuando alguien lanza flechas en dirección a un diana y siempre acierta en el punto central, deducimos que está apuntando y que tiene, por tanto, la intención de enviar la flecha al centro de la diana. Estos ejemplos podrán parecer extravagantes a muchos lectores (...) pero no sucede nada distinto cuando en un caso deducimos a partir de elementos ‘externos’ que el acusado fue consciente de su hecho y de sus circunstancias relevantes y que, por tanto, actuó dolosamente⁹¹.

Según este autor, “aunque las confesiones o las circunstancias ‘externas’ sean o puedan ser (meros) indicios para afirmar el dolo, ninguno de estos indicios es un indicio *bastante* para dicha afirmación, por lo que se plantea entonces la pregunta sobre en qué medida un cúmulo de indicios insuficientes puede aportar la ‘prueba’ del dolo”, pues “los simples indicios siguen siendo simples indicios, por mucho que se acumulen”⁹². Desde su perspectiva, debe reflexionarse sobre la idea de que “no ‘existen’ hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que ‘existen’ hechos ‘externos’. ‘Existen’ en tan escasa medida como ‘existe’ la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aun más sencillo si pensamos en que ningún científico natural, *en tanto que tal*, daría con estas cosas”⁹³. Concluye *Hruschka* afirmando que, “como todo lo espiri-

⁹⁰Cfr. HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194.

⁹¹HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 197.

⁹²HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 200 (cursiva en el original).

⁹³HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 200-201, (cursiva en el original) donde se añade la idea de que “en la terminología del *Wittgenstein* tardío: libertad, acciones, responsabilidad, culpabilidad y dolo no aparecen en el *sprachspiel* del científico natural y, por tanto, no los podemos tratar como hechos y tranquilizarnos con que son hechos especiales o hechos internos”. Muy interesantes al respecto las consideraciones de KINDHÄUSER, “Der Vorsatz als Zurechnungskriterium”, *ZStW*, 96 (1984), p. 5 ss. Crítico con *Hruschka*, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 274 (nota 37), quien

tual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que *se imputa*. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*"⁹⁴.

b) Posturas normativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la inmensa mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español no se aprecia una especial preocupación por los problemas teóricos que plantea la determinación procesal del dolo. En este sentido, y como ya se ha ido apuntado, la jurisprudencia suele partir de que el conocimiento en que se asienta la imputación dolosa es un dato psíquico oculto en la conciencia del sujeto, aunque esto no impide que pueda ser deducido o inferido a través de la prueba de indicios. Por regla general, el Tribunal Supremo no suele dar una gran importancia al margen de error que incorpora toda reconstrucción de hechos psíquicos a través de indicios objetivos y, en cual-

afirma que "las dificultades de la prueba procesal no pueden confundirse con la no-existencia de la realidad misma".

⁹⁴HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 201 (cursiva en el original). Añade este autor que "los defensores del *dolus ex re* lo habían visto y sólo resulta errónea su interpretación del *dolus ex re* como una conclusión sobre la prueba de hechos 'internos' a partir de hechos 'externos'". De acuerdo con estas ideas, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 237-238 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 72: "dado el carácter subjetivo del elemento conocimiento y dada la imposibilidad de constatación empírica, éste deberá ser imputado al sujeto en base a los datos externos o indicadores que sí se prestan a este tipo de constatación". En idéntico sentido, *ibidem*, p. 54: "los elementos que conforman el dolo no pueden ser investigados y probados, sino sólo imputados". En línea similar, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 1, afirma que los enunciados acerca del dolo de otra persona no deben ser observados como juicios teóricos sobre cómo es una realidad presente o pasada, sino como juicios prácticos que indican cómo debe ser interpretada la conducta de nuestros semejantes. JAKOBS, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos", trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 139 (nota 18), critica a *Hruschka* que "esta adscripción se produce como consecuencia de 'circunstancias externas', 'de hechos objetivamente constatados' y de ahí que presente una vinculación naturalística". VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 617 (nota 33), entiende que la idea de *Hruschka* de la imputación del dolo sólo es "la verdad a medias". Cfr., asimismo, MYLONOPOULOS, "Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo", *ZStW*, 99 (1987), pp. 687-688.

quier caso, considera que el criterio decisivo es la convicción del juez mientras ésta no resulte arbitraria⁹⁵.

Por estos motivos, tiene un notable interés la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1987, en la que el Tribunal reconoce que, en la indagación de un posible *animus necandi*, "no es posible utilizar un método 'ad intra' tratando de penetrar e interiorizar en el intelecto del agente", sino que debe emplearse "un método 'ad extra', acudiendo y atendiendo a los actos exteriorizativos de esa incógnita intención que tengan naturaleza objetiva y que permitan, dentro de la fiabilidad del criterio humano, con la menor posibilidad de errar, llegar a la conclusión de si, el sujeto activo, en la ocasión de autos, actuó guiado por un *animus necandi*"⁹⁶. En una línea similar, en su sentencia de 21 de febrero de 1987 el citado tribunal habla explícitamente de "imputación" del *animus necandi*, de la imposibilidad de contar con un "conocimiento empírico directo" de los propósitos de un sujeto y del recurso a los indicios objetivos y a las "reglas del sano criterio" como "una deducción razonablemente firme no equiparable, sin embargo, a la absoluta certeza"⁹⁷.

La dinámica general de la jurisprudencia encuentra su probablemente más remarcable excepción en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989⁹⁸. Dentro de la fundamentación jurídica de esta resolución se afirma que "el *desideratum* del principio de culpabilidad básico en materia de Derecho Penal sería el poder determinar el individual estado de consciencia

⁹⁵Un ejemplo especialmente ilustrativo de estas ideas en la STS de 21 de febrero de 1994 (A 1551, ponente Soto Nieto), en la que se afirma que determinados datos objetivos son "estimables referencias capaces de reconducirnos al estado anímico del sujeto, permitiendo pasar de la apreciación del haz de datos objetivos y externos, desentrañando su verdadera y oculta significación, al conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad alumbradora e impulsora de sus actos".

⁹⁶A 5550, ponente Vivas Marzal.

⁹⁷A 1276, ponente Jiménez Villarejo.

⁹⁸A 6243, ponente García Miguel. La defensa de un condenado por rufianismo recurrió en casación alegando que su representado había incurrido en un error de prohibición.

o intencional de la persona a quien se impute un delito", pero "ello es imposible en el actual momento histórico y grado de desarrollo de las ciencias del conocimiento". A juicio del Tribunal, "razones de seguridad jurídica colectiva, en tanto en cuanto el adelanto de la ciencia no permita un mayor conocimiento de lo que pasa en la mente de una persona" hacen necesario acudir a otros criterios, "aun a sabiendas de lo erróneo y, en consecuencia arbitrario, que en ocasiones puedan resultar los juicios de valor que se formulen". En este sentido, la única manera de "inferir tales elementos anímicos es atender a los datos objetivos sensorialmente perceptibles", acudiendo "a consagradas fórmulas generales de mensuración, como son las acuñadas en los conceptos más o menos tópicos como son v.g. 'la diligencia de un buen padre de familia', la conducta que seguiría 'el hombre medio' etc.", o juzgando "la conducta del inculcado por lo que en análoga situación conocería cualquier persona normal".

En el texto de esta resolución se plasman ideas ya puestas en evidencia por algunos de los autores anteriormente mencionados. Ante todo, tiene un especial interés la idea de que determinadas necesidades colectivas obligan a acudir a criterios de determinación de los elementos subjetivos que incorporan un cierto margen de error con respecto a la que fuera realidad psíquica del sujeto activo⁹⁹. Este modo de ver las cosas, como se mostrará seguidamente, no está exento de puntos críticos. Sin embargo, debe reconocerse que, en cualquier caso, en esta sentencia se consigue describir con una elogiabile honestidad científica la disyuntiva en que se encuentra todo aplicador jurídico en el momento de determinar la concurrencia de determinados elementos de naturaleza subjetiva.

IX.4. Aspectos problemáticos de las concepciones normativas

En todo planteamiento basado en ideas como las expuestas en los subpartados anteriores es posible encontrar dos puntos especialmente proble-

⁹⁹Unas ideas que, en cierto modo, se expresan en argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias. Cfr., al respecto, *infra* nota 107.

máticos: el primero de ellos afecta a la legitimidad de tales ideas; el segundo a sus condiciones concretas de aplicabilidad. Los problemas de legitimidad que plantean las concepciones normativas de la "determinación del dolo" son evidentes. Aunque probablemente los autores que las defienden estén describiendo correctamente cómo se obtiene la determinación de los *hechos subjetivos* en la actual práctica del proceso penal, éste no es un argumento por sí solo convincente para afirmar, desde un plano teórico, que deba ser éste también el modelo ideal de funcionamiento. Defender que los objetivos del proceso no sólo *son*, sino que también *deben ser*, la "verdad social" o la "verdad construida", plantea el problema de que se admiten por principio posibles divergencias entre dichas "verdades" y la realidad efectivamente acaecida. Ello implica que en toda condena se asume conscientemente un riesgo de error, una afirmación inquietante sobre cuya legitimidad se plantean serias dudas.

El segundo problema se extrae de las afirmaciones de *Krauß, Schild* o *Hruschka* y no viene dado tanto por lo que se puede considerar un desarrollo teórico erróneo, como por un desarrollo teórico incompleto. En efecto, para que un planteamiento normativo resulte aceptable, no basta con afirmar que el dolo no se determina acreditando un dato psíquico, sino que se imputa: además debe explicitarse con qué criterios se debe llevar a cabo dicha imputación y por qué deben utilizarse éstos y no otros. Estas ideas pueden hacerse extensivas a los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989, citada en el subapartado anterior. También en relación con esta concreta resolución, lo que debe analizarse es si las valoraciones de datos objetivos en que se asienta la "determinación del dolo" deben implicar siempre un cierto grado de arbitrariedad, como sostiene el propio Tribunal Supremo.

Al análisis de estos dos tipos de problemas —relativos a la legitimidad y a la aplicabilidad de las concepciones normativas— se dedican los siguientes apartados, en los que se deberá prestar una especial atención a algunas de las propuestas teóricas defendidas para su superación.

A) Problemas de legitimidad

A.1. Planteamiento

Así como nadie parece atreverse a discutir la plena legitimidad teórica de los planteamientos psicológicos sobre la “determinación del dolo”, sino sólo su aplicabilidad, a quienes pretenden apartarse de éstos se le achaca, como crítica fundamental, déficits de legitimidad en su postura¹⁰⁰. Muñoz Conde, por ejemplo, afirma que “cualquier tipo de valoración (sea puramente normativa o producto de planteamientos psicológico-colectivos o interaccionistas) tiene que partir de la realidad psíquica a que se refieren los elementos subjetivos”, porque ésta es la única manera de “evitar aberraciones”¹⁰¹. El hecho de que las perspectivas normativas renuncien a la subjetividad del autor penal y empleen criterios de corte objetivo, como el sentido social de la conducta realizada, también es una fuente de críticas. Así, afirma Ecker que “toda objetivación significa un acercamiento al Derecho penal del resultado y hace temer un conflicto con el principio de culpabilidad”¹⁰².

En esta misma línea, las críticas no sólo pueden dirigirse a la objetivación de los criterios de atribución del dolo, sino también al modelo ideal de sujeto con que trabajan, en palabras de Krauß, las instancias aplicadoras del Derecho penal¹⁰³. Así, por ejemplo, Reinhart Lempp entiende que el Derecho penal opera con un modelo de sujeto “mentalmente sano” que en todo momento conserva el “dominio sobre sus determinaciones”, un modelo que, sin embargo, raras veces concurre en la práctica. Yendo incluso más allá, según este autor la alternativa entre individuo “psíquicamente sano y, por tanto, en

¹⁰⁰DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 300, entiende que, además, el punto de vista normativo “carece de una fuente metodológica única ajena a la propia reflexión dogmática jurídico-penal a la que reconducirse”.

¹⁰¹MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13. Añade el primer autor (*ibidem*) que “cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica”.

¹⁰²ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 92.

¹⁰³Sobre el planteamiento de Krauß, cfr. *supra* IX.3.B.2.a.

condiciones de cumplir las exigencias normativas de capacidad de comprensión y control, o psíquicamente enfermo y, en consecuencia, con nula o escasa capacidad de comprender y controlarse, es *simplemente irreal*"¹⁰⁴. También esta visión simplificada del hombre es una manifestación más del objetivismo de las visiones normativas: éstas no se basan en un modelo individualizado de persona al que se vaya a tomar en cuenta todas sus peculiaridades psicológicas, sino en un patrón objetivo basado en la figura del *hombre racional medio*, cuya concurrencia se presume en todas aquellas personas capaces de culpabilidad¹⁰⁵.

Evidentemente, cualquier objetivación implica un cierto alejamiento de la auténtica realidad subjetiva del acusado que, a su vez, incorpora un cierto margen de error entre los resultados del juicio objetivo de atribución y la auténtica realidad psíquica del individuo. La principal base para legitimar tal margen de error a la que suelen acudir los planteamientos normativistas es la necesidad de que el Derecho penal produzca determinados efectos: puesto que la realidad efectivamente acaecida no puede conocerse o, por lo menos, en su conocimiento nunca se desvanecen todas las dudas, nunca podría llegarse a una condena, aunque sólo fuera por la vigencia del *in dubio pro reo*. Ello llevaría, como afirma Freund, "a convertir el Derecho penal en un instrumento inefectivo para el control social"¹⁰⁶. La consecuencia que de aquí se extrae es evidente: si se quiere atribuir al Derecho penal algún tipo de posibilidad de intervenir efectivamente en la sociedad, no sólo debe renunciarse a la búsqueda de la verdad material, sino que debe aceptarse que, en el ámbito del proceso, y por lo que respecta a los elementos subjetivos, basta con

¹⁰⁴LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 198 (cursiva en el original).

¹⁰⁵Cfr., en este sentido, las críticas que se formulan a este modelo ideal desde el punto de vista de las ciencias empíricas en PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 35 ss. Véase igualmente SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, pp. 216-217, donde se defiende la idea de que en los interrogatorios a los acusados de homicidio se parte también de un modelo de sujeto racional que no necesariamente se corresponde con la realidad del acusado en el momento de comisión de los hechos.

¹⁰⁶FREUND, *Normative Probleme*, p. 6. Algo ya advertido por LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, p. 145: una aplicación estricta de la prueba de los *facta interna* no permite ir más allá, en la inmensa mayoría de los casos, de la apreciación de un delito imprudente.

determinar "algo distinto" a ciertas realidades psíquicas pretéritas en la persona del acusado.

Una vía para dotar de legitimidad a la perspectiva normativa puede pasar, como ya se ha apuntado, por la idea de que, si no se renuncia a la realidad psicológica como objetivo del proceso, el Derecho penal devendría inefectivo y los perjuicios que se derivarían de tal inefectividad para el conjunto de la sociedad serían superiores a los que se pueden producir imputando dolo a algunos sujetos que realmente no hayan contado con los conocimientos requeridos por semejante título de imputación¹⁰⁷. Este argumento de defensa social, sin embargo, no consigue eliminar el riesgo de que en determinados casos concretos la instrumentalización persista: los beneficios sociales que reporta la imposición de la pena los satisfacen (y a qué precio) sólo unos pocos sujetos, cuya designación obedece a criterios que se antojan, si no arbitrarios, sí inadecuados desde el punto de vista del respeto a la dignidad del individuo. La crítica de la instrumentalización permanece como un escollo especialmente problemático para las perspectivas normativas. En palabras de Sessar, un Derecho penal que delinea los conceptos en que se asienta el dolo prescindiendo de una base psicológica, crea únicamente "instrumentos de retribución por el hecho cometido", de dudosa legitimidad y validez en sistemas que se declaran preventivos y respetuosos con la dignidad de la persona¹⁰⁸.

En el ámbito del dolo, a todas estas críticas subyace un temor: renunciar a la real subjetividad del autor como punto de referencia para la constatación del dolo entraña el peligro de que, en un número mayor o menor de supuestos, pueda llegar a afirmarse que el sujeto conoció (o quiso) algo que *realmen-*

¹⁰⁷Conviene volver a citar los argumentos sostenidos en la STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre): "la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social".

¹⁰⁸SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, p. 216.

te no conoció (ni quiso). La idea es expresada con especial plasticidad por Freund:

· dado que las normas sancionadoras sólo prevén la pena para el caso en que realmente se hayan dado sus requisitos fácticos, cualquier renuncia al ideal de la reconstrucción absolutamente segura de la verdad material acarrea desde un principio un determinado *riesgo de juicio erróneo*. Esta resignación consciente a la condena de no culpables requiere, por encima de todo, *legitimación*¹⁰⁹.

Añade este autor que “el problema del riesgo de juicio erróneo tiene una especial entidad en la comprobación de hechos psíquicos ajenos. En este ámbito como en ningún otro de los referentes a la ‘averiguación de los hechos’, la renuncia a la comprobación de la verdad material es especialmente palpable, así como el riesgo de un juicio erróneo”¹¹⁰. Sin embargo, no debe perderse de vista que el riesgo de error es algo común a toda la actividad judicial en el momento de fijación de los hechos probados¹¹¹.

· ¹⁰⁹FREUND, *Normative Probleme*, p. 1 (cursiva en el original). Cfr. igualmente, *ibidem*, p. 58.

¹¹⁰FREUND, *Normative Probleme*, p. 3. Cfr. la afirmación de que en toda práctica de la prueba existe una “fuente adicional de errores” en KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 3-4. La idea de la existencia de un riesgo de error también es compartida por WALTER, *KrimJour*, 1981, p. 210, quien entiende que no puede eliminarse el problema que supone el hecho de que la determinación de fenómenos psíquicos (en concreto, los motivos) se lleva a cabo mediante una reconstrucción *a posteriori* que no tiene por qué corresponderse con los hechos psíquicos que realmente se han dado.

¹¹¹Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios*, p. 710, ningún tipo de prueba asegura un resultado exacto, “estando ínsita la posibilidad de error a todo juicio humano”. La idea de que el riesgo de error es más elevado en la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito responde sólo a una intuición, pues el cálculo de márgenes concretos de error requeriría cotejar los resultados obtenidos con la realidad efectivamente acaecida, una tarea que no se tiene por posible. Sobre el margen de error de la actividad probatoria en general, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43: “certeza en materia criminal no es más que la probabilidad, puesto que siempre queda un margen de error”. MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 59, admite que dicho margen de error, como en todas las actividades humanas, tampoco puede eliminarse en la aplicación de la justicia.

La idea del "riesgo de juicio erróneo" expresada por *Freund* resulta muy ilustrativa y permite centrar claramente dónde radican los problemas de legitimidad de las concepciones normativas del proceso en general y, en particular, de la determinación procesal del dolo. Este mismo autor, y otros como *Andreas Hoyer* o *Ulrich Stein*, ha tratado en los últimos tiempos de aportar argumentos que permitan legitimar la aceptación consciente de un riesgo de error por parte de los aplicadores del Derecho. La característica común a todos estos autores es que en sus trabajos desaparece el temor a llamar a las cosas por su nombre y a admitir sin tapujos que a la eficacia del Derecho penal le es inherente un cierto margen de error. Admitir en el plano teórico lo que en realidad no es otra cosa que, simplificando, *el riesgo de condena de posibles inocentes*, parece mucho menos atractivo que hablar de "verdad material" o de "realidad psicológica". Sin embargo, resulta mucho más ajustado a las limitadas capacidades de conocimiento de los intervinientes en el proceso, a la praxis cotidiana y, por tanto, al *auténtico* Derecho penal.

A.2. Intentos de superación

a) El planteamiento de Georg Freund

Georg Freund es, hasta el día de hoy, el autor que de un modo más exhaustivo ha abordado la problemática de la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito, tratando de aportar una propuesta teórica convincente para su resolución¹¹². Según este autor, en prácticamente toda determinación procesal de los hechos psíquicos en que se basa el dolo existe un riesgo de error, de tal modo que una aplicación estricta del principio *in dubio pro reo* debería llevar a absolver siempre y en todo caso y, en tal medida, el Derecho penal devendría un instrumento totalmente inefectivo para el

¹¹²FREUND, *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, Heidelberg, 1987. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 233 (nota 2), considera injusta la escasa atención que hasta el presente momento ha merecido, incluso en Alemania, el trabajo de su colega *Freund*.

control social¹¹³. Desde su perspectiva, el que pueda considerarse legítimo dictar condenas por delito doloso depende de que se cumplan dos condiciones básicas: en primer lugar, que se traten de reducir hasta donde sea posible las eventuales divergencias entre los hechos que se dan por probados y los hechos efectivamente acaecidos. En segundo lugar, que se consiga legitimar normativamente la posibilidad de condenar pese al inevitable riesgo de error que, en cualquier caso, siempre va a permanecer¹¹⁴.

Según *Freund*, dentro de las reglas de experiencia que se utilizan en el ámbito de la prueba de indicios cabe distinguir, por un lado, las reglas que declaran *segura* la existencia de una realidad a partir de la prueba de determinados indicios y, por otro, aquellas reglas que establecen que, dados ciertos indicios, la existencia de un hecho sólo se considera *probable*¹¹⁵. El principal problema de estas últimas reglas —que son mayoría en la práctica— radica en que no permiten alcanzar aquel grado de certeza sobre la existencia de un determinado hecho que en principio exige toda condena: con su empleo no se descarta la posibilidad de que el caso concreto que se está enjuiciando sea uno los supuestos que cae dentro de lo considerado improba-

¹¹³FREUND, *Normative Probleme*, p. 6. Igualmente parecen dirigirse en tal sentido las consideraciones de KLEB-BRAUN, JA, 1986, p. 312, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 149 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 268: “la clase de problema con que se encuentra la praxis jurídico-penal se hace evidente cuando se advierte que la psique ajena no resulta accesible a la experiencia inmediata. Por este motivo, el cumplimiento literal de dos principios pertenecientes a nuestra justicia penal —el principio material de culpabilidad y el principio procesal ‘in dubio pro reo’— conlleva el peligro de convertir el Derecho penal en un instrumento ineficaz para el control social, a no ser que se quiera convertir el principio de culpabilidad en algo meramente abstracto”.

¹¹⁴FREUND, *Normative Probleme*, p. 58, habla explícitamente de la necesidad de legitimar “un riesgo consciente (permitido) de condena de inocentes”.

¹¹⁵Trasladado al ámbito del dolo, estas últimas son las reglas en que se afirma que por regla general, dado el hecho A el sujeto conoce B (cfr. *supra* VII.3.C.2); cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 17. Como afirma este autor (*ibidem*, pp. 18-19) cuando el juez trabaja de modo sucesivo con reglas de las que sólo se desprende probabilidad, lo único que hace es ir acumulando probabilidades. Un problema añadido es que para la gran mayoría de reglas de experiencia no existe una cuota de exacta probabilidad, sino que lo único que se puede afirmar es que existen posibles excepciones a la regla, sin que sea posible cuantificar su número.

ble¹¹⁶. De todos modos, si se profundiza un poco más en la naturaleza de estas últimas reglas, se advierte que *el hecho de que no conduzcan a resultados seguros se debe a que su vigencia está sujeta a posibles excepciones*.

Evidentemente, no es posible poner por escrito todas las excepciones que puede tener una regla de experiencia en abstracto, pero *Freund* considera que ello sí es factible en referencia a un caso concreto. En este sentido, la tarea que compete al juez es formular posibles alternativas a determinadas hipótesis de probabilidad y verificar si, analizadas dichas alternativas en el caso concreto, la hipótesis se mantiene o se refuta: *el método a seguir consiste, según Freund, en la exclusión de alternativas*¹¹⁷. Para que ello sea posible, deben llevarse a la prueba de indicios todas las circunstancias objetivas que puedan ser relevantes para excluir una determinada hipótesis de probabilidad, tanto las referidas a la situación fáctica como a la personalidad del autor¹¹⁸.

La aplicación del método de eliminación de alternativas puede llevar a diversos resultados¹¹⁹. Básicamente puede distinguirse entre aquellos casos en

¹¹⁶FREUND, *Normative Probleme*, pp. 20-21.

¹¹⁷FREUND, *Normative Probleme*, pp. 22-23. La eliminación de alternativas consiste, expresado con otras palabras, en plantearse las posibles excepciones a una regla y, seguidamente, comprobar en el caso concreto si concurren los presupuestos fácticos en que se basan tales excepciones. Se muestra de acuerdo con la idea de que para la constatación del tipo subjetivo debe recurrirse a la eliminación de hipótesis, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 560. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 324, entiende que el método por el que aboga *Freund*, "presenta la ventaja de resultar coherente con la tendencia jurídico-penal a hacer aproximaciones por vía negativa, esto es, por vía excluyente, a la realidad, cuando se aprecian dificultades para acceder a ella". En la doctrina española MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, pp. 250-251 parece postular un método parecido al propuesto por *Freund*.

¹¹⁸FREUND, *Normative Probleme*, p. 41; sin embargo, afirma este autor que ello no parece posible en aquellos procesos en que, por motivos de tiempo o costes, no sea posible una reconstrucción exhaustiva de dicha base objetiva. Dicha imposibilidad también necesita de legitimación normativa. *Freund* (*ibidem*, pp. 42-43) tampoco pasa por alto que no todo método es legítimo para obtener tales circunstancias objetivas y que legalmente existen una serie de prohibiciones sobre la práctica y la valoración de determinadas pruebas, lo que supone un segundo momento de quiebra respecto a la exigencia de que se averigüe la verdad material.

¹¹⁹Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 44-46.

que se consiguen descartar todas las excepciones posibles a la regla y aquellos otros en que, o bien siguen siendo imaginables explicaciones alternativas, o el sentido de los resultados a los que se llega no resulta inequívoco. En la primera situación —*a priori* óptima— permanecen, no obstante, dos interrogantes¹²⁰: la duda filosófica (aquella según la cual estrictamente no es posible conocer nada) y la posibilidad de que en un futuro se descarte lo que hoy se consideran conocimientos seguros¹²¹. En los supuestos en que ni siquiera hayan conseguido eliminarse todas las explicaciones posibles, la permanencia de dudas es, desde luego, todavía más evidente y éstas van más allá de las dos citadas.

Freund entiende que la posibilidad de condenar pese a la existencia de un riesgo de error sólo puede aceptarse si existen determinadas reglas que obliguen al juez a no dar relevancia a determinadas dudas. Deben existir, por tanto, unas *normas de decisión* que excluyan ciertas dudas del ámbito de vigencia del *in dubio pro reo*¹²². El autor analiza las características que, desde un

¹²⁰Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 56-57. Más adelante (*ibidem*, p. 58), este autor reconoce que la situación óptima “en el ámbito del tipo subjetivo normalmente no se satisface”. Ideas de este tipo ya pueden encontrarse en la jurisprudencia del *Reichsgericht*; cfr. A. SCHMIDT, *Grundsätze*, pp. 79-80.

¹²¹Acerca de los interrogantes citados *supra* resultan especialmente interesantes las consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 27-28: “no se puede descartar que en esa representación acerca de cómo es la realidad se interfiera un juicio (normativo) acerca de cómo dicha realidad debería ser”, atribuible a que el acceso del hombre a dicha realidad “nunca es objetivo, sino subjetivo y parcial”. MITTERMAIER, *Tratado*, p. 77, sostiene que “un amigo severo de la verdad deberá reconocer que la certeza, con la que debe forzosamente contentarse, no se exime del vicio de la humana imperfección, y que siempre puede ser supponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero. Siempre, en fin, la imaginación fecunda del escéptico, lanzándose en lo posible, inventará cien motivos de duda”. F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 28, afirma que “querer lograr la absoluta exclusión de la duda, es algo que se prohíbe a sí mismo toda persona que haya seguido la historia del saber humano”. Respecto a la posibilidad de futuros cambios en el conocimiento humano, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 86: “lo que falsamente aparece como increíble ante la ignorancia de una generación, puede presentarse exactamente como creíble a los conocimientos de la generación posterior”.

¹²²FREUND, *Normative Probleme*, p. 59-61. La idea se repite en el comentario del mismo autor a la sentencia del OLG de Colonia de 14-12-1988 (*StV*, 1989, p. 156), *StV* 1991, p. 25, donde se afirma que “pese a la existencia de dudas perfectamente determinadas,

punto de vista normativo, deben reunir tales normas y llega a la conclusión de que éstas deben cumplir, básicamente, dos requisitos: en primer lugar, el riesgo de error que se asume no puede acarrear el peligro de que la imposición de la pena genere efectos negativos desde un prisma especial o general-preventivo¹²³; en segundo lugar, debe poder hacerse responsable de tal riesgo al mismo acusado, pues sólo en tal caso no se le estará tratando como un simple objeto del proceso, sino como un sujeto que debe ser tomado en serio¹²⁴.

En relación con el primer requisito, afirma *Freund* que las condenas pese a la permanencia de la duda filosófica no atentan a la idoneidad o a la necesidad de la pena para el mantenimiento del orden social y que, al contrario, una renuncia general a condenar que se basara en la duda filosófica llevaría a un deterioro de las condiciones de la vida en común: el Estado debería abandonar su función de protección, lo que no sólo afectaría a la colectividad, sino también al concreto individuo condenado bajo duda. Además, la duda filosófica es inmanente al principio de culpabilidad y no por ello la Constitución deja de formularlo. En definitiva, el Derecho debe renunciar a tomar en consideración esta duda si no quiere abandonar su condición de Derecho, por lo que *Freund* entiende que existe una norma de decisión que obliga al juez a condenar pese a ella¹²⁵. Con idénticos argumentos debe condenarse pese a los interrogantes que plantea la duda sobre si futuros desarrollos científicos van a invalidar conocimientos que hoy en día se tienen por

existen normas jurídicas que deciden sobre si deben darse o no por constatados determinados hechos”.

¹²³Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 64-66.

¹²⁴Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 69-70. Entiende este autor (*ibidem*, pp. 65-67), que una condena pese al riesgo de error sólo es legítima si la concreta atribución de responsabilidad al sujeto resulta adecuada y necesaria para contribuir al mantenimiento y desarrollo de las condiciones elementales del individuo en sociedad. Este argumento supone la traslación al proceso penal de determinadas ideas asociadas al principio de culpabilidad; cfr. *ibidem*, pp. 68-69.

¹²⁵Sobre la legitimación de las condenas pese a la duda filosófica, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 71-75. A idénticas conclusiones, aunque con una fundamentación mucho más precaria, llega GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n° marg. 8.

seguros¹²⁶. Sin embargo, con estas afirmaciones sólo se legitiman las condenas en que se haya conseguido descartar todas las posibles excepciones a la regla de experiencia empleada en la prueba de indicios.

Respecto a los casos en que permanecen dudas pese a haberse intentado descartar todas las explicaciones posibles y la incertidumbre va más allá de la duda filosófica o de la relativa a futuros desarrollos científicos, *Freund* entiende que el riesgo de error sólo es legítimo si, de algún modo, éste puede ser imputado al acusado. Esto sucederá en aquellos casos en que a éste le haya sido exigible y posible aportar al proceso circunstancias que pudieran beneficiarle y no lo haya hecho¹²⁷. El autor lo explica con un ejemplo: se juzga a alguien por haber marchado de una gasolinera-autoservicio sin haber pasado antes por caja (hechos probados indiscutidos). Una de las explicaciones que permitiría excluir el dolo sería aquella según la cual el acusado simplemente olvidó que tenía que pagar. Según *Freund*, si el sujeto no invoca tal olvido, el tribunal puede condenar con razón, pero no puede hacerlo si, por ejemplo, el acusado orienta la estrategia de su defensa con base en la alegación de haber olvidado pasar por caja y el juez no cuenta con ulterior material indiciario¹²⁸.

La clave, por tanto, radica en la afirmación de que “un condena no es nunca legítima si el acusado ha aportado una explicación alternativa suficientemente sólida de su conducta (que lleva a su inocencia) en contra de la afirmación de la existencia del tipo subjetivo y tal explicación no puede ser desenmascarada como mentira de acuerdo con los conocimientos empíricamente asegurados”¹²⁹. Desde el punto de vista cuantitativo, esta perspectiva garantiza que sólo vayan a darse grandes divergencias entre realidad y con-

¹²⁶En este sentido, FREUND, *Normative Probleme*, pp. 75-77.

¹²⁷Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 89.

¹²⁸Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 93.

¹²⁹FREUND, *StV*, 1991, p. 25; prosigue el autor afirmando que “de lo contrario nos resignaríamos a que se condenara a un verdadero inocente sin que éste hubiera contado con la posibilidad exigible de evitación de tal condena, que resultaría injusta desde el punto de vista material, lo que constituiría una infracción flagrante del principio de culpabilidad”.

dena en casos excepcionales: aquellos supuestos en que el acusado no está interesado en su absolución. Desde el punto de vista cualitativo, no se plantearán en estos casos problemas especial-preventivos (el acusado no se ha opuesto a su sanción) ni general-preventivos (un castigo bajo tales condiciones no se percibe como injusto) y la condena se puede reputar apropiada y necesaria para la protección de bienes jurídicos¹³⁰.

Freund concluye su trabajo reconociendo que, incluso cuando el juez siga el método propuesto, los resultados obtenidos no dejarán de ser una mera ficción: en todos los casos seguirán subsistiendo dudas sobre la coincidencia de dichos resultados y la realidad psicológica¹³¹. Sin embargo, que la determinación de los hechos no sea más que una ficción no tiene que suponer un descrédito para el método propuesto, sino al contrario, pues lo que se consigue con él es desenmascarar la existencia de dicha ficción y las necesidades de legitimarla normativamente.

El trabajo de *Freund* consigue salvar dos de las cuestiones más problemáticas de casi todos los planteamientos normativos, pues no sólo aporta criterios para una determinación de los elementos subjetivos más allá de la clásica (e irrealizable) remisión a la verdad material, sino que trata de superar los problemas de legitimación que plantea tal proceder. Sin embargo, pueden detectarse algunos aspectos cuestionables en su perspectiva. Así, como el mismo autor reconoce, en la práctica son escasos los supuestos en que es posible aplicar una regla de experiencia que tenga una validez no sujeta a excepciones, con lo cual, predominan los casos en que, a través de la exclusión de alternativas, se llega a un resultado que plantea dudas que van más allá de la mera duda filosófica o de la relativa a futuros desarrollos científicos. Sentado esto, tal vez el punto más oscuro dentro de los planteamientos de *Freund* radica en que, según su teoría, se haga depender de la actitud procesal del acusado la legitimación de una condena ante un posible riesgo de error¹³².

¹³⁰FREUND, *Normative Probleme*, p. 88.

¹³¹Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 151.

¹³²JAKOBS, *Derecho penal*, p. 375 (nota 200), califica de "muy dudoso" que sea "incumbencia del autor, dentro del marco de lo exigible, aportar una conformación

Las cuestionables consecuencias de esta perspectiva se evidencian cuando se advierte que ésta lleva a la absolución, por imposibilidad de legitimar el riesgo de error inherente a la condena, en todos aquellos casos en que no existe una regla de experiencia que se juzgue capaz de aportar conocimientos seguros (lo que sucederá la inmensa mayoría de las ocasiones) y en que no se pueda hacer responsable al acusado de la falta de posibles puntos de apoyo para su absolución. Si se cae en la cuenta de que en la práctica los acusados casi siempre alegan, de forma más o menos verosímil, la concurrencia de circunstancias que les exoneran, la postura de *Freund* lleva a la absolución en la gran mayoría de supuestos, pues una condena sólo resulta posible en aquellos pocos casos en que el riesgo de error se tiene por irrelevante (errores debidos a la duda filosófica y a la posibilidad de que en el futuro conocimientos que hoy se dan por seguros queden devirtuados) y en el caso de aquellos errores de los que se pueda hacer responsable al sujeto por su escasa predisposición a contribuir en la averiguación de su realidad psíquica¹³³. Esta solución reduce a la mínima expresión el número de supuestos en que puede dictarse legítimamente una condena, por lo que no está tan claro que una aplicación de esta teoría llevada hasta sus últimas consecuencias no acabe repercutiendo en la efectividad del Derecho penal como mecanismo de control social.

Un problema adicional que se plantea a la teoría de *Freund* viene dado por la determinación de cuándo le es posible o exigible a un acusado aportar al

subjetiva que lo exonere de sospecha o al menos indicios de ésta". DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 324-325, critica a *Freund* que su teoría "tiene el serio inconveniente de que en último término hace depender la condena, por lo que concierne a los elementos subjetivos, de si el procesado quiere colaborar, aunque sea desde una perspectiva exculpatoria, en la tarea procesal de averiguar la realidad psíquica", añadiendo que se crea "la impresión de que se están violando principios garantistas procesales fundamentales al pedir al procesado más de lo que está obligado a realizar".

¹³³Lo difícil que es sostener en la práctica los criterios de legitimación de *Freund* se constata cuando en la resolución de supuestos concretos este autor da por buenas todas aquellas alegaciones del acusado que, desde el punto de vista de los conocimientos considerados seguros, no pueden valorarse como una mentira. Ello lleva a absolver en casos en que la veracidad de tales alegaciones resulta muy dudosa, pero no se considera imposible; cfr. FREUND, *StV*, 1991, p. 25.

proceso material fáctico que le exonere. Si quien tiene que establecer tal determinación es el juez, *Freund* parece pasar por alto que a éste le será tan difícil (por no decir imposible) saber si al acusado le ha sido posible o exigible aportar datos en su favor, como probar su conocimiento mismo, pues las estrategias de defensa no suelen hacerse explícitas ante el órgano judicial¹³⁴. De este hecho surge el temor de que, en realidad, los casos se acaben resolviendo en función de la actitud que el juez crea ver en el acusado. Por expresarlo con la terminología del propio *Freund*, también ante la cuestión de si al acusado le es exigible o posible aportar circunstancias en su descargo permanecen en todo caso dudas que, igualmente, están necesitadas de legitimación si ésta no deben impedir ciertas condenas.

La influencia de las ideas de *Freund* se aprecia en el planteamiento de *Díez Ripollés*, quien, pese a adherirse explícitamente a perspectivas psicológico-individuales, considera que “los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica” aunque “se utilice un procedimiento estrictamente científico”¹³⁵. Dada tal inaccesibilidad, este autor propone diferenciar dos fases en el proceso de averiguación de los hechos: una primer nivel en que se debería seguir un procedimiento experimental sólo a efectos de aportar datos o indicios objetivos y, después, una segunda fase en que debería “salvarse la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y tal procedimiento experimental, a través de una legitimación normativa”, mostrando a este efecto una cierta predisposición por acoger el método de exclusión de alternativas defendido por *Freund*, aunque rechazando la idea de legitimar a través de la actitud del acusado el posible grado de error que existe en toda condena judicial¹³⁶. En cualquier

¹³⁴Cfr., en este sentido, las críticas formuladas por STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 248-249.

¹³⁵DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 323.

¹³⁶DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 323-324. Hay que tener en cuenta que este autor no sólo atribuye la característica de “procedimiento experimental” a las ciencias empíricas, sino también a las reglas de experiencia, “que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va”. El propio autor (*ibidem*, p. 325) afirma no ver clara la solución más adecuada para legitimar normativamente el salto que va de los indicios objetivos a la convicción judicial y afirma que la solución debe venir dada “por una teoría

caso, no se aportan criterios concluyentes para legitimar las posibles divergencias entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos.

b) Otros planteamientos

En dos trabajos recientes, *Andreas Hoyer* y *Ulrich Stein* abordan el análisis del mismo problema que *Freund*: las condiciones en que resulta legítimable el riesgo de error en la determinación de hechos probados que concurre en toda condena penal. Ambos autores comparten algunas ideas de este último: en primer lugar, que la plena averiguación de la realidad efectivamente acaecida nunca puede alcanzarse; en segundo lugar, que si se hace depender de tal averiguación la posibilidad de condenar, el Derecho penal deviene inefectivo y, finalmente, que el recurso a la mera convicción judicial resulta una solución simplemente arbitraria¹³⁷. Sin embargo, en el desarrollo de sus planteamientos, tanto *Hoyer* como *Stein*, se apartan de las ideas defendidas por *Georg Freund*.

Andreas Hoyer advierte que la presente problemática surge de una colisión de intereses: por una parte, todos los ciudadanos tienen un evidente interés en que el Derecho penal les proteja, pero, a la vez, estos mismos ciudadanos albergan la pretensión de no ser nunca condenados sin haber realizado de forma efectiva un comportamiento delictivo¹³⁸. Según *Hoyer*, los anteriores

de la argumentación jurídica que, en este ámbito, marque con precisión las fases lógicas que, más allá del análisis empírico de la realidad, deben superarse para alcanzar la convicción”.

¹³⁷Además de estos dos autores, existen otros planteamientos que establecen baremos objetivos para determinar en qué casos el juez debe convencerse de la existencia de un hecho. El denominador común a todos ellos es entender que para la convicción basta con que se demuestre como más o menos probable dicha existencia. Un interesante resumen de estas perspectivas en A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 107 ss. Sin embargo, a diferencia de *Hoyer*, *Stein* o *Freund*, todos estos autores no profundizan en los problemas de legitimidad que plantea dictar una condena basada en hechos sólo probables.

¹³⁸HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 537-538. En un mismo sentido afirma MAIER, *DP*, 1978, p. 306, que “la tensión entre el interés estatal por la persecución penal y el interés

intereses pueden reconducirse a un doble *estatus* general que todo individuo ostenta frente al Estado: un *estatus negativo* —la pretensión de que sus derechos básicos no sean vulnerados por las intervenciones estatales— y un *estatus positivo* —la pretensión de que el Estado le asista en el reconocimiento y protección de sus derechos—¹³⁹. La protección estatal de ambos *estatus* no se da en un plano de igualdad, sino que generalmente se admite que la protección del *estatus negativo* tiene un carácter más esencial que la del *positivo*¹⁴⁰.

Hoyer entiende que la anterior distinción resulta perfectamente trasladable al ámbito del Derecho penal. Por un lado, cuando el Estado castiga comisiones delictivas está protegiendo a potenciales víctimas en su *estatus negativo*; por otro, cuando se castigan omisiones, se refuerza a los potenciales beneficiarios de la acción omitida en su *estatus positivo*. En las valoraciones inherentes al Derecho penal se da mayor importancia al *estatus negativo*, pues las omisiones sólo se castigan con la misma pena que las comisiones cuando concurre el requisito adicional de la posición de garante; de lo contrario, siempre tienen asignada una pena inferior¹⁴¹. Hoyer compara las penas máximas que el Código Penal alemán asigna a una comisión y a una omisión propia y de ello deduce que el Estado valora como 22,5 veces más grave una agresión al *estatus negativo* de un ciudadano que a su *estatus positivo*¹⁴².

individual por la seguridad y dignidad rige, como es sabido, todas las soluciones normativas del Derecho procesal penal”.

¹³⁹HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 540-541. La enunciación de ambos *estatus* proviene de JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905 (2ª reimp., Darmstadt, 1963), p. 87 ss, quien caracteriza al *estatus negativo* como el “*status libertatis*” y al *positivo* como el “*status civitatis*”. El segundo sirve al individuo para que le sea reconocido el primero.

¹⁴⁰Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 540. Esta idea se hace expresiva, en referencia al Derecho penal, en la famosa frase de FEDERICO II en su *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (citado por HOYER, *ibidem*, p. 539): “il vaudrait mieux pardonner à vingt coupables que de sacrifier un innocent”.

¹⁴¹Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 540.

¹⁴²Los cálculos que emplea HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 540-541, para llegar a tal conclusión son los siguientes: la pena máxima para delitos comisivos es la cadena perpetua (asesinato o genocidio, §§ 211, 220a StGB), mientras que la pena máxima para los delitos de omisión (propia) es un año de privación de libertad (omisión del deber

Mediante complejos cálculos, *Hoyer* traslada la anterior cifra a las injerencias en el *estatus negativo* de los sujetos que pueden derivarse del ejercicio del poder punitivo del Estado y, en este sentido, llega a la conclusión de que sólo es legítimo condenar a un sospechoso cuando exista una probabilidad no inferior al 96% de que éste haya cometido un hecho delictivo¹⁴³. Plasmados estos argumentos en las reglas de experiencia, según *Hoyer*, el juez no puede dar un hecho por probado cuando trabaje con reglas que aporten una probabilidad inferior al 96% sobre su efectiva existencia, lo que, dicho con otras palabras, significa que nunca es legítimo condenar con un margen de error igual o superior al 5%¹⁴⁴. La convicción judicial no desempeña papel alguno en la condena.

De la argumentación de *Hoyer* merece la pena destacar una idea clave: *la pretensión de los ciudadanos de ser protegidos por el Estado es irrealizable sin una cierta renuncia por su parte a la pretensión correlativa de no ser nunca condenados sin haber cometido efectivamente un delito*. Sin embargo, la solución final pro-

de socorro, § 323c StGB). Si se calculan las reducciones de pena correspondientes (§§ 57.1 y 57a.1 StGB), la cadena perpetua se reduce a quince años y el año de prisión a ocho meses. La proporción entre ambas penas es de 22,5 a 1, lo que significa que una agresión al *estatus negativo* se considera 22,5 veces más grave que un agresión que afecte al *estatus positivo*.

¹⁴³Los cálculos empleados por HOYER, *ZStW*, 105 (1996), p. 541, para obtener tal cifra son los siguientes: el *estatus negativo* se ve atacado cuando se condena a inocentes; el positivo cuando los culpables no son condenados. El *interés* por la *libertad* de los potenciales autores (IL) tiene un valor 22,5 veces superior al *interés* de las potenciales víctimas (IP) en ser protegidas. "Para que resulte legítimo condenar a un sospechoso pese al valor superior de su interés por la libertad, el grado de sospecha (p) tiene ser tan elevado que compense el valor superior que el interés por la libertad tiene en abstracto": $IL \cdot (1-p) = IP \cdot p$; $22,5 \cdot (1-p) = 1 \cdot p$; $p = 0,9574$, aprox. 0,96.

¹⁴⁴HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 542 ss. El riesgo de error puede provenir de dos factores distintos: por un lado, de que la validez de una regla sólo sea probable; por otro lado, de que la aplicación de una regla cierta no lleve a resultados seguros, sino sólo probables. Cuando en un único supuesto se presente una regla que acumule las dos modalidades de riesgo de error, ésta sólo será aplicable cuando el producto de las dos probabilidades no resulte inferior al 96%; cfr. *ibidem*, pp. 547-548.

puesta por este autor se antoja ciertamente insostenible¹⁴⁵. En este sentido, basta con trasladar dicha solución al ámbito de la determinación procesal del dolo: ¿existen acaso reglas científicas que indiquen que, dados determinados indicios, existe una probabilidad del 96%, 97% ó 98% de que alguien conozca algo? Como afirma *Stein*, “¿cómo debe establecer el juez que la probabilidad de que alguien sea culpable es de un 96% o sólo de un 95% cuando sólo de forma muy esporádica cuenta con reglas de experiencia que lleven a resultados tan precisos desde un punto de vista numérico?”¹⁴⁶.

Este último autor, *Ulrich Stein*, parte en su argumentación de una idea ya aportada por *Freund*: en la determinación procesal de los hechos, la cuestión clave radica en establecer una frontera entre los riesgos tolerados y los no tolerados de una condena errónea¹⁴⁷. *Stein* considera que a este ámbito son trasladables algunos de los argumentos que emplea la teoría de la imputación objetiva, especialmente la idea relativa a los riesgos no permitidos de determinadas conductas. Como cualquier ciudadano ante cualquier conducta peligrosa, también en el proceso rigen reglas para el juez que le indican cuándo debe condenar pese a existir un cierto riesgo de error (realización del comportamiento “condenar”) y cuándo concurre un riesgo tal que procede la absolución del acusado (omisión del comportamiento “condenar”)¹⁴⁸.

Stein se plantea, en primer lugar, si puede considerarse legítimo dictar una condena aunque exista un riesgo de divergencia entre los hechos que se consideran probados y los efectivamente acaecidos¹⁴⁹. Desde su punto de vista, llevar hasta sus últimas consecuencias la exigencia constitucional de respeto a la dignidad humana haría del todo imposible cualquier condena

¹⁴⁵STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 254-255, dirige diversas críticas a *Hoyer*, cuestionando especialmente el método empleado para calcular la mayor gravedad de las injerencias en el *status negativo*, que considera “esquemático”.

¹⁴⁶STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 255. También A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 248, rechaza por problemas prácticos los conceptos numéricos de probabilidad.

¹⁴⁷STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 233, en referencia a FREUND, *Normative Probleme*, p. 64 ss.

¹⁴⁸Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 234.

¹⁴⁹Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 246 ss.

penal, pues los riesgos de error pueden reducirse, pero nunca eliminarse¹⁵⁰. Así, considera este autor que la exigencia de respeto hacia la dignidad humana no puede llevarse hasta el extremo de que paralice la aplicación del Derecho penal: en la medida en que la Constitución regula la jurisdicción criminal y le atribuye ciertos cometidos, tiene que buscarse una interpretación de la citada exigencia de respeto a la dignidad que no convierta en inefectiva la tarea de dicha jurisdicción¹⁵¹. Para un adecuado equilibrio entre ambas previsiones constitucionales, conviene atenerse a dos exigencias: en primer lugar, deben intentarse reducir al máximo, dentro de lo razonable, los riesgos de error y, en segundo lugar, los riesgos que se admitan tienen que contribuir a la eficacia de las finalidades atribuidas a la jurisdicción penal¹⁵².

Esta última idea permite considerar irrelevantes los riesgos de error atribuibles a las dudas generales sobre la capacidad del conocimiento humano, como la duda filosófica o la relativa a futuros desarrollos de la ciencia¹⁵³. Respecto al resto de dudas, *Stein* no aporta criterios más concretos y se conforma con exigir al juez que en el momento de condenar sólo acepte mayores o menores riesgos de error en función de cómo amenazaría su aceptación general a la efectividad de la jurisdicción criminal¹⁵⁴. En última instancia, este autor expresa la necesidad de que doctrina y jurisprudencia vayan elaborando un sistema de normas de decisión atendiendo a diversas configuraciones de casos y a los ámbitos más problemáticos¹⁵⁵. Desde su punto de vis-

¹⁵⁰Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. Este autor (*ibidem*, p. 261), considera que, a fin de cuentas, toda pena es una "pena por sospecha", aunque el grado de sospecha que se debe aceptar resulte graduable.

¹⁵¹Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 249, haciendo referencia a los arts. 1, 74.1, 103. 2 y 3 y 104.3 de la Ley Fundamental alemana.

¹⁵²Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 250-251.

¹⁵³STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 251, coincidiendo plenamente en este punto con FREUND, *Normative Probleme*, p. 71 ss y p. 120 ss.

¹⁵⁴STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 252-253, considera que, de acuerdo con sus ideas, al juez le es posible aceptar, por ejemplo, un mayor grado de error en la determinación de los elementos subjetivos del delito que en la de los objetivos, pues éstos pueden ser fijados sin necesidad de acudir a largas cadenas de silogismos indiciarios.

¹⁵⁵Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 253.

ta tampoco resta espacio alguno para soluciones meramente subjetivas como la certeza personal del juez¹⁵⁶.

B) Los criterios de atribución

Como es evidente, la renuncia a la averiguación de los hechos psíquicos realmente acaecidos como requisito de toda condena por delito doloso, implica que la atribución del dolo al sujeto deba llevarse a cabo a través de unos mecanismos distintos a la plena constatación de dichos hechos. En la búsqueda de posibles criterios de atribución, una primer opción pasa por considerar suficiente, como parece admitir la ley, la mera convicción judicial, aunque ésta se asiente sobre la más pura intuición o la simple sospecha del juez. En un Capítulo anterior ya se ha puesto en evidencia que tal solución no puede ser considerada satisfactoria por muy diversos motivos¹⁵⁷.

Cuando *Hruschka* afirma que en la práctica el dolo es algo que se imputa al sujeto, acierta plenamente en una idea que también se defiende en este trabajo: la prueba de indicios no sirve para reconstruir de un modo totalmente fidedigno los hechos psíquicos existentes *en la cabeza del acusado* en el momento en que se llevó a cabo el hecho objetivamente típico¹⁵⁸. Sin embargo, la afirmación de que el dolo se imputa no aporta por sí sola gran cosa, pues con ella no se concreta en qué tiene que basarse tal imputación. En este sentido, y como ya se ha afirmado, también el recurso a la convicción judicial resulta una forma de imputación y, sin embargo, parece tan cuestionable como la irrealizable exigencia de una plena averiguación de la realidad efectivamente acaecida.

La referencia a la convicción judicial permite poner de manifiesto que el recurso a la idea de imputación, dejando aparte sus problemas de legitimidad, requiere ulteriores concreciones, pues son imaginables multitud de me-

¹⁵⁶Las críticas a este concepto en STEIN, *Zur Theorie und Systematik*, p. 256 ss.

¹⁵⁷Cfr. *supra* VIII.3.

¹⁵⁸Sobre el planteamiento de *Hruschka*, cfr. *supra* IX.3.B.2.a.

canismos de imputación —basta con pensar en el *versari in re illicita* o en las presunciones de dolo— cuyo empleo puede llevar a consecuencias inaceptables. A diferencia de la realidad efectivamente acaecida, que siempre es única (aunque inescrutable en el proceso), los criterios de imputación pueden revestir muy diversas formas y por ello es necesario explicitar qué concreto criterio de entre todos los posibles conviene acoger para garantizar una solución coherente y racional de los supuestos que puedan presentarse al aplicador jurídico¹⁵⁹. No basta, en este sentido, con afirmar simplemente que el dolo debe determinarse mediante un juicio de imputación si debe ser cierto, como sostiene *Hruschka*, que “la afirmación de que un hecho es doloso sea un juicio de imputación no quiere decir que se trate de un juicio arbitrario”¹⁶⁰.

De que se consiga evitar esta arbitrariedad depende también la veracidad de un argumento habitualmente esgrimido por las perspectivas normativas: la afirmación de que tales perspectivas garantizan igualdad de trato para todos los sujetos¹⁶¹. La igualdad de trato no es algo que se consiga en mayor medida a través de una perspectiva en especial, sino sólo juzgando siempre todos los supuestos de acuerdo con un idéntico rasero: dicha igualdad es respetada, en el plano teórico, tanto por las concepciones psicológicas, cuando afirman que el parámetro a seguir es la real subjetividad del acusado, como por las perspectivas normativas, cuando éstas entienden que lo que debe emplearse son criterios objetivos, siempre que éstos sean aplicados con uniformidad en todos los supuestos. Cuestión distinta es si, en el momento

¹⁵⁹Cfr. PETERS, “‘Übergänge’ im Strafprozess”, en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, p. 383, quien afirma que la realidad “sólo es una, sólo puede ser descubierta o errada. No existe una realidad relativa” (cursiva en el original).

¹⁶⁰HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 201. Añade este autor que “la afirmación de que un hecho es doloso es tan poco arbitraria como lo es la afirmación de que una persona a quien le enrojece la cara de cólera está furioso, o que el cartero que introduce unas cartas en un buzón sabe lo que está haciendo”. Sin embargo, PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 497, entiende que con los planteamiento de *Hruschka* en realidad nada cambia, pues con ellos sólo se expresa que la imputación se asienta en la prueba de indicios y la convicción judicial.

¹⁶¹Recoge dichas argumentaciones, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 109. Cfr., también, KRAUB, *Shaffstein-FS*, p. 418.

en que tales perspectivas teóricas se trasladan a un plano práctico, se es capaz de aplicar con coherencia los criterios teóricos previamente enunciados. En este sentido, la concepción psicológica se encuentra con un grave problema: su baremo —la realidad psíquica— no puede determinarse y, en tal medida, la única igualdad de trato que puede garantizar es la absolución de todos los acusados. Como ello no parece posible en la actual sociedad, pues las necesidades de condena permanecen, en la práctica se suele producir una quiebra entre los postulados teóricos de la perspectiva psicológica y los criterios empleados para su aplicación práctica que, efectivamente, puede dar lugar a desigualdades¹⁶². De acuerdo con lo anterior, puede ser cierto que las perspectivas normativas garanticen una mayor igualdad, pero sólo si éstas explicitan, en primer lugar, los parámetros que proponen para afrontar la resolución de los casos y, en segunda instancia, si dichos parámetros se aplican siempre de manera uniforme a todos los supuestos.

La vía de imputación que se seleccione debe satisfacer un ulterior requisito, cuyo cumplimiento se tiene por ineludible: *debe ser un criterio aplicable*. Basta en este punto con pensar en el mecanismo de imputación propuesto por *Hoyer* —uso de reglas de experiencia que aporten una probabilidad no inferior al 96%— para encontrar un criterio perfectamente concretado en el plano teórico, pero de imposible traslación práctica¹⁶³. Muy poco se consigue avanzar rechazando la idea de averiguación de los hechos psíquicos, pero sustituyéndola por un mecanismo de imputación de imposible utilización práctica.

Tal vez en la propuesta de *Stein* pueda apreciarse la aportación de un criterio aplicable. Sin embargo, la idea de que debe darse por probado el conocimiento del sujeto cuando el juez entienda que, de negar dicho conocimiento, se puede estar menoscabando la efectividad de la jurisdicción penal tampoco puede considerarse demasiado concreta y, en este sentido, basta con remitir a las afirmaciones del propio *Stein* exhortando a jurisprudencia y doctrina a llevar a cabo una concreción de tal idea. Todo parece indicar que en

¹⁶²Sobre esta cuestión, cfr. *supra* VI.2.

¹⁶³El planteamiento de este autor en *supra* IX.4.A.2.b.

este ámbito la ausencia de propuestas teóricas satisfactorias resulta especialmente preocupante, pues, como atinadamente afirma *Ferrajoli*, "la falta de criterios objetivos seguros para afirmar que una tesis judicial es verdadera convierte en inservible, o incluso en desorientador, el propio concepto de verdad procesal"¹⁶⁴.

IX.5. Balance

El presente Capítulo debe haber servido para mostrar dos evidentes problemas en las concepciones normativas sobre la determinación procesal del dolo: los relativos a su legitimidad y los que se derivan de la ausencia de concretos criterios de atribución normativa. Respecto al primer problema, los argumentos empleados por *Hoyer* y *Stein* presentan una notable solidez, aunque siguen planteando ciertas dudas con respecto a la posibilidad de legitimar una condena errónea frente al concreto individuo sancionado y a la afectación que tal imposición implica para los derechos más elementales de éste. Por contra, el argumento de *Freund*, tratando de legitimar la condena en función de la actitud procesal del acusado, no puede considerarse aceptable.

Más difícil parece aun la solución al segundo punto problemático, es decir, la relativa a qué concretos criterios debe utilizar el juez para poder dar por probado un determinado hecho cumpliendo con las condiciones exigidas para que sea legítimo un posible riesgo de error. En este sentido, la propuesta numérica de *Hoyer* resulta inaplicable, mientras que las opciones defendidas por *Stein* y *Hruschka* adolecen de un considerable grado de vaguedad. Sólo *Krauß* parece aportar un argumento un poco más concreto cuando afirma, sin entrar en demasiados detalles, que la cuestión del dolo "sólo exige como respuesta la explicación sobre si el autor (*en sentido social*) ha actuado de modo voluntario o lo ha hecho por descuido"¹⁶⁵.

¹⁶⁴FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 47.

¹⁶⁵KRAUß, *Bruns-FS*, p. 22 (cursiva añadida).

La idea de la reconstrucción de la subjetividad de un hecho a partir del sentido social que de él se desprende parece especialmente atractiva y, por ello, va a tratar de desarrollarse en el Capítulo siguiente, adaptándola al concepto de dolo que se defiende en este trabajo. En tal desarrollo se deberá atender, básicamente, a las dudas que plantea la legitimidad de una condena basada en el sentido social como criterio de determinación procesal del dolo y a la posibilidad de que semejante criterio pueda concretarse en posteriores subcriterios que faciliten al juez una resolución coherente de los supuestos con que pueda encontrarse.

**X. UNA NUEVA PERSPECTIVA:
el sentido social como criterio de determinación del conocimiento
exigido por el dolo.**

X.1. Planteamiento

El principal atractivo que presenta la idea de sentido social como criterio para determinar si, en un caso concreto, concurre el grado de conocimiento necesario para el dolo surge de la idoneidad que el empleo de tal criterio parece presentar en relación con una cuestión concreta pero esencial: *el sentido comunicativo del Derecho penal*¹. En un anterior apartado de este trabajo se ha defendido la idea de que la pena de los delitos dolosos tiene la finalidad de replicar a aquellos hechos que, desde una perspectiva social, transmiten a la

¹JAKOBS, *Derecho penal*, p. IX, afirma que "la misión de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización de la norma". Cfr., igualmente, LESCH, "Intervención delictiva e imputación objetiva", trad. J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, *ADPCP*, 1995 p. 924; "pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta". El "injusto jurídico-penal, cuyo concepto hasta ahora había sido confundido con la culpabilidad, es explicado, según su contenido, no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho (...) esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la valoración de sucesos del mundo exterior, sino al significado de estos para la vigencia de la norma" (*ibidem*, p. 926, cursiva en el original).

colectividad un mensaje de negación de una determinada norma penal². El efecto a conseguir con dicha réplica es hacer expresivo a la ciudadanía que la norma cuestionada sigue vigente y que quien la ha incumplido también se ve abocado al fracaso. Desde un punto de vista como éste, que se recurra al sentido social como criterio para determinar cuándo una conducta ha sido realizada de modo consciente (doloso) resulta especialmente sugerente: *con su empleo los aplicadores jurídicos valoran como consciente aquel hecho que también lo es desde la óptica de los destinatarios de la sanción penal*³. Esto puede reconducirse a una idea que *Maiwald* hace extensiva a la globalidad del proceso penal: “una sentencia sólo se percibe como ‘justa’ cuando su contenido es susceptible de ser transmitido intersubjetivamente o, dicho de forma más sencilla, de ser comprendido por la colectividad”⁴. De este modo se consigue una plena adecuación entre el lenguaje del que se sirve el Derecho para emitir sus mensajes y el que la colectividad, como destinataria de éstos, es capaz de comprender⁵. El recurso al sentido social hace que la consideración de una

²Cfr. *supra* I.2 y, en general, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 12 ss.

³STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 260-261, afirma que “la comunidad no sólo es, de forma mediata, la autora de la condena, sino al mismo tiempo su destinataria: de este modo se debe reforzar la vigencia del sistema de normas de conducta y asegurar su obediencia en el futuro”. Pese a que se muestra crítico con esta perspectiva, SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 133-134, la define magistralmente: “debe concurrir un delito doloso cuando, en el supuesto dado, la población racional aceptaría la pena del dolo (y, por ello, se vería confirmada en su confianza en el Derecho, con lo cual el sistema social podría mantenerse, desde el punto de vista de la eficiencia funcional, con renovadas fuerzas). Puesto que no se puede realizar una encuesta empírica a esta población racional, en realidad se toma como base la representación que el jurista racional tiene sobre tal población”. Las críticas de SCHILD en *ibidem*, pp. 134-135.

⁴MAIWALD, “Prova e giudizio: la normativa in materia de Codice Tipo per l’America Latina. Una prospettiva tedesca”, en MASSA/SCHIPANI (ed.), *Un “Codice tipo” di Procedura Penale per l’America Latina*, 1994, p. 94. Añade este autor que “un presupuesto para que se dé tal comprensión es que el citado contenido surja del mismo universo conceptual que determina la concepción de una sociedad concreta y, por tanto, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las reglas de la experiencia cotidiana de los individuos”. De acuerdo con una idea de racionalidad basada en lo subjetivamente compartible, DE LUCA, *RDPP*, 1992, pp. 1258-1259.

⁵Cfr. HASSEMER, *Einführung*, p. 92: “es obvio que la praxis de la creación legislativa y de la jurisprudencia deben procurar ser comprensibles y que se las comprenda, pues de lo contrario no pueden desempeñar su tarea de tratar o solucionar problemas sociales y personales”. En *ibidem*, p. 926, se añade que “el proceso penal no puede desviarse

conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características aprehendibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal⁶.

Una vez más resultan especialmente ilustrativas unas afirmaciones sostenidas a principios de siglo por *Framarino dei Malatesta*:

el convencimiento no debe estar fundado en apreciaciones subjetivas del juez, sino que debe ser tal, que si los hechos y prueba sometidos a su conocimiento se propusiesen al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano racional, deberían producir, también en éste, la misma convicción que produjeron en el juez. Este requisito, que yo creo muy importante, es lo que llamo *carácter social* del convencimiento.

Añade este autor que

es menester no olvidar que la justicia penal se ejerce en nombre de la conciencia social y que en esta conciencia reposa la legitimidad del derecho de castigar, pues se castiga para eliminar la perturbación social que produce el delito. Por todo esto se comprende que la certeza moral del juez, la certeza acerca de la culpabilidad, para que sea fundamento legítimo de condena, debe tener respaldo en la conciencia social⁷.

del modelo cultural de la sociedad en que rige". MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 152, afirma que "hay que tener en cuenta que cuando el juez valora la prueba practicada actúa como órgano de la jurisdicción, y no debe prescindir de la conciencia social de la comunidad en cuyo seno trata de impartir justicia". También son interesantes en este ámbito las observaciones de SESSAR, *StV*, 1988, p. 95.

⁶Como afirma KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 318 (nota 40), "para que el Derecho penal tenga sentido y la pena cumpla su fin hace falta que los fundamentos de la condena sean, en su sentido más amplio, *inteligibles y aceptables*" (cursiva en el original). Cfr., igualmente, PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16: "la situación psicológica del autor no es el punto de contacto adecuado para que su conducta sea interpretada como la transgresión de una norma". En el ámbito de la causalidad afirman PAREDES CASTAÑÓN, en *El caso de la colza*, p. 66, que "con independencia de las posiciones filosóficas y epistemológicas que puedan sostenerse, parece que los conceptos de dicha índole a utilizar en el proceso de aplicación del Derecho —y más aún del Derecho Penal— han de ser aquellos coincidentes con la concepción socialmente imperante, puesto que solamente ello puede satisfacer las expectativas sociales de justicia".

⁷FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 56 (cursiva en el original). Este autor, sin embargo, no lleva su planteamiento hasta las últimas consecuencias y admite que debe

En realidad, el ámbito de vigencia del sentido social trasciende al estricto ámbito de comunicación entre instancias de aplicación del Derecho y ciudadanos. La simple pertenencia a la sociedad comporta la renuncia por parte de cualquier persona a ciertos niveles de individualidad, pues como miembro de tal sociedad ya no van a interpretarse sus conductas recurriendo a criterios individuales, sino siempre de acuerdo con el sentido social que de éstas se desprenda⁸. Esta renuncia puede parecer un gravamen si sólo se atiende a aquellas situaciones en que las conductas del sujeto son sometidas a valoración; sin embargo, no puede perderse de vista que, a su vez, todo sujeto, en tanto que miembro de la sociedad, también valora las conductas de los demás en atención al sentido social que de ellas se desprende. La renuncia a la individualidad y la adopción de dicho sentido como criterio de valoración de la realidad resulta imprescindible para desarrollar la vida en sociedad, pues constituye el lenguaje compartido que hace posible la vida en común y los beneficios que ésta comporta⁹. Si todos los sujetos pretendieran y consiguieran que sus conductas fueran valoradas según sus criterios individuales, la vida en sociedad sería imposible, pues no existirían mecanismos que hicieran factible una comunicación fluida entre quienes la componen. Resulta indiscutible, por tanto, que *la vida en común supone una renuncia a la individualidad*. La cuestión que deberá en todo caso determinarse ahora es si tal re-

absolverse en aquellos casos en que el juez no está convencido personalmente de la culpabilidad del acusado, pese a que de acuerdo con la conciencia social parezca procedente una condena.

⁸FREUND, *Normative Probleme*, p. 30: "una persona sin pre-experiencias típico-sociales sería incapaz de existir en nuestra sociedad sin chocar permanentemente". Por ello afirma este autor que "en el Derecho penal no se trata de la 'realidad libre de sentido de las ciencias naturales', sino de la 'realidad cargada de sentido, llena de significado de la vida social'".

⁹LESCH, *ADPCP*, 1995, p. 917: "la Sociedad es un sistema social, que se conforma a través de los contactos sociales entre los sujetos que actúan, y que se compone, por ello, de conexiones de acciones con sentido. La situación en la que se actúa no es pues solamente una situación individual, sino siempre una social. Junto al actuante también se presentan en ella otros individuos que son igualmente actuantes en un sistema social, y que de igual forma se orientan como tales según las acciones de otros sujetos".

nuncia puede ser admitida por el Estado cuando éste recurre a su acción punitiva.

La valoración de las conductas de acuerdo con sus sentido social tiene evidentes repercusiones en no pocos ámbitos de la teoría del delito¹⁰. Se acude a ella, por ejemplo, en la imputación objetiva, para la que rigen criterios comunes sobre lo que es previsible y lo que no. En este terreno no se admite que un sujeto se exonere apelando a su individualidad, como sería el caso en que alguien afirmase, por ejemplo, que no le pueden ser atribuidas como su obra las lesiones causadas a otro, pues, según su criterio individual, no resultaba previsible que se causara un daño como consecuencia de conductas como la llevada a cabo¹¹. En sentido inverso, el hecho de que en este ámbito el sentido social prevalezca a la individualidad aporta al sujeto la ventaja de que, cuando sea él el lesionado, quien le haya causado el daño tampoco podrá auto-exonerarse apelando a lo que él individualmente consideraba previsible. Un segundo ámbito en que la idea de sentido social se plasma con especial vigor es el de la tentativa: en la figura de la tentativa irreal, especialmente, se observa el desinterés de la sociedad por el sentido individual que un sujeto haya querido imprimir a su hecho, cuando tal sentido se susstraiga al marco de lo que socialmente se interpreta como negación de la vigencia de una determinada norma penal¹².

¹⁰JAKOBS, "Sobre la teoría de la pena", trad. M. Cancio Meliá, *PJ*, 47 (1997), p. 145 ss, afirma que "ciertamente, la conducta personal es también una conducta física, pero no se agota en lo externo, sino que además tiene un significado, que consiste en la comunicación acerca de normas".

¹¹Afirmaciones en el sentido de que en el ámbito de la imputación objetiva rige un esquema de interpretación cuya configuración "deriva de la constitución de la sociedad, y no de una comprensión exclusivamente individual", pueden encontrarse en JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 113.

¹²Cfr. SILVA SÁNCHEZ, "La regulación del *iter criminis*", en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 128: "es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad" (cursiva en el original). Cfr., igualmente JAKOBS, "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", *GA*, 1997, pp. 553-555: "nadie deja al criterio del autor qué debe entenderse por causalidad, resultado o dolo, sino que estos conceptos se desarrollan de forma comunicativa". Finalmente, ver RODRÍGUEZ

A diferencia de los anteriores ejemplos, mayoritariamente se entiende que en el ámbito del dolo la ley impide acudir a meras valoraciones y, por contra, exige la constatación efectiva de determinados hechos de naturaleza psíquica. En este sentido, se suele considerar que tal exigencia, plasmada en el principio de imputación subjetiva, es la garantía última de que el sujeto pueda evitar (individualmente) la imposición de la pena y de que, por tanto, con su castigo no se le degrade a la mera categoría de instrumento del que se puede servir el Estado para generar determinados efectos en la sociedad¹³. Sin embargo, el principio de imputación subjetiva es un criterio incompleto mientras no se explicita qué es el dolo y cómo puede determinarse. En este sentido, los problemas prácticos que plantea la interpretación aportada por la concepción psicológica han sido repetidamente puestos de manifiesto y por este motivo se ha propuesto su abandono¹⁴. No obstante, cuando se propone que en el ámbito de la "determinación del dolo" rija un criterio valorativo como el sentido social, ya no parece que se pueda seguir afirmando categóricamente que con dicha propuesta se impide toda instrumentalización del sujeto, pues no puede garantizarse que los criterios que la sociedad emplea para decidir cuándo un hecho ha sido realizado conscientemente vayan siempre a coincidir con los que hayan sido auténticos conocimientos del sujeto, ni, por tanto, que éste siempre haya podido evitar, desde un punto de vista individual, ser condenado como autor doloso.

MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63, quien afirma, para defender la necesidad de considerar irrelevantes las confianzas irracionales del autor en la no producción del resultado, que "de forma paralela a lo que ocurre con la voluntariedad en el desistimiento o en la distinción entre tentativa imposible o inidónea y tentativa irreal, lo relevante aquí no es sólo la actitud psicológica del sujeto, puesto que el Derecho no puede dejar a purros procesos psíquicos, a la 'mente del autor', ciertas decisiones que requieren una valoración normativa".

¹³Cfr., PAEFFGEN, *AK-StGB*, previo al § 18, n° marg. 1-7. La exigencia de conocimiento y voluntad efectivos se han visto a lo largo de la historia como grandes avances frente a la responsabilidad por el resultado que se daba en el *versari in re illicita* o el *dolus indirectus*.

¹⁴Cfr *supra* VIII.4.

De acuerdo con las anteriores ideas, *una condena por delito doloso basada en el sentido social del hecho implica siempre un cierto margen de error que se traduce en el riesgo de que con ella se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado*. Al ser posible que éste no haya contado con los conocimientos que se le imputan, es también posible que no haya podido evitar la imposición de la sanción penal, con lo que se le puede estar utilizando para generar determinados efectos en la sociedad sin que se le haya dado la oportunidad de impedir tal utilización. La problemática es evidente: mientras la concepción psicológica resulta inaplicable, *la solución normativa basada en el sentido social plantea déficits de legitimidad que deben ser salvados si se quiere seguir manteniendo*.

En segundo lugar, la simple idea del sentido social resulta por sí sola demasiado vaga para que pueda facilitar a los aplicadores jurídicos criterios seguros que permitan una solución uniforme de los diversos supuestos que se puedan plantear. En este sentido, si no se consiguen mayores concreciones, este criterio queda expuesto al peligro de un empleo no menos arbitrario que, por ejemplo, el que concurre en el ya criticado recurso a la convicción judicial. *La posibilidad de concretar el criterio basado en el sentido social en reglas más concretas que permitan afirmar con seguridad ante un determinado supuesto si éste se considera realizado de modo consciente es, por tanto, la segunda prueba de fuego que debe superar dicho criterio para poder ser plenamente acogido*.

X.2. Asunción de riesgos mediante el recurso al sentido social

Cuando se pretende recurrir en el ámbito de la "determinación del dolo" a un criterio distinto a la (irrealizable) averiguación de datos psicológicos, es evidente que se asume un riesgo de divergencia entre los resultados a que lleva tal criterio y la que fue auténtica subjetividad del autor. El intento de aportar un punto de vista que permita legitimar una condena pese a tal riesgo requiere, en primer lugar, que se determine del modo más preciso posible la entidad del riesgo que se está asumiendo. Como es evidente, resulta imposible calibrar dicha entidad empleando parámetros numéricos. Para que ello fuera posible deberían poder compararse los resultados obtenidos mediante el empleo del sentido social como criterio para determinar el dolo y los conseguidos mediante la averiguación de los hechos psíquicos realmente

acaecidos. Huelga decir que la constatación de este último dato resulta imposible, motivo por el cual también lo es la comparación citada y, por consiguiente, debe descartarse una cuantificación numérica del riesgo de error respecto a la realidad psicológica que se asume empleando el criterio del sentido social.

La imposible aplicación del anterior método de tasación de riesgos no debe impedir que se acuda a otros criterios, aunque, desde luego, éstos puedan resultar más imprecisos. Sin embargo, antes de recurrir a ellos conviene definir con precisión qué estructura debe darse en los supuestos de hecho imaginables para que pueda hablarse de un riesgo de instrumentalización. Aislados los supuestos en que concurre tal riesgo, a continuación debe intentar configurarse el criterio de imputación escogido (sentido social) de un modo tal, que se consiga la máxima reducción de riesgos posible dentro de lo que dicho criterio permita, analizando a la vez otras formas de reducción de riesgos. Finalmente, deben valorarse las posibilidades de legitimar una condena en que se asuma el grado de riesgo que, pese a los intentos de reducción, siempre acabará permaneciendo.

A) Hechos probados no coincidentes con la realidad y riesgo de instrumentalización

Cuando autores como *Stein* o *Hoyer* se refieren al riesgo de error que se asume en toda condena judicial, configuran este riesgo de tal manera que parece que toda divergencia entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos tenga que implicar *per se* una instrumentalización del individuo a quien se condene bajo tales circunstancias¹⁵. Sin embargo, esta idea debe ser matizada: no toda condena basada en unos hechos probados que no coincidan con los hechos efectivamente acaecidos constituye una instrumentalización del sujeto. Al contrario, ésta se da, única y exclusivamente, en aquellos casos en que tal divergencia no haya sido prevista por el sujeto a quien se

¹⁵HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 538, afirma que "toda pena de sospecha ante inocentes representa siempre una agresión a la libertad de acción de éstos". Cfr., igualmente, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

condena. *En los casos en que el reo haya contado con la posibilidad de ser condenado (erróneamente) por delito doloso a causa del sentido social de su conducta y, pese a ello, la haya llevado a cabo, no puede afirmarse que, si finalmente es castigado, se le esté instrumentalizando.*

Este punto de vista tiene un fundamento evidente: en la medida en que todo sujeto es miembro de la sociedad, por regla general conoce los criterios con que socialmente se valoran las conductas de las personas y, por tanto, a menudo está en condiciones de evitar que sus propias conductas se interpreten de una manera tal que interpretación y realidad no coincidan. Esta idea, un tanto compleja, puede exponerse de un modo más sencillo si se recurre a un par de ejemplos:

a) Un sujeto lleva amenazando de muerte a un político desde hace cierto tiempo con la única intención (psicológica) de gastarle una (pesada) broma. Un día decide continuar con la broma y dispara contra dicho político de tal manera que las balas pasen a una distancia lo bastante próxima como para asustarle pero sin originar un riesgo de muerte. El tribunal interpreta, a la luz de la trayectoria del acusado, que los hechos constituyen una tentativa de homicidio. El acusado era (psicológicamente) consciente de que, caso de ser descubierto, su conducta iba a entenderse como constitutiva de un intento de homicidio, pese a lo cual no la omitió.

b) Un empleado de la limpieza de unos laboratorios farmacéuticos decide llevarse a su casa un valioso microscopio con la intención (psicológica) de utilizarlo unos días y devolverlo después. Él es, sin embargo, plenamente consciente de que, si es descubierto, la interpretación que se va a dar a su conducta será la de un apoderamiento con ánimo de lucro, pese a lo cual no desiste de su propósito. Al cabo de una semana es descubierto y condenado posteriormente como autor de un delito de hurto.

Las respectivas condenas que ponen punto y final a los ejemplos expuestos se basan en la determinación de unos hechos que no concuerdan con la realidad psicológica de los protagonistas. En el primer caso se atribuye al sujeto una consciencia de la concreta aptitud lesiva de su conducta que (psicológicamente) éste nunca tuvo. En el segundo ejemplo se aprecia un error estructuralmente idéntico, pues en él se imputa al protagonista un ánimo de lucro que tampoco ha concurrido desde una perspectiva psicológica. Sin embargo, los dos supuestos son muestra evidente de que no toda determinación errónea de hechos probados incorpora automáticamente un riesgo de instrumentalización del individuo: los protagonistas de ambos

ejemplos fueron perfectamente conscientes del sentido social que *a posteriori* iba a darse a su conducta y, pese a ello, la llevaron a cabo. Por este motivo debe afirmarse que ambos estuvieron en perfectas condiciones de evitar una posible sanción y, sin embargo, no lo hicieron. Los hechos probados en que se basan ambas condenas no coinciden, desde luego, con la realidad psicológica, pero no es posible en modo alguno hablar de instrumentalización.

Un segundo grupo de casos en que tampoco es posible hablar de instrumentalización alguna, pese a la divergencia entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos, concurre en aquellas situaciones en que, en el ámbito del proceso, al sujeto le es posible evitar su condena y, sin embargo, prefiere esta última a la absolución por considerarla más ajustada a sus intereses personales¹⁶. La idea se expresa, igualmente, recurriendo a dos ejemplos:

a) Se acusa de receptación (art. 298 CP) a un marchante y crítico de arte por haber adquirido a un precio ridículo tres cuadros de un afamado pintor que habían sido sustraídos días antes de una pinacoteca. El Tribunal que le juzga entiende que concurre dolo pues, dada la profesión del acusado, éste necesariamente supo que el precio de los cuadros era irrisorio, por lo que igualmente se representó (aunque fuera eventualmente) que los cuadros podían haber sido robados. El acusado, que en realidad (psicológicamente) ni siquiera se planteó tal posibilidad, prefiere asumir la condena antes que declarar su ignorancia, por miedo a arruinar su prestigio profesional.

b) Se acusa a un ciclista de lesiones dolosas por haber arrollado a un peatón con su bicicleta. El juez determina el dolo al considerar que, dado el lugar en que se encontraba la víctima, el acusado necesariamente advirtió su presencia y, por tanto, el peligro que implicaba su comportamiento. Pese a que, a causa de una miopía extrema, el acusado no contó de forma efectiva (desde un punto de vista psicológico) con tales conocimientos, prefiere no alegar tal circunstancia para evitar que se le retire de forma definitiva el permiso de conducción¹⁷.

¹⁶En este ámbito pueden aportarse algunos de los argumentos de FREUND, *Normative Probleme*, p. 127 ss (cfr. *supra* IX.4.2.a). Sin embargo, sus ideas no constituyen, desde la perspectiva que aquí se defiende, el fundamento clave para legitimar condenas con riesgo de error, sino una muestra más de que, en determinados casos, pueden no coincidir hechos probados con hechos efectivamente acaecidos sin que por ello concurre una instrumentalización del individuo condenado.

¹⁷Ejemplo desarrollado a partir de FREUND, *Normative Probleme*, p. 129. Este autor distingue entre supuestos en que el sujeto no quiere evitar la condena por intereses

También en estos dos supuestos concurre una divergencia evidente entre hechos efectivamente acaecidos y hechos probados que, sin embargo, no permite afirmar que se esté instrumentalizando al condenado. Distintos serían, evidentemente, los supuestos en que el acusado alegase su ignorancia o su miopía y el Tribunal no diera crédito a tales alegaciones, condenando igualmente por delito doloso. En este último supuesto concurriría una instrumentalización, aunque ésta no pudiera ser constatada en concreto, por la imposibilidad de reconstruir el estado real de la psique del autor en el momento en que éste llevó a cabo la conducta objetiva del tipo de receptación o de lesiones.

En cualquier caso, lo que se pretende mostrar con los anteriores ejemplos es que no a toda condena que se base en hechos probados no efectivamente acaecidos le es implícita una instrumentalización del individuo. Evidentemente es imposible saber cuándo concurre uno de estos supuestos, pues su detección requeriría reconstruir determinadas realidades psicológicas y, en consecuencia, es también imposible determinar en qué tanto por ciento de supuestos se dan situaciones como las anteriores. Sin embargo, poniéndose de manifiesto la posibilidad de estas estructuras se advierte una primera reducción de la entidad del riesgo de instrumentalización.

B) Sentido social y reducción de riesgos

Aislados los supuestos en que, desde un punto de vista teórico, el recurso al criterio del sentido social conduce a que con la condena por delito doloso se instrumentalice a un sujeto, procede ahora plantearse la posibilidad de configurar de tal modo dicho criterio que se consigan reducir, tanto como su naturaleza lo permita, las posibilidades de producción de tales instrumentalizaciones. Una vez más, es evidente que tampoco en este ámbito van a poder cuantificarse numéricamente las repercusiones de tal reducción, pero ello

afectivos y el que lo hace por intereses materiales, aunque propone para ambos un idéntico tratamiento.

no impide afirmar que, en términos globales, conseguir una reducción es algo factible. Ello se debe a que el criterio del sentido social puede configurarse de una forma más o menos restrictiva y, en consecuencia, se puede asumir con su empleo un mayor o menor nivel de riesgo.

La valoración social sobre la consciencia con que una persona ha llevado a cabo un determinado comportamiento puede revestir diversas formas. Existen supuestos en que, desde un punto de vista social, se considera sólo como *posible* o incluso *improbable* que una persona haya llevado a cabo su conducta con el conocimiento de las realidades que exige el tipo penal. En otros casos, a partir de una valoración de los hechos objetivos se entiende como *bastante probable* una determinada consciencia, mientras que respecto a un último grupo de supuestos se valora como *inequívoco*, desde una perspectiva social, que el sujeto ha realizado su conducta con el conocimiento de las circunstancias que integran el tipo objetivo. Es evidente que, si para la imputación de tal consciencia, se considera suficiente con que se juzgue simplemente como posible su concurrencia desde una óptica social, se acabará determinando una realización dolosa en un número de supuestos globalmente más elevado que si se tal determinación se restringe a los casos en que, desde una perspectiva social, parece inequívoco que un hecho se ha llevado a cabo de forma consciente.

Toda valoración social sobre el conocimiento ajeno puede gozar de un grado de aceptación más o menos amplio. Así, mientras en algunos casos pocos intérpretes de una conducta objetivamente típica y de las circunstancias que la acompañan se atreverían a afirmar la concurrencia de una realización consciente, en otros resulta indiscutible que tal valoración gozaría de un grado generalizado de consenso. También en este punto resulta evidente que, exigiendo que las valoraciones empleadas para imputar conocimientos cuenten con una aceptación generalizada, se restringe el número de casos en que es posible imputar a alguien los conocimientos requeridos por el dolo y, de forma simultánea, se reduce globalmente el riesgo de instrumentalización que se asume con tales condenas.

La voluntad ya expresada de intentar reducir al máximo el riesgo de instrumentalización que se asume en toda imputación de conocimientos basada en el sentido social como criterio de "determinación del dolo", exige que se acoja la acepción más restringida posible de este criterio. Ello implica que *sólo se deban atribuir determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo con el sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos.*

Esta solución presenta una segunda ventaja que se une a la reducción del riesgo de instrumentalización: su empleo no interfiere en la eficacia del Derecho penal. En este sentido, cuando se opta por no atribuir al sujeto la conciencia requerida por el dolo en los casos en que, desde una óptica social, quedan espacios para la duda, no se transmite en modo alguno a la sociedad un mensaje que a ésta le resulte imposible comprender. Éste es, asimismo, el terreno en que debe desplegarse sus efectos el principio de *in dubio pro reo*. Si se abandona un criterio de imputación meramente subjetivo como la convicción judicial, dicho principio no puede seguir vinculándose a la duda personal del juez, sino que se debe recurrir a él para negar el dolo en los casos en que no existe un sentido social claro sobre si una conducta ha sido realizada conscientemente. Cuando a partir de las características externas de un comportamiento y de las circunstancias que lo acompañan no es posible valorar inequívocamente que éste ha sido realizado de forma consciente, deberá optarse por no imputar el conocimiento.

Es evidente que las valoraciones sociales sobre el conocimiento ajeno, incluso cuando su vigencia sea indiscutible, incorporan siempre un margen de error con respecto a la realidad psicológica y, por tanto, un riesgo de que se instrumentalice a quien se condena por aquello que, desde el punto de vista de la sociedad, se considera realización dolosa de un tipo penal. Por este motivo se hace necesario valorar la conveniencia de recurrir a otros criterios que permitan ulteriores reducciones del nivel de riesgo subsistente.

C) Ciencias empíricas y sentido social

Ante una perspectiva como la expuesta en los apartados anteriores puede plantearse la cuestión acerca de qué papel deben desempeñar las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación procesal del dolo. En primer lugar, debe dejarse sentada la idea de que, si se buscan métodos uniformes para la resolución de los casos, éstos no pueden ser resueltos acudiendo en unas ocasiones a un criterio de determinación y en otros a otro distinto¹⁸. La elección del sentido social como criterio a emplear para la "determinación del dolo" implica que el papel que deben desempeñar las ciencias empíricas en este ámbito debe estar siempre condicionado por el punto de vista que la sociedad sostenga sobre la capacidad de ciertas disciplinas científicas para determinar correctamente el conocimiento ajeno y pretérito.

En un apartado anterior de este trabajo se ha puesto en evidencia que en la actualidad no puede afirmarse que socialmente se confíe en que ciencias empíricas como la psicología o la psiquiatría puedan aportar soluciones ciertas sobre aquello de lo que fue consciente una persona en un momento pretérito¹⁹. Vinculando esta idea al criterio del sentido social, debe afirmarse consecuentemente que las ciencias empíricas no deben desempeñar papel alguno en el ámbito de la determinación procesal del conocimiento, al menos mientras no cambien las valoraciones de la sociedad respecto a las capacidades de tales ciencias. La razón de ser de esta última afirmación puede confirmarse atendiendo a las finalidades del Derecho penal: el recurso a las ciencias empíricas en ámbitos en que la sociedad no ha asumido que éstas sean capaces de aportar soluciones concluyentes, conlleva el evidente riesgo de que la aplicación del Derecho penal cause un efecto de desorientación en la colectividad. La evidente tendencia de determinados planteamientos de la Psicología a negar la concurrencia del sustrato fáctico requerido por el dolo llevaría a absolver o a sólo castigar como imprudentes supuestos que, desde

¹⁸Cfr., al respecto, BRESSER, *Lange-FS*, pp. 666-667.

¹⁹Cfr. *supra* VII.3.A.3 y VIII.4.