

RAMON RAGUES I VALLES: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, 566 págs.

La obra que da origen a estos comentarios se ocupa de dos cuestiones fundamentales: el concepto de dolo y la determinación procesal del dolo.

1º. EL CONCEPTO DE DOLO

El autor comienza con el análisis de las diversas concepciones destinadas a fundamentar la especial gravedad que el comportamiento doloso reviste para el sistema, desde un punto de vista preventivo. Luego de una revista pormenorizada, asume la argumentación de Jakobs, basada en el

sentido social que expresa la conducta dolosa en relación con la conducta imprudente (expresión de un defecto volitivo vs. expresión de un defecto cognitivo).

A continuación inicia y lleva a buen término la difícil navegación a través de la historia dogmática del concepto, desde las tesis del *dolus indirectus* y los trabajos de Carpzov hasta las teorías del consentimiento (Frank) y la probabilidad. Es notable la forma en que las diversas concepciones se sitúan en su justa dimensión y cómo el autor va estableciendo entre ellas las relaciones oportunas. Ya en la actualidad, merece especial atención una línea de pensamiento formada por

los aportes de Kelsen, Bockelmann, Freund, Krauß, Schild y Hruschka. Todos ellos preparan el camino hacia la comprensión del dolo como un concepto adscriptivo y no descriptivo, que ya aparece nítidamente en los trabajos de Hruschka: lo que se atribuye es el significado social de la conducta, según el parámetro del hombre medio y/o de los indicios externos. Paralelamente, merece destacarse la continuidad de los planteamientos cognitivos en Schröder, Schmidhäuser y Frisch.

El texto constata la existencia de un consenso fundamental en la doctrina con respecto al concepto de dolo, consenso que no desaparece ante las evidentes discrepancias terminológicas o incluso de detalle. Existe dolo, según la doctrina del consenso, cuando el sujeto ha actuado pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal. En consecuencia, nada aporta al concepto de dolo un pretendido elemento volitivo y pierde sentido la tradicional clasificación tripartita¹.

Los principales argumentos dogmáticos a favor de la corrección de la tesis del consenso son: i) no es sustentable la equiparación del simple "conformarse" con el auténtico "querer"; ii) la autonomía conceptual del "conformarse" es nula: siempre se conforma quien actúa pese a la representación. Por otra parte, la principal crítica a las teorías del consentimiento radica, sobre todo, en que ponen demasiado alta la vara para apreciar dolo, más de lo aceptable desde la perspectiva del merecimiento de pena.

Luego, el dolo radica en el conocimiento. Y la representación necesaria para el dolo se define en los siguientes términos²: i) cuando existe conocimiento cierto de hechos preexistentes o bien previsión del seguro acaecimiento del resultado; ii) cuando el conocimiento es incierto, se requiere además que el sujeto atribuya a su conducta una concreta capacidad lesiva (de realización del tipo penal).

Las críticas a la tesis cognoscitiva se comentarán en parte más abajo, pero pueden reseñarse de la siguiente forma: i) cómo resolver los casos de ausencias irracionales de representación del riesgo; ii) la tesis promueve un castigo al escrupuloso en caso de riesgos mínimos no permitidos; iii) la tesis no explica cuándo alguien ha realizado o no el juicio de concreta capacidad lesiva; v) la tesis cognoscitiva no permite distinguir entre dolo de lesión y dolo de peligro concreto.

2º. LA DETERMINACION DEL DOLO

El autor argumenta en forma sólida su posición contraria a la concepción psicológica, desde el punto de vista de su viabilidad procesal. Analiza uno a uno los medios de prueba que pretendidamente arrojan certezas sobre el acaecimiento en el pasado de un proceso psíquico de conocimiento, para concluir que ninguno de ellos puede satisfacer el *desideratum* de los planteamientos psicologistas.

A continuación, desarrolla la tesis de la imputación normativa del conocimiento necesario para el dolo. Y lo hace desde el principio, es decir, haciéndose cargo de las dos principales objeciones de fondo a este planteamiento: i) el peligro de instrumentalización del sujeto, al que puede terminar "imputándosele" un dolo inexistente por razones de prevención general, y ii) la ausencia de criterios prácticos de imputación objetiva del dolo. La argumentación es sólida y convincente, aunque no venga al caso reproducirla en este lugar.

La última parte de la obra está dedicada a la formulación de los principales criterios de imputación objetiva del dolo en función del *inequívoco* sentido social de la conducta, que a juicio del autor han de tenerse en cuenta. Ellos son:

- a) Los *conocimientos mínimos*, es decir, los que corresponden a cualquier sujeto imputable (conocimientos mínimos en sentido estricto), o bien a cualquier sujeto imputable con una socialización no exótica (conocimientos mínimos en sentido amplio).
- b) Las *transmisiones previas de conocimientos*, en cuanto se hallan suficientemente acreditadas y tanto la importancia de los conocimientos como la proximidad de la transmisión excluyen la posibilidad de un olvido socialmente comprensible.
- c) La *exteriorización del propio conocimiento*, siempre cuando es anterior o coetánea al hecho, y solo cuando perjudica al autor en caso de que se trate de exteriorizaciones posteriores al hecho.
- d) Los conocimientos que la sociedad entiende como necesariamente vinculados a ciertas *características personales* del sujeto.

Las últimas páginas del libro están dedicadas a la imputación de dos clases de conocimiento que presentan una particular complejidad: la imputación del correcto "conocimiento situacional", y la imputación de un "juicio de concreta aptitud lesiva", este último indispensable en los delitos de resultado. El primero es atribuido mediante la acertada concatenación de los criterios anteriormente señalados, mientras que el segundo es sometido a un nuevo análisis sobre la base de una distinción fundamental entre las conductas "espe-

¹ HERZBERG, "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten", *Juristenzeitung*, 1988, p. 575.

² RAGUÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, pp. 162-165. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

cialmente aptas" para la producción del resultado, y las "conductas neutras" con respecto a dicha producción. Las conclusiones son esclarecedoras y, al hallarse respaldadas por el contraste con numerosos y complejos casos prácticos, resultan asimismo extraordinariamente convincentes.

No son gratuitas, en consecuencia, las palabras que Jesús María Silva Sánchez escribe en el prólogo de la obra: "...hemos obtenido ya un gran libro sobre el dolo. Ciertamente, el mejor escrito en lengua castellana; y (...) me atrevería a decir que quizá se trate del mejor libro que jamás se haya escrito sobre el concepto jurídico-penal de dolo".

De los dos aspectos fundamentales que comprende la obra, pensamos que es en lo relativo a la determinación del dolo donde radica su aporte más considerable. En efecto, la concepción cognoscitiva del dolo contaba ya con una sólida expresión en los planteamientos de Puppe³, Herzberg⁴, Freund⁵ y Jakobs⁶, por mencionar solo algunos de los trabajos más destacados. Por el contrario, la imputación del dolo es objeto de un tratamiento novedoso, en el que quizá por vez primera se analizan los criterios y la reglas de imputación que permiten dar verdadera aplicabilidad a las concepciones normativas del dolo. De manera que las siguientes consideraciones se referirán especialmente a la determinación del dolo, y aun con esta limitación, solo a tres aspectos puntuales en los que nos parece resulta interesante fijar la atención: la radicalidad de la crítica al psicologismo, la posibilidad de una delimitación cognoscitiva entre dolo e imprudencia consciente, y el grado en que el sentido social inequívoco del rol del sujeto puede llegar a formalizar la imputación.

1º) *La crítica de la concepción psicológica*

Conforme a lo ya reseñado, resulta evidente que la obra se dirige en buena parte a rebatir la consecuencia obvia de una concepción psicológica del dolo, a saber, la necesidad de acreditar en el proceso el efectivo acaecimiento de un suceso psíquico de conocimiento, referido a la aptitud concreta de la conducta para realizar el tipo penal. Tal prueba es sustituida por la imputación normativa de un sentido social inequívoco a una conducta cuyos rasgos objetivos se encuentran acreditados en el proceso. Esto significa que, una vez probados ciertos hechos (plena imputabilidad, transmisión de conocimientos, exteriorización de

conocimientos, etc.), bajo determinadas circunstancias es preciso realizar la imputación del dolo. Sin embargo, a nuestro juicio subsiste la duda acerca de si el recurso al inequívoco sentido social de la conducta externa no constituye en el planteamiento de Ragués solo una mediatización de la prueba del dolo; es decir, si en definitiva el referente último no sigue siendo -o podría "seguir siendo"- la reconstrucción de un hecho psíquico. Tales dudas se fundamentan principalmente en dos consideraciones:

a) En primer término, cabe preguntarse si el autor no exige demasiado a las concepciones psicológicas en cuanto a la determinación del dolo. Esto es, si no exige incluso más que los propios partidarios consecuentes de esas concepciones. Tal situación se aprecia especialmente en el estudio pormenorizado de los medios de prueba, cuya viabilidad se descarta ante la menor posibilidad de arribar a una certeza absoluta con respecto al hecho psíquico acaecido.

Por el contrario, parece que el debate entre las concepciones psicológicas y normativas del dolo, solo puede resolverse a nivel de los principios fundamentales (qué es el Derecho penal, cómo cumple su misión, etc.). En el nivel de los problemas particulares (como la determinación del dolo), en cambio, al parecer solo se puede llegar a soluciones de compromiso. Así, más que desvirtuar la concepción psicológica anotando que la verdad procesal no siempre (o casi nunca) coincide exactamente con la verdad material, el punto central de la discusión radica en establecer qué es lo que primordialmente se persigue: reconstruir, *dentro de lo posible*, un estado psíquico pretérito, o solo atribuirlo con absoluta prescindencia de lo que realmente ocurrió en la cabeza del autor. La diferencia entre una y otra posición no radica en el uso de criterios normativos de atribución. También una concepción psicológica puede basarse en criterios normativos de imputación menos toscos que las presunciones de dolo, pero si aparece indubitadamente un dato psíquico que los contradice, aquellos decaen de inmediato. Si se opta por la sola atribución normativa, no valen las alegaciones de corte psíquico y desaparece la imputación subjetiva a nivel de injusto.

b) Que las consideraciones anteriores parecen ajustadas a la realidad lo demuestra el propio análisis que el autor realiza de los criterios normativos de atribución del dolo. Así, por ejemplo, también en las concepciones psicologistas del dolo la transmisión previa hace prueba del conocimiento. Mucho más claramente, reaparece la presencia del referente psicológico en las limitaciones que re-

³ *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.

⁴ *Juristenzeitung*, 1988, p. 573 y ss.

⁵ *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, Heidelberg, 1987.

⁶ *Strafrecht, Allgemeiner Teil. a Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª edición, Berlín-Nueva York, 1993.

sulta indispensable introducir a las atribuciones normativas: así, en la "contextualización" de las características personales del autor que fundamentan la atribución; en el tratamiento del "olvido"; en las limitaciones a la imputación en caso de "delegaciones de conocimiento", etc. Particularmente sintomática resulta la exigencia de congruencia entre representación y realidad ("en que se basa el dolo"⁷) a propósito del correcto conocimiento situacional: en especial, cuando el conocimiento situacional depende de la percepción sensorial, por parte del autor, de ciertos elementos que configuran la concreta situación en que actúa.

El resultado de las consideraciones anteriores podría ser el siguiente. Si de verdad se intenta formular un modelo normativo de atribución del dolo, la imputación debe prescindir por completo del referente psíquico. Esto implica, por ejemplo, que el rol del sujeto formaliza completamente la imputación (ver *infra*, 3°), o que es preciso determinar *a priori* los riesgos o los métodos que resultan idóneos —ya en un plano objetivo— para la realización del tipo⁸. Diverso es el resultado que se alcanza por la vía, a nuestro juicio elegida en la obra, de sistematizar y precisar los criterios de carácter normativo que inciden en la determinación procesal del dolo. Tales criterios pueden o no convivir con un referente psíquico, pues no se encuentran necesariamente desvinculados de él en la medida en que un solo dato psíquico indubitado bastaría para descartarlos. No obstante, a nuestro juicio la consideración coherente del dolo como un concepto adscriptivo no admite convivencia con el referente psíquico.

Por otra parte, lo anteriormente dicho puede poner de manifiesto otra conclusión: tanto la dogmática como la justicia penal trabajan con conceptos necesariamente normativizados por el solo contacto con el ordenamiento jurídico penal: las normas susceptibles de estabilización cognitiva quedan *per definitionem* fuera de su ámbito directo⁹. Es por ello que la manipulación de los datos empíricos (como, por ejemplo, el acto de conocimiento) se realiza siempre en clave normativa. Por muy psicologista que sea una determinada concepción del dolo, resulta imposible prescindir

de una fuerte carga normativa (en sentido amplio) al momento de, por ejemplo, proceder a la prueba del acto de conocimiento. Pero lo mismo ocurre con todos los datos empíricos, incluso con la muerte de una persona, donde ya tanto la palabra "muerte" como la palabra "persona" son objeto de una *interpretación* que necesariamente ha de ser en gran medida normativa. Cuanto más se haga para precisar las reglas de dicho proceso interpretativo, cuanto más se logre ahondar en los criterios que resultan aplicables en cada grupo de casos, habrá una mejor dogmática y una mejor justicia. Pero de este esfuerzo no se sigue necesariamente lo que *en sentido estricto* cabría denominar como imputación del dolo. Para ello sería necesario dar un paso adicional.

2°) *Delimitación cognoscitiva entre dolo e imprudencia*

Las concepciones cognoscitivas del dolo —que por otra parte comparto— no solo deben enfrentar el problema de distinguir el dolo de peligro del dolo de lesión (lo que Ragués realiza brillantemente¹⁰), sino también el de delimitar cognoscitivamente el dolo de la imprudencia consciente. Este último aspecto es, con razón, tratado solo fragmentariamente por Ragués.

La cuestión fundamental podría resumirse de la siguiente manera. El dolo se constituye mediante el conocimiento de la concreta aptitud de la conducta para realizar el tipo penal, que en los delitos de resultado se traduce en la integración de los conocimientos en un juicio de concreta aptitud lesiva. Y solo con esto. Por otra parte, la imprudencia consciente se constituye también sobre la base de un conocimiento: el conocimiento del carácter peligroso de la acción, de los riesgos que se engendran con el despliegue de ese comportamiento, etc. Pues bien, entonces ¿dónde radica la diferencia entre ambas reglas de imputación, en cuanto al conocimiento que se imputa?

La pregunta adquiere tanto mayor relieve en vista de las sustanciales diferencias de tratamiento que el derecho vigente asigna al dolo y a la culpa. Pero además en cuanto se advierte que el único fundamento plausible para la diferenciación punitiva desde el punto de vista preventivo yace en que, mientras el comportamiento doloso expresa un defecto volitivo del autor, el imprudente expresa solo un defecto cognitivo (un fracaso en la planificación individual)¹¹.

Una primera alternativa de solución que debe descartarse es la que se basa en diferentes "intenciones" de conocimiento. Tanto si se sigue cohe-

⁷ RAGUÉS, *El dolo...*, p. 443.

⁸ Así, HERZBERG, en "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit —ein Problem des objektives Tatbestandes", en *Juristische Schulung*, 1986, p. 249 y ss.; PUPPE, en *Nomos Kommentar*, § 15, número marginal 61; y JAKOBS, "El lado subjetivo de los delitos de resultado en los casos de habituación al riesgo", en *Estudios de Derecho Penal*, p. 197, Madrid, 1997.

⁹ Pero no necesariamente indirecto: cf. JAKOBS, "El sistema de imputación jurídicopenal", p. 36, en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1998.

¹⁰ RAGUÉS, *El dolo...*, pp. 509-511.

¹¹ Cf. JAKOBS, "El principio de culpabilidad", en *Estudios de Derecho Penal*, p. 365, Madrid, 1997; *el mismo*, en "El concepto jurídico-penal de acción", en *ibidem*, p. 101.

rentemente el concepto adscriptivo de dolo como si solo se sujeta su determinación procesal a una serie de reglas de atribución normativa, el conocimiento como esencia del dolo se reduce a una cuestión de sí o no, pues resulta imposible de cuantificar¹².

En consecuencia, la única fuente plausible de diferenciación radica en el objeto mismo del conocimiento. Al autor doloso se le imputa el conocimiento de una realidad diversa de aquella cuyo conocimiento se imputa al autor imprudente. La diversidad del objeto de la imputación en cada caso debe ser, asimismo, de envergadura suficiente como para estimar que en el primero concurre un defecto volitivo, y en cambio, en el segundo, solo un defecto cognitivo que conduce al fracaso de la planificación individual del sujeto. Bajo diversas formulaciones, la doctrina señala en definitiva lo siguiente: el autor imprudente "conoce" solo la peligrosidad abstracta de su conducta, mientras que el autor doloso "conoce" la peligrosidad de ella en concreto¹³. Idénticas en el fondo resultan las alusiones a que el autor imprudente "no llega a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta"¹⁴, incurrir en un "error sobre la existencia de las circunstancias fácticas que dan origen al peligro y no sobre la peligrosidad general de determinadas acciones"¹⁵, la confianza en la no producción del resultado le lleva a un error en el juicio de concreta aptitud lesiva¹⁶, y asimismo las formulaciones de Otto, Freund y Kargl¹⁷.

La distinción así trazada parece plausible: solo aquel a quien se puede imputar un conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su acción expresa un defecto volitivo si de todas maneras sigue adelante con su conducta; en cambio, a quien solo se puede atribuir el conocimiento de la peligrosidad general de una acción solo podría considerársele imprudente, en la medida en que la producción de un eventual resultado típico sería en realidad el resultado de un fracaso en su planificación individual.

En contra de lo que pueda parecer, la distinción no es sutil. Por ejemplo:

1. Un conductor entra girando en una calle a velocidad no permitida y atropella a un peatón.

2. Un conductor está parado frente a un grupo de manifestantes que le impide el paso y decide acelerar para continuar su viaje, como consecuencia de lo cual atropella a uno de los manifestantes.

3º) Teoría de roles y formalización de la imputación

Tal vez la crítica más severa a las teorías de la imputación social o normativa del dolo sea la que apunta a su excesivo carácter formal. Consiguientemente, al riesgo de instrumentalización preventiva del sujeto al que se atribuye un conocimiento que de hecho no tuvo en el momento de realizar la conducta. Tal objeción es abordada y desmantelada por Ragués en la obra que se comenta¹⁸, sobre la base de que en una sociedad democrática el Derecho penal debe ser viable, aun a costa de correr ciertos riesgos cuya materialización se busca, por otra parte, reducir al máximo.

Pero el punto más difícil radica en si esta "reducción de riesgos" veda ya desde un principio la imputación de conocimientos sobre la base de roles. De ser así, la posibilidad de articulación de contactos anónimos en el seno del sistema social se reduciría en forma drástica¹⁹. De manera que se plantea un conflicto imposible de soslayar: posibilidad de contactos anónimos (es decir, administración descentralizada de riesgos) vs. limitaciones a la imputación normativa de conocimientos. Por ejemplo:

El administrador estatutario de una sociedad es procesado por negocios fraudulentos de la empresa, pero alega en el proceso que —de hecho— él había abandonado la administración antes de la ejecución de las conductas punibles.

Ragués resuelve un caso similar a este negando la imputación del conocimiento en virtud de una "contextualización" de las características personales del autor²⁰. La pregunta que surge es si el Estado cumple su cometido de asegurar un margen de libertad suficiente a los ciudadanos²¹, posibilitando los contactos anónimos, mediante semejantes restricciones a la imputación en virtud de un rol.

¹² Sobre ello ver RAGUÉS, *El dolo...*, pp. 513-518.

¹³ Así, por ejemplo, la jurisprudencia española: STS, 24.X.1989 (A 7744); STS, 20.II.1993 (A 1383), y otras.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, p. 546.

¹⁵ KLEE, *Der Dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, p. 11, Berlín, 1906, citado por RAGUÉS, *El dolo...*, nota 1261.

¹⁶ RAGUÉS, *El dolo...*, p. 168.

¹⁷ Respectivamente: *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, p. 68, Berlín, 1996; *Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung"*, p. 33, Heidelberg, 1987; *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, p. 541, Berlín, 1991.

¹⁸ RAGUÉS, *El dolo...*, pp. 341-345.

¹⁹ Cf. JAKOBS, "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en *Estudios de Derecho Judicial*, 20 (1999), p. 121 y ss.

²⁰ RAGUÉS, *El dolo...*, p. 430.

²¹ Sobre ello, aunque en referencia a la imputación de resultados, ver FRISCH, "La imputación objetiva: estado de la cuestión", p. 58 y ss., en ROXIN/ JAKOBS/ SCHÜNEMANN/ FRISCH/ KÖHLER: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, 2000.

Aparentemente, una determinación del comportamiento prohibido que sea capaz de captar este cometido fundamental del Estado de Derecho pasa por una doble formalización:

- a) En primer lugar por el establecimiento de los riesgos que, ya en un plano objetivo, deben considerarse idóneos o inidóneos para la imputación del dolo o de la culpa. Así, por ejemplo, en el caso de la transmisión del virus del SIDA cuando el sujeto –a sabiendas de que está infectado por la enfermedad– realiza un solo contacto sexual sin informar a su pareja de esta circunstancia. Si esta resulta en definitiva contagiada, solo podrá fundamentarse una imputación imprudente. Pero ni siquiera esta puede llegar a fundamentarse, si se trata de un supuesto de “habitación al riesgo”, particularmente en el tráfico motorizado.
- b) En segundo lugar, por la formalización –expresada en el rol– de determinadas caracterís-

ticas personales de quien actúa. Así, por ejemplo, en todos los casos en que existe una expectativa jurídicamente garantizada de que, quien actúa en determinado ámbito del tráfico, posee los conocimientos generales y específicos que corresponden a ese rol: el administrador estatutario de una sociedad conoce los negocios que se realizan a nombre de ella; quien posee una licencia de conducir conoce los riesgos asociados a determinadas maniobras; quien posee un título profesional conoce los riesgos que engendra el ejercicio de determinadas actividades propias de la profesión; etc. Y todo ello, sin que en contra de tales imputaciones pueda alegarse –a nivel de injusto, otro es el problema tratándose del análisis de la culpabilidad– el desconocimiento apelando a un referente psicológico o contextual.

ALEX VAN WEEZEL
Universidad de los Andes