

NUEVAS TENDENCIAS NORMATIVISTAS EN EL CONCEPTO Y LA PRUEBA DEL DOLO*

*Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles***

Primera tesis: Para que pueda ser afirmado que un comportamiento es doloso, es necesario, pero también suficiente, la concurrencia en el autor del conocimiento “de los hechos constitutivos de la infracción penal” (elemento cognitivo); la constatación del denominado elemento volitivo (el querer) es una constatación fútil, superflua y, por ende, perfectamente renunciable.

I. Señala el artículo 22 C. P. de Colombia que “la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y *quiere* su realización”. Además, añade el legislador colombiano que “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción *se deja librada al azar*”.

Con ello, ciertamente, el legislador colombiano del Código del año 2000 ha establecido una definición de dolo que *prima facie* podría parecer contradictoria, pues según la misma resulta dolosa tanto la conducta de quien *quiere* la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal (primera parte del art. 22), como el comportamiento de aquel otro que tan sólo *parece conformarse* con la realización de tales hechos, “*dejándola al azar*” (segunda parte de dicho art. 22).

* Transcripción de la ponencia presentada en las xxvii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, “Principio de Culpabilidad y Proceso Penal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 24 de agosto de 2005.

** Profesor de la Universidad Complutense de Madrid y de su Instituto Universitario de Criminología.

Sin embargo, como a continuación trataremos de exponer, en realidad no existe contradicción alguna entre ambas alternativas, sino que las mismas se muestran más bien como el fruto de una técnica legislativa todavía anclada en el pasado más reciente de la dogmática sobre el dolo, pero, desde luego, perfectamente conciliable –y esto ha de ser destacado desde ya– con las más modernas concepciones sobre el concepto y la prueba del dolo en Derecho penal.

II. Veamos, para comenzar, los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo español en el denominado “caso Bultó”.

“El procesado, CARLOS, junto con otras personas, todos ellos miembros del llamado Ejército Popular Catalán, penetraron en una vivienda de Barcelona donde se encontraba D. JOSÉ MARÍA BULTÓ, de 77 años, viudo y conocido industrial, al que, tras colocarle contra su voluntad un aparato explosivo en la zona torácica de su cuerpo, le advirtieron que el mismo haría explosión si intentaba despegarlo del cuerpo antes de su desactivación previa, y, después de poner en funcionamiento el dispositivo eléctrico de dicho aparato, los terroristas dan al Sr. Bultó, por escrito, las instrucciones y precauciones que debía adoptar hasta que les hiciera entrega de 500 mlls. de ptas. que le exigían para su organización, dándole un plazo de 25 días [...] advirtiéndole que sólo retirarían *sin riesgo* el artefacto que le habían adherido al cuerpo, si cumplía la exigencia de dinero que le habían solicitado.

“Poco después, el Sr. Bultó, con el artefacto adherido a su cuerpo, abandonó el piso que ocupaba y marchó en su automóvil a su domicilio, donde, tras preguntar por su hijo, subió al piso superior, y, por causas que se desconocen, cuando se encontraba en el cuarto de baño, se produjo la explosión de aquel artefacto, causándole tan gravísimas lesiones y mutilaciones, que falleció en el acto” (de los “Hechos probados” de la sentencia del Tribunal Supremo español del 28 de noviembre de 1986). En Colombia, lamentablemente, también existen casos parecidos, como el conocido como el del “collar bomba”.

III. Así conformados los hechos probados, la defensa de los terroristas alegó, por sorprendente que pueda parecer, la ausencia de dolo de matar en la actuación de sus defendidos, afirmando que el homicidio del Sr. BULTÓ se habría producido tan sólo por culpa.

El argumento, por descabellado que pueda parecer desde un punto de vista de la denominada justicia material (¿cómo iban a responder los terroristas por un delito culposo?), sin embargo tenía su substrato tanto fáctico como jurídico, al menos en el momento de evolución dogmática de la teoría del dolo en que la pretensión fue alegada por la defensa. En efecto, la *voluntad* de los terroristas (“su querer”), al menos *prima facie* y de la mano del elemento tradicional *volitivo* de las doctrinas más clásicas, no era causar la muerte del Sr. BULTÓ. Antes bien, su deseo era cobrar la fuerte suma de dinero que habían solicitado como rescate, para lo cual, indefectiblemente,

debía conservar su vida el Sr. Bultó. Es más: resultaría claro, así la defensa, que si la *voluntad* de los terroristas hubiese sido causar la muerte al Sr. BULTÓ, la misma se la podrían haber producido sin mayores problemas cuando, en el primer momento, le adhirieron el explosivo al pecho en el primer apartamento, como hemos visto en los hechos que resultaron probados.

IV. Y, desde luego, desde una teoría que exija un elemento *volitivo* en el sentido de que el resultado haya de ser “*querido*” por el autor, no le faltaba razón a la defensa de los terroristas. Piénsese que, aunque se aseverase que los terroristas habían previsto el resultado, también podría argumentar su defensa que ellos confiaban en poder evitarlo, precisamente, para cobrar el rescate: el artefacto era relativamente seguro si no era manipulado –y buena prueba de ello fue el completo trayecto en automóvil–, los terroristas facilitaron al Sr. BULTÓ las instrucciones y precauciones que debía adoptar para evitar la explosión, etc., en suma, insisto, pareciera que, efectivamente, “confiaban” en la evitación del suceso –y perdónese me que, en esta ocasión, haga de “Abogado del Diablo”–.

V. Sin embargo, la condena correcta ha de serlo, naturalmente, en su modalidad dolosa, como por lo demás sentenció el Tribunal Supremo español.

Y es que, en verdad, aun aceptando que el dolo debe estar compuesto de un elemento volitivo, éste no ha de apreciarse desde una perspectiva denominada psicologizante –que era, en realidad, la pretendida por la defensa y al uso en aquella época–, es decir, no debe ser caracterizado según parámetros del mero alegato del autor de lo que “quiso” o “dejó de querer”, sino, antes bien, el concepto y prueba del dolo ha de venir definido desde una perspectiva normativa.

Y desde una perspectiva normativa o normativista, quien crea un riesgo, conoce dicha creación, y, a pesar de ello, actúa, podrá alegar que “no quería” la producción del resultado, pero ello no constituirá sino una suerte de estéril *protestatio facto contraria*, en donde el *factum* es, como vemos, la creación con conocimiento de ello de un determinado riesgo, ante el cual toda *protesta* ha de ser tachada de irrelevante. Desde luego que la *protesta* del sujeto, en el sentido de que no “quería la realización de los hechos constitutivos de la infracción penal” –por citar las palabras del Legislador en el art. 22–, podrá ser –y de hecho es– muy legítima desde posiciones defensivas, pero en modo alguno puede prosperar a la vista del claro *factum* que concurría: en nuestro caso, la colocación del explosivo implica un enorme riesgo para la vida, que, por lo demás, se concretó en el resultado.

Esta conclusión se apoya, me atrevería a decir, en la aplicación de simples reglas de la lógica: pues contrario a la lógica es aseverar, a la vez, “a” y “non a”, y eso era, precisamente, lo que pretendían los terroristas: afirmar “a” –el conocimiento del riesgo creado, pues éste no pudieron negarlo según lo probado–, y, a la misma vez, la afirmación de “non a” –la ausencia de *voluntad* de que el riesgo, que ellos mismos

habían creado, se concretase—. En otras palabras, si realmente hubiesen querido que el riesgo no se concretase, pues naturalmente no hubiesen actuado, de tal suerte que estaríamos, entonces sí, ante un “*non a*” (no voluntad - no “querer”) y un nuevo “*non a*” (no actuación - no colocación del explosivo), que sí respetaría las reglas de la lógica. Pero esto no era lo que pretendían, procesalmente hablando.

Como también es una simple regla lógica el siguiente hecho irrefutable: si parte *constitutiva* del concepto de dolo fuese la voluntad, la misma debería aparecer en toda forma de dolo, como *constitutiva* que es. Pero, sin embargo, sabemos que el Legislador prescinde de mencionar la voluntad en la segunda variante del artículo 22: la producción de la infracción penal es dejada al azar, esto es, *sin voluntad* alguna de su realización. *Ergo*: si hay dolo, a pesar de la falta de voluntad, la voluntad no puede ser *parte constitutiva* del mismo, sino, todo lo más, accesoria.

Por cierto que un pretendido argumento de contrario, en el sentido de que en esta segunda variante del artículo 22 el Legislador se está refiriendo al dolo eventual —a diferencia de en la primera variante del artículo—, no destruye la conclusión que acabamos de alcanzar: pues ni tan siquiera por parte de los más acérrimos partidarios de la teoría del dolo eventual se ha mantenido que en el mismo estemos ante una forma *distinta* de dolo; en otras palabras, el dolo eventual es dolo, luego debiera contener los mismos elementos esenciales o constitutivos en todas sus pretendidas modalidades. Y, repetimos, resulta que en la segunda variante del artículo 22 —la que probablemente sería identificada con el dolo eventual— no se contiene el elemento volitivo. De este modo, la conclusión se confirma: el elemento volitivo no es elemento constitutivo del dolo, de otro modo, debería aparecer en el completo artículo 22 y no sólo en parte de él.

VI. La sentencia del caso Bultó, que constituyó un hito, y, en verdad, el primero, en el cambio operado en la concepción del dolo —así como en su prueba—: de un dolo psicologizante a un dolo normativo, se tuvo que confrontar con lo superfluo del denominado elemento volitivo. Y decimos simplemente superfluo o fútil, es decir, tampoco queremos tacharlo de dañino, siquiera sea porque así lo ha establecido el Legislador colombiano en la primera de las variantes de la definición del dolo del artículo 22 —recordemos—: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y *quiere* su realización”.

Pero ese elemento es superfluo y la conclusión tozuda: el maridaje —se ha de insistir en ello— entre el elemento cognitivo y este otro volitivo, es ineludible: *siempre* que se *conocen* los hechos constitutivos de la infracción penal —es decir, los riesgos creados— y, a pesar de ello, se actúa, se *quiere* su realización; al menos, en un sentido normativo, que es el único que puede resultar trascendente a los efectos de la imputación jurídico-penal subjetiva.

Por tanto, en el ejemplo citado del caso Bultó, el alegato de la defensa no podía prosperar, como de hecho no prosperó, y obligó al Tribunal Supremo español, ya en aquella lejana fecha de 1986, a comenzar a replantearse las pretendidas seguras bases con las que venía determinado el dolo, como “conocimiento y voluntad de la realización de los elementos del tipo objetivo”. Estas seguras bases hoy van camino de ser cosa del pasado.

Los terroristas supieron de los riesgos que su acción con el explosivo comportaba, y, a pesar de ello, actuaron, luego obraron con dolo; su alegato de que “no quisieron” el resultado, no podía ser acogido; si realmente no lo hubieran querido desde el punto de vista que le interesa al Derecho penal, no hubiesen actuado; así de sencillo es. Todo lo demás, son cuestiones puramente terminológicas de conceptos como “querer” –aparentemente no querían el resultado–, “desear” –deseaban su no producción–, “esperar” –esperaban cobrar el rescate–, que podrán interesar a los filólogos, pero que poco ayudan en la decisión sobre la imputación subjetiva jurídico-penal.

En suma, para que se pueda decir que un comportamiento es doloso, es suficiente con el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal, pues con ello se cumple, *per se*, es decir, *siempre*, el elemento volitivo que también exige el artículo 22 C. P. Por eso hemos dicho que tal elemento es superfluo.

VII. Ello obliga a preguntarnos, pues, qué ha de entenderse por “conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal” (art. 22), lo que lleva a que nos permitamos formular la *segunda tesis* de esta exposición, aunque la misma ya viene siendo apuntada al hilo de nuestras explicaciones.

Segunda tesis: Por conocimiento de “los elementos constitutivos de la infracción penal”, habrá que entender el conocimiento del riesgo creado por el autor, que puede concretarse en el resultado.

I. Como es sabido, “los elementos constitutivos de la infracción penal” no son sino los elementos del tipo objetivo. El autor doloso debe haber conocido los elementos del tipo objetivo. Dejando de lado ciertos elementos, como la cualidad de funcionario, u otros que, en principio, no siempre forman parte constitutiva de la fórmula de la imputación objetiva, es el contenido de ésta, precisamente, el que ha de conformar el substrato básico del concepto de dolo.

El autor habrá de haber conocido, por tanto, que su comportamiento creaba un riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, y que éste –el riesgo– se podía concretar en el resultado lesivo. Esa es la fórmula de la imputación objetiva que ha de haber conocido el autor doloso.

II. De nuevo, traigamos a la discusión los “Hechos probados” de una muy citada sentencia del Tribunal Supremo español:

“Se declara probado que el procesado CARLOS, se hallaba en compañía de otros jóvenes en el interior del chalet de los padres de uno de ellos, celebrando una velada. En un momento dado, uno de los jóvenes, HÉCTOR, tomando una botella, retó a CARLOS a acertarle a la misma de un disparo, mientras bebía, ya que CARLOS era portador de una pistola Star Parabellum de 9 mm. semiautomática, que le había sido oficialmente adjudicada en su calidad de miembro de la Policía y con la cual había estado jugando y haciendo alardes de puntería desde su llegada al lugar. Aceptando CARLOS la proposición, apuntó con la citada arma a la botella que sostenía HÉCTOR, disparando sobre ella en el instante mismo en que áquel efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima, siendo alcanzado por el proyectil en el hemitórax derecho, falleciendo como consecuencia de ello 23 días más tarde” (de los “Hechos probados” de la sentencia del Tribunal Supremo español del 17 de julio de 1990).

El tribunal de instancia condenó a CARLOS como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, es decir, como autor de un homicidio culposo. Por su parte, el Tribunal Supremo consideró esta conclusión “altamente discutible”, si bien es cierto que “inmodificable en esta instancia” –en la del Tribunal Supremo– a la vista de que las partes acusadoras no habían solicitado su modificación. Hoy día, 15 años después, quizás la condena habría sido otra, pues las partes se habrían replanteado también recurrir la parte relativa al tipo subjetivo.

III. Y es que, sin duda, la toma de una decisión es sumamente delicada a la luz de las diversas definiciones que aparecen en el Código Penal, tanto de dolo como, sobre todo, de culpa.

Por lo que respecta a las relativas al dolo, ya vimos las dos alternativas que presenta el legislador: la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal, y también lo será cuando la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Por su parte, para la culpa, el Legislador establece en el artículo 23 asimismo dos aparentes modalidades: la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción del deber objetivo de cuidado y (1) el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o (2) habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

Con ello, para la doctrina mayoritaria, existirían dos modalidades de culpa: aquella en la que el sujeto no conoció el riesgo de producción del resultado pero debió haberlo previsto por ser previsible (culpa inconsciente o sin representación); y aquella otra modalidad en la que el agente no “conoció” –si no estaríamos ante dolo–, pero sí previó el resultado, aunque confió en poder evitarlo (culpa consciente o con representación).

IV. De este modo, por lo que hace a la segunda variante, la culpa consciente o con representación, el legislador parece introducir de nuevo el elemento volitivo como uno de los elementos diferenciadores de la culpa y el dolo, aspecto volitivo que, empero, nosotros ya habíamos descartado en la primera de las tesis propuestas: el autor obraría con culpa, y no con dolo –vendría a decir el legislador–, cuando “confiaba” en poder evitar el resultado, es decir, cuando “quería” (elemento volitivo) evitarlo.

V. Pero ya vimos, y con toda razón, que el mero alegato de querer evitar un resultado, de confiar en que el mismo no se va a producir, en la esperanza de poder impedirlo, es un alegato estéril, es una simple *protestatio facto contraria*, si hubo en el autor conocimiento del riesgo que creaba mediante la propia acción (¡si lo previó!) y, a pesar de ello, actuó.

No obstante, no quiero quedarme yo también en una mera “protesta” –permítaseme decirlo así– contra el artículo 23, reprochando en esta exposición simplemente que el Legislador ha formulado de manera errónea el precepto al hablar de que hay culpa cuando el agente “*confiaba en poder evitar el resultado*”. Antes bien, esta parte del artículo 23 puede y debe ser interpretada de forma correcta –hay margen suficiente para ello– pues, como sabía RABBRUCH, “la interpretación jurídica no es repensar algo que ya fue pensado con anterioridad, sino terminar de pensar un pensamiento”.

VI. De este modo, el elemento del artículo 23 “*confianza en poder evitar el resultado*” ha de ser interpretado, una vez más, de un modo normativo, y no psicologizante: solamente si desde un punto de vista normativo, es decir, en Derecho, existe un motivo plausible, racional, esto es, asumible en Derecho, para que el autor pudiera *confiar* en poder evitar que el riesgo que el mismo creó se concretara en el resultado, podrá decirse que el autor obró con culpa; en los demás casos, es decir, en los que el motivo que alega el autor para decir que confiaba en la no producción del resultado, sea un motivo irracional, no atendible en Derecho, habrá que afirmar indefectiblemente, esto es, pese a la presunta o pretendida “confianza” del autor, que su conducta fue dolosa.

Volviendo al ejemplo de la jurisprudencia española que proponíamos, no habrá que preguntarse si el joven que disparó, confiaba, en su particular versión, en poder evitar el resultado de alcanzar al otro joven, pregunta ésta por lo demás cuya respuesta es de imposible prueba, pues naturalmente que el sujeto siempre alegará que, en efecto, sí confiaba en dicho feliz desenlace: que acertaría a la botella y no a su amigo. Antes bien, habrá que preguntar si el motivo para tal pretendida confianza era plausible, es decir, asumible en Derecho, racional, según todo lo cual podrá o no ser creído tal alegato de defensa, relativo a la “confianza en evitar el resultado”.

Y la respuesta, en nuestro caso, es un *no* rotundo: quien dispara a otra persona en las condiciones que son relatadas en los “Hechos probados” de la sentencia conoce los

riesgos de su acción, de modo que, si a pesar de ello actúa, obra con dolo. En este caso, como en otros muchos, no existe un motivo plausible, conforme a Derecho, en el que poder basar un alegato del acusado CARLOS en el sentido de que confiaba en poder evitar el resultado. Casi todo autor nos suele decir, en su defensa, que confiaba poder evitar el resultado. Sin embargo, la apuesta misma, en la que se desarrollaron los hechos, deja bien a las claras que tal confianza no existía: quien apuesta es porque tiene un riesgo de ganar o de perder, si no, la apuesta carece de sentido. CARLOS tenía un triple dolo alternativo –aunque en las dos primeras variantes no se habla propiamente de dolo por no existir tipicidad–: o bien de acertar a la botella, o bien de fallar el disparo al aire o bien, por fin, de alcanzar a HÉCTOR, como finalmente sucedió. De las tres alternativas tuvo conocimiento. Como señala el artículo 22 relativo al dolo, la no producción del resultado se dejó, simplemente, “librada al azar”. CARLOS obró con dolo. Un hipotético argumento defensivo en el sentido de que habría confiado en poder evitar el resultado, no podría prosperar.

VII. Por supuesto que hay otros casos en que habrá que afirmar que el autor obró con culpa, pero sólo, insistimos, cuando la “confianza” que dice tener el autor en poder evitar el resultado sea una confianza asumible en Derecho, racional, plausible desde un punto de vista jurídico. Una pretendida “confianza en poder evitar el resultado” que no cumpla tales requisitos es, una vez más, una mera *protestatio facto contraria*, pueril, insostenible en Derecho. En Derecho probatorio no se tiene por probado, *per se*, todo lo que aduce en su descargo el inculpado, y este no es un caso diferente.

En los hechos en que exista esta racionalidad que venimos exigiendo en el “confiar” del autor para que se pueda hablar de culpa, no es entonces, empero, la subjetiva y particular versión o confianza del autor lo que marca la pauta, lo que establece el límite entre el dolo y la culpa, es decir, no es un pretendido aspecto volitivo de su conducta, sino lo verosímil y plausible de que del conocimiento que el autor posea de los hechos objetivos no se derivaba, *per se*, un conocimiento concreto del riesgo que se crea y que el mismo podía concretarse en el resultado.

Ejemplo basado en un caso real sucedido en Colombia: el sujeto s dispara a su enemigo E en una pierna, con el objetivo de darle un escarmiento. E fallece desangrado con toda rapidez, pues la bala perfora la vena femoral. Naturalmente que siempre que se dispara un arma de fuego hay un riesgo en abstracto de causar la muerte, pero el riesgo en concreto, en nuestro ejemplo, no fue conocido por s, y el motivo que alega para dicho desconocimiento, su confianza en la no producción del resultado, es plausible: el riesgo que se concretó en el resultado es un riesgo ciertamente creado por el autor –habrá que imputarle objetivamente la muerte–, pero no se trata del riesgo principal creado, sino, antes bien, de un riesgo adyacente o subsidiario del principal, que sería el de lesiones. Se trata de una variante del riesgo por él creado, y no de un riesgo nuevo o distinto –insistimos: de otro modo habría que concluir, incluso, que no le sería imputable objetivamente el resultado de muerte–, pero, por lo que hace al tipo subjetivo, el alegato, por ejemplo, de que disparó a la pierna “confiando” con

ello en evitar el resultado de muerte es racional y casa perfectamente con las conclusiones a las que se ha de llegar a nivel de imputación objetiva. s debería responder, pues, por un delito de homicidio culposo.

VIII. A la luz de esta interpretación de los artículos 22 y 23 C. P. se llega, por lo demás, a una solución limpia para el problemático supuesto de la denominada “ceguera ante los hechos”, sobre la que nos permitimos formular una tercera tesis en esta exposición.

Tercera tesis: El agente que conoce los riesgos creados por su actuación precisamente porque se preocupó de un modo plausible, racional y asumible en Derecho en evitarlos (art. 23), no obra con dolo –esta tesis no necesita ya de prueba particular, porque acaba de ser demostrada–; por el contrario, el sujeto que dice desconocer los riesgos creados por su actuación, y como todo motivo para ello alega desidia, simple “ceguera ante los hechos”, obra con dolo cuando se pueda constatar que le incumbía un deber especial de conocimiento, como suele ser el caso de los delitos de infracción de deber.

I. El Legislador, lamentablemente, no parece haberse preocupado por los motivos que provocan el desconocimiento en caso de que éste exista: la cuestión del dolo es, simplemente, si el autor conoció o no, pero no los motivos que provocaron, en su caso, el desconocimiento.

Se habla de “ceguera ante los hechos” o “imprudencia provocada” cuando el autor renuncia deliberadamente a determinada información, de tal modo que “no conoce” –razón por la cual en principio parecería que habría que condenar por culpa–, si bien es cierto –y aquí reside la particularidad de estos casos– que ha sido él mismo –el propio autor– quien ha provocado su desconocimiento, es decir, que no ha conocido porque no quería conocer. Que en estos casos una condena por imprudencia no resulta satisfactoria, ha sido incluso evidenciado por el acervo popular en el conocido refrán “no hay peor ciego, que quien no quiere ver”.

II. Una vez más, un ejemplo de la jurisprudencia española al respecto.

“FERNANDO, soldado del acuartelamiento de Calatayud, tenía asignado reglamentariamente servicio de retén durante 24 horas. A pesar de ello, se ausentó de la Unidad, sobre las 18 horas, sin permiso ni autorización de sus superiores, marchando a un pueblo cercano, regresando al cuartel horas más tarde. Los componentes del retén debían permanecer en el acuartelamiento, en cualquier lugar pero siempre localizables por si tenían que intervenir, en cuyo caso tomaban su arma reglamentaria. La relación de personal de la Sección que el día de autos tenía el citado servicio de guardia de retén, se colocó mediante un listado en el tablón de anuncios de la Sección. Dicho tablón de anuncios con el nombre de los soldados que tenían retén, y, por tanto, con el nombre de FERNAN-

DO, se encontraba colgado en las puertas del cuartel, antes de salir. FERNANDO no miró el citado tablón de anuncios, a pesar de conocer su existencia, cuando abandonó el cuartel” (de los “Hechos probados” de la sentencia del Tribunal Supremo español del 25 de octubre de 1995, Sala Quinta, de lo Militar).

III. La denominada ceguera ante los hechos es clara y tiene que ver con la cuestión probatoria: como no se probó que FERNANDO hubiese leído el tablón de anuncios con las personas de la sección que tenían servicio de retén, se podría argumentar por la defensa, no habría tenido conocimiento del servicio, luego tampoco de los elementos típicos del delito de abandono del servicio de armas, *ergo*: FERNANDO habría actuado sin dolo.

Esa sería, *prima facie*, permítasenos decirlo así, la tragedia de la aparente respuesta que se ha de dar al comportamiento de “imprudencia dirigida” o “ceguera ante los hechos”: el autor habría obrado sin dolo.

IV. Sin embargo, una vez más, debe imponerse una valoración normativa del caso, es decir, cuestionarse si la motivación del desconocimiento por parte del sujeto es plausible, es asumible en Derecho, es racional, y no caer en el mero alegato defensivo del desconocimiento que, en muchas ocasiones, como vemos, se produce por pura desidia o, incluso, de forma dirigida. Conocimiento de los riesgos *versus* pueriles confianzas en que no se producirá el resultado, o *versus* descaradas e implausibles actitudes de pretendido desconocimiento.

La anterior aseveración no soluciona todos los casos de imprudencia dirigida o ceguera ante los hechos, transformándolos, *manu militaris*, en supuestos de dolo. Al fin y al cabo, mal que nos pese, el Legislador, insistimos, no ha preguntado por los motivos del desconocimiento. Pero sí, al menos, pueden ser resueltos algunos de estos casos.

En el caso propuesto, por ejemplo, esta situación, como decimos, puede ser solventada. Estamos ante un delito de infracción de deber. No responde todo sujeto por el delito de abandono del servicio de armas, sino solamente los que, por su condición de militares, se encuentran obligados por ese deber especial. El acusado era soldado, había recibido la pertinente instrucción, y conocía que los servicios de guardia se colocan en el tablón de anuncios. Esta circunstancia pertenece sin duda a lo que le es atribuible en su rol especial como soldado. Desde este punto de vista, no puede decirse que desconociese su obligación de mirar en el tablón de anuncios de la Sección. Ese conocimiento pertenece a los conocimientos de un soldado, puesto que no hay ningún dato en los “Hechos probados” que permita siquiera dudar que, a pesar de ser soldado, pudiese no conocer la obligación de mirar en el tablón de anuncios.

Si quien sabe que tiene que comprobar su posible nombramiento para el servicio de retén no lo comprueba, es indudable que lo hace *conociendo* la posibilidad de que

haya sido nombrado, o, lo que es lo mismo, conoce el peligro de realización del tipo y de todas formas prosigue con su comportamiento, en este caso, con la omisión de examinar el tablón y con la acción de abandonar el cuartel. En otras palabras, quien conoce que tiene que mirar la lista de servicios y no lo hace –y, como ya sabemos, no aduce para tal omisión un motivo racional, ni asumible en Derecho–, conoce la posibilidad de que su actitud lleve a que, si tiene algún servicio asignado, no lo vea. El conocimiento del deber positivo en este tipo de delitos de infracción de deber significa, a la vez, e indefectiblemente, conocimiento de la posibilidad de encontrarse en la lista de los nombrados –si no existiese tal posibilidad, ¿para qué existiría pues el deber de comprobación?–, y éste conocimiento significa, a su vez, *conocimiento del peligro o riesgo de realización del tipo* en el sentido expuesto en la segunda tesis mantenida en esta exposición, *ergo*: dolo del delito de abandono del servicio de armas.

Conviene dejar claro, no obstante, que esta explicación no equipara el “conocer” (dolo) con el “deber-conocer” (culpa), sino que se afirma un verdadero conocimiento en el sentido anteriormente expuesto del riesgo de producción del resultado: cuando el soldado no mira el tablón de anuncios, no conoce su nombramiento para el retén –igual que quien dispara no conoce si errará o acertará el tiro–, pero sí el riesgo de que su actuación sea constitutiva de un delito de abandono del servicio, y, a pesar de ello, abandona el cuartel. El conocimiento de este riesgo concreto es suficiente para afirmar el dolo.

V. Como ya apuntamos *supra*, probablemente esta solución no pueda ser aplicada a todos los casos, pues en aquellos delitos que no sean de infracción de deber, no siempre podrá ser afirmado ese deber de conocer que implica que en los supuestos de pretendido desconocimiento, en verdad, no obstante, se pueda y deba afirmar que al menos se conoció el riesgo de la realización del tipo; al fin y al cabo, insistimos, el Legislador no ha querido preguntarse por las causas del desconocimiento, es decir, si estas fueron la desidia, la intención de no conocer, etc. Pero, en todo caso, habremos resuelto, probablemente, un gran grupo de casos, los correspondientes a los delitos de infracción de deber.

Para el resto de los delitos que no son de infracción de deber, los delitos de dominio del hecho u organización, habrá que esperar, si ese es su deseo, a que el Legislador establezca una regulación en la que se entienda que el mero desconocimiento, por desidia o precisamente por interés en no conocer, es equivalente al dolo o, al menos, merece más pena que la culpa. En tanto esto no se produzca, no siempre –al menos no en Derecho penal– “no hay peor ciego, que quien no quiere ver”.

VI. Con ello llegamos a la última de nuestras tesis, aunque la misma, como ya ocurriera con las tesis anteriores, ha ido aflorando a lo largo de la exposición.

Cuarta tesis: la prueba del dolo no es una prueba psicologizante, supeditada al mero alegato del autor –a la, en su caso, tan repetida protestatio facto contraria–, sino que la prueba del dolo es una prueba normativa, basada en los conocimientos que se han de atribuir al sujeto en virtud del rol social en el que esté interaccionando.

I. Uno de los alegatos más sencillos de defensa –lo sabe cualquier litigante– es la afirmación de ausencia de dolo: el autor alega que desconoció los elementos que conformaban el tipo objetivo, de tal modo que habría actuado, a lo sumo, con culpa, modalidad delictiva ésta con una penalidad –si es que la tiene– muy inferior a la modalidad dolosa.

Y este alegato, en principio, puede hasta parecer fructífero: es claro que el juzgador no puede penetrar en la cabeza del autor para saber qué conoció –en ese “*arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos*”, como señala la jurisprudencia española–, o, en otras palabras, que el presunto autor de un delito no es una suerte de computador en el que poder comprobar, a posteriori, en qué momento se abrió un “archivo” (el conocimiento sobre el hecho del tipo objetivo), y cuál era su contenido.

De este modo, indefectiblemente, la prueba del dolo habrá de conducirse por las mismas sendas que hasta ahora veníamos transitando: habrá de discurrir mediante una inferencia normativa, obtenida de los datos objetivados en el comportamiento externo del autor, y no por caminos psicologizantes que nada prueban y que se constituyen en una fuente de plena inseguridad jurídica.

II. Ya en la tesis anterior hemos dejado apuntado cómo había que argumentar respecto de la prueba del dolo del acusado FERNANDO: trayendo a colación su condición de soldado, es decir, el rol en el que estaba interaccionando.

Y así, en general, atendiendo al papel social que una determinada persona desempeña, a su rol se le atribuyen unos determinados conocimientos, pues de otro modo, si nos estamos al mero alegato de defensa, el contenido de éste ya lo sabemos: se nos dirá que el autor no conoció, que el agente obró sin dolo...

a. Existen unos conocimientos mínimos siempre atribuibles por el hecho de ser persona, es decir, al rol de persona –p. ej., todo el mundo sabe que dejar sin respiración durante cierto tiempo a alguien, le provocará con seguridad la muerte–. O, por citar un nuevo ejemplo, a quien dispara a una persona con un arma de fuego a escasos centímetros de la cabeza, se le atribuye dolo de matar, y un alegato en contra aduciendo que no conocía el riesgo que creó, o que no quería su concreción, o que confiaba en poder evitar el resultado, es un alegato estéril. Esta es la unión perfecta entre el concepto del dolo y su prueba. Esta es la simbiosis necesaria entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal.

O, por continuar con el caso citado, la jurisprudencia española viene distinguiendo, a los efectos por ejemplo de diferenciar el dolo de matar –*animus neccandi*– del dolo de lesionar –*animus laedendi*–, los conocimientos atribuibles al rol persona: tipo de arma empleada –de fuego, cuchillo, los puños, etc.–, lugar del cuerpo que sufre el ataque –cabeza, tronco, extremidades–, número de ataques –una cuchillada o disparo, varios de ellos–, etc., etc. Estos conocimientos, en sus distintas variantes, se atribuyen al rol persona, y, según el resultado que arroje la subsunción en el caso concreto –A disparó a B en el pecho, dos veces, con un arma de fuego–, habrá que concluir la existencia de dolo de matar o, simplemente, de lesionar.

b. Por su parte, existen otros conocimientos mínimos asociados a determinados roles o papeles desempeñados socialmente.

Algunos ejemplos de la jurisprudencia española pueden ayudar a aclarar a qué nos estamos refiriendo: un empresario fabricante de licores conoce, ya por el hecho de serlo, la existencia de una determinada marca de ginebra muy difundida en el mercado español (“Larios”), y por ello no se puede amparar en un supuesto desconocimiento cuando, a imitación de aquélla, produce otra ginebra denominada “Lirios”; en su rol de empresario de licores, le atribuimos dicho conocimiento y el intento de demostrar lo contrario por su parte, si no concurren en el caso otras circunstancias excepcionales, ni podrá ni deberá ser atendido en Derecho. O también: un empresario aceitero no puede desconocer el peligro que conlleva para la salud el consumo de aceite que había contenido anilina (me estoy refiriendo al envenenamiento masivo de miles de personas en España por la venta de un aceite no apto para el consumo humano, el llamado aceite de colza), y ello precisamente por ser empresario dedicado a la comercialización de aceite. O, por poner un último ejemplo: difícilmente puede desconocer el entrenador de un equipo de fútbol en el que existe un límite de edad máximo y otro mínimo para ser admitido, ese arco de edad de los chicos a los que él mismo entrena: tal conocimiento le es atribuido, una vez más, mediante una prueba del dolo basada en el rol en el que interactúa, es decir, mediante un criterio normativo y no psicologizante: probado que era entrenador del equipo, y que en dicho equipo jugaban chicos de una determinada edad, de ello se infiere su conocimiento –dolo– sobre la edad de los muchachos a los efectos de la posible comisión de un delito de abusos sexuales a menores. O, explicado con un contraejemplo: al mesero de un local al que acudían los menores, en su rol de mesero, no se le podrán atribuir conocimientos tan precisos sobre la edad de los muchachos, si fue él quien cometió unos abusos; sólo podrán serle atribuidos los conocimientos atribuibles al rol persona, que en muchos casos, no obstante, serán plenamente suficientes para poder determinar que conoció que la persona con quien mantuvo relaciones sexuales era menor de edad (a toda persona, en su rol de persona, se le atribuyen una serie de conocimientos referidos a la determinación de la edad de un joven, atendiendo a su aspecto físico, forma de expresarse, etc.).

En suma, sirvan estas cuatro tesis que han sido expuestas, al menos como introducción en lo que di en llamar “Nuevas tendencias normativistas en el concepto y la prueba del dolo”.