

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna*

Fernando Miró Llinares

Universidad Miguel Hernández de Elche

Lichtenberg dice que muy poca gente ha visto alguna vez el blanco puro. ¿Usa, entonces, la mayoría de la gente la palabra de forma equivocada? ¿Y cómo aprendió él el uso correcto? Él construyó un uso ideal a partir del uso ordinario. Y eso no es decir que sea un uso mejor, sino un uso que ha sido refinado de acuerdo con ciertos lineamientos.

LUDWIG WITTGENSTEIN, “Observaciones sobre los colores”,
Diarios. Conferencias.

RESUMEN: La compleja conceptualización del dolo y, en particular, la difícil separación entre la responsabilidad dolosa y la imprudente ha resurgido como problemática penal no resuelta en recientes aportes dogmáticos, así como en diversas resoluciones judiciales relacionadas con la práctica penal moderna. El presente artículo aborda los debates “en torno al dolo” tratando de obtener, primero, una visualización clara del estado actual de la discusión que supere las polémicas nominalistas y encuentre los auténticos desacuerdos actuales de fondo y, después, aportando soluciones a cuestiones clave de hoy como la diferenciación entre la responsabilidad dolosa y la imprudente o la respuesta penal a los casos de ceguera intencionada o “ignorancia deliberada”.

PALABRAS CLAVE: Dolo, responsabilidad dolosa, ignorancia deliberada, imprudencia, responsabilidad del administrador, relaciones empresariales horizontales y verticales, asesoramiento.

ABSTRACT: The complex conceptualization of mens rea, specifically the difficult distinction between willful misconduct and gross negligence has recently arisen as an unsolved criminal issue in currently dogmatic contributions and in court decisions related with modern criminal practice. The present paper addresses the arguments about mens rea, trying to get a clear picture of the current state of the discussion in order to overcome the nominalist controversies and found the genuine substantive disagreements, and providing solutions to key issues like the willful and negligent misconduct and the judicial decisions to those cases of willful blindness or “deliberate ignorance”.

KEY WORDS: Mens rea, willful misconduct, deliberate ignorance, gross negligence, administrator responsibility, vertical and horizontal business relations, advice.

Rec: 18/02/2015 | Fav: 20/02/2015

* El presente artículo es una versión reducida que se corresponde, en lo esencial, con el trabajo titulado “Dolo y Derecho penal empresarial: debates eternos, problemas modernos”, publicado en *CPC*, núm. 3, 2014.

SUMARIO: 1. *Entre lo eterno, lo irresoluble y lo necesario.* 2. *Ayer y hoy de los debates en torno al dolo.* 3. *Lo accesorio y lo relevante de los debates eternos y para el Derecho penal moderno.*

1. Entre lo eterno, lo irresoluble y lo necesario

La mayoría de las críticas que desde la doctrina penal germana se vertieron sobre el fenómeno denominado “dogmática penal sin consecuencias” no pretendían tanto terminar con debates penales que duraban décadas como poner de manifiesto la futilidad práctica de algunos de ellos y el riesgo que para las funciones fundamentales de la dogmática penal podía conllevar su perpetuación.¹ La polémica paradigmática, tanto de la eternización de un debate doctrinal como del carácter, cuanto menos parcialmente, autopoiético de algunas de las discusiones dogmáticas, no es otra que la que durante décadas se ocupó del significado, contenido y función de la acción penal. La misma no sólo se mostraba como una controversia interminable, sino que sus efectos se multiplicaban impregnando diversas discusiones sobre casi todos los elementos nucleares del delito. Así sucedió con el dolo, cuya conceptualización dio lugar a un debate que aún continúa y que debe mucho a la discusión sobre la acción, polémica con la que comparte el encontrarse a medio camino entre la controversia aparentemente desconectada de la praxis y meramente autorreferencial, y la deliberación teórica de cruciales repercusiones prácticas.

Desde su primigenia conceptualización romana como *dolus malus* hasta el escasamente útil disenso divergente sobre el dolo en el que parecemos haber nos enquistado en los últimos años,² mucho se ha escrito y mucho ha cambiado el significado de este término tan relevante para el Derecho penal. Sin embargo, el peso de los debates “en torno al dolo” en la discusión dogmática ha disminuido significativamente en los últimos años. La mera comparación entre el número de trabajos escritos sobre este tema en los últimos diez años en Alemania, España e Italia y los publicados en las décadas anteriores nos permite

afirmar un claro decrecimiento en el interés por él, quizás por la constatación de la enorme capacidad de la doctrina para no llegar a acuerdos o, también, por la observación de lo extraño que resultaban las discusiones teóricas al mundo judicial que, ajeno a las polémicas, siguió aplicando las teorías clásicas a la vez que fue extendiendo y no contrayendo el ámbito de la responsabilidad dolosa.

Expresivo de este agotamiento en el interés teórico por “el dolo” es el título que dio Molina Fernández a uno de los últimos artículos publicados en España, hace ya casi 10 años, sobre esta temática: “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal”, en el que comparaba con agudeza aquella imposibilidad matemática que cautivó incluso a filósofos como Thomas Hobbes que era la “cuadratura del círculo”, con la complejidad de la conceptualización del dolo y, en particular, con la difícil separación entre dolo e imprudencia por tratarse de categorías que hacen referencia a atributos graduales que no disponen de cortes precisos.³ Con tal metáfora no sólo expresa Molina Fernández lo imposible que supone llegar a una fórmula objetiva que discrimine con certeza, y sin ningún tipo de subjetividad, la responsabilidad dolosa de la imprudente, sino que deja en entredicho la propia funcionalidad del debate teórico en torno al contenido del dolo y su separación de la imprudencia.⁴ Lo cierto es que si un debate dogmático no sirve para la solución de problemas prácticos es mejor abandonarlo. Pero también es verdad que la problemática práctica no desaparecerá por el mero hecho de abandonar el debate, lo cual mantiene la necesidad de afrontarla o, cuanto menos, de mejorar el modo concreto en que se lleva a cabo.

En realidad, la imposibilidad de la cuadratura del círculo conforme a los esquemas de la geometría clásica no era un problema irresoluble, sino un teo-

¹ Burkhardt, B., “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”, en Esser, A., Hassemer, W., y Burkhardt, B., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, p. 111 y ss.

² Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

³ Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

⁴ Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, op. cit., pp. 741 y ss.

rema ya resuelto frente al cual algunos chocaban y acerca del cual quizás se vertió demasiada tinta. Sin embargo, y siguiendo con las metáforas procedentes de las que se denominaron “ciencias exactas”, en la matemática moderna y a partir del Teorema de Gödel⁵ conforme al cual se prueba la imposibilidad de demostrar algunos teoremas, está unánimemente reconocida la funcionalidad del intento de demostración de problemas matemáticos sobre los que *a priori* no puede aseverarse su demostrabilidad. Un ejemplo particularmente simbólico sería el desarrollo de campos enteros en torno al álgebra como la “teoría de las curvas elípticas”, la “teoría de los anillos” y “de los campos ciclotómicos” derivados de la demostración por Andrew Wiles del “teorema de Fermat”.⁶

Un simple vistazo a la realidad de la aplicación judicial del Derecho penal debería bastar para cerciorarnos de la absoluta necesidad de seguir profundizando sobre algunos, quizás no sobre todos, los debates en torno al dolo. Si se logran aparcir las discusiones meramente terminológicas, la observación de la aplicación práctica de figuras del moderno Derecho penal como el delito de lavado de activos, los tipos penales contra la hacienda pública, entre otros; la atribución de responsabilidad penal a testaferros, a familiares implicados en estos y otros delitos; la concreción de los requisitos que deben exigirse a los administradores para que respondan por las decisiones tomadas por otros en el seno de sus empresas, y de otras múltiples problemáticas del día a día de este nuevo Derecho penal, nos hará comprender la importancia de continuar resolviendo algo que no puede darse por irresoluble, sino por difícil de solventar. Porque en Derecho penal, mientras exista una diferente responsabilidad atribuida a alguien a partir de la necesaria demostración de que éste ha actuado “con dolo” y no “con imprudencia”, es imposible afirmar es que la distinción entre ambos no puede resolverse. Al entrar en juego juicios de imputación de hechos a agentes y juicios de valoración de conductas conforme a reglas, hay que aceptar la imposibilidad de un esquema matemático que resuelva con absoluta

certeza cada supuesto de hecho. Pero, en vista de que estos tienen que resolverse de un modo u otro, hay que seguir ofreciendo soluciones interpretativas que permitan a los tribunales adoptar las decisiones más cercanas a “la justicia”, hay que continuar concretando criterios de imputación y valoración y, sobre todo, hay que seguir interpretando los supuestos de hecho y conceptualizando las categorías jurídicas desde el respeto a las garantías que sirven como límite a la intervención del Derecho penal.

El presente trabajo aborda la temática del dolo con la intención de colaborar en el desarrollo de soluciones a concretos problemas prácticos del Derecho penal de hoy. Ello nos llevará a abordar algunos de los debates en torno al dolo que no sólo se han eternizado sino que, incluso, se han modernizado. En estas discusiones se buscará separar lo accesorio de lo relevante, y se intentará identificar algunos acuerdos esenciales sobre lo que se viene denominando “el dolo” y “su prueba”, que ayuden a los tribunales a la absolutamente necesaria tarea de diferenciar entre responsabilidad dolosa e imprudente.

2. Ayer y hoy de los debates en torno al dolo

2.1. El debate sobre la ubicación del dolo antes y después de la teoría de la imputación objetiva

Los debates sistemáticos pueden parecer disquisiciones teóricas sin consecuencias prácticas, pero no suelen serlo. Siguiendo con metáforas matemáticas, en “el sistema del delito” el orden de los factores puede alterar el producto, aunque es cierto que también puede no hacerlo. Esto lo ha expresado con acierto Kindhäuser acudiendo a otra metáfora, la de “los filtros”. Explica el autor alemán que en una concreta sistemática como es la del “delito”, cuyos elementos internos están ordenados como pasos sucesivos de análisis de un evento de la realidad para poder, finalmente, conceptualarlo como delictivo, cada uno de los institutos de valoración o “filtros” se tiene que colocar en su justo orden: primero aquél que deja pasar más, luego

⁵ Sobre esto resultan del máximo interés lecturas como las de Jané, I., “La obra de Gödel en lógica matemática y teoría de conjuntos”, *La Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 9, núm. 3, 2006, pp. 772-788; Gutiérrez, C., “El Teorema de Incompletitud de Gödel”, *Revista Cubo Mat. Educ.*, Universidad de la Frontera, vol. 1, 1999; y en particular, Griffiths, P.A., “Las matemáticas ante el cambio de milenio”, *La Gaceta de la Real Sociedad Matemática Española*, vol. 3, núm. 1, 2000, págs. 23-41. Pero sobre todo, resultaron instructivas y estimulantes para mí las conversaciones con mi compañero, catedrático de matemática aplicada, José María Amigó García, sobre verdades, hipótesis, teoremas e historia y evolución de las matemáticas.

⁶ Véase al respecto Griffiths, P.A., “Las matemáticas...”, *op. cit.*, pp. 23-41.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

aquél que deja pasar menos.⁷ Esto, cuanto menos, en caso de que se deriven consecuencias distintas por el hecho de haber pasado un filtro y otro no, pues si por pasarlos en uno u otro orden el resultado no varía, la ordenación sería irrelevante.

Lo cierto es que gran parte de la discusión acerca del objeto y la ubicación del dolo ha estado estrechamente relacionada con la evolución de la sistematización de los distintos elementos del delito en el esquema global del mismo. Mientras que el dolo se concibió, siguiendo la tradición romana, como *dolus malus*, esto es, referido no sólo al hecho (ontológico, en su primera acepción) sino también a la propia valoración como ilícito del mismo, su ubicación lógica parecía la del juicio de culpabilidad.⁸ La constatación, debida básicamente al finalismo, de que se podía diferenciar entre un conocimiento del hecho y un conocimiento de la antijuridicidad, dio lugar a un debate sobre la ubicación del dolo que finalizó con la aceptación prácticamente unánime del dolo como elemento de la tipicidad,⁹ bien entendiendo que en la culpabilidad queda el conocimiento de la antijuridicidad,¹⁰ o bien, al sostener la existencia de un doble dolo con el conocimiento del hecho en el tipo y el de la antijuridicidad en el juicio de reproche.¹¹

Aunque hoy en día tal debate sistemático podría entenderse superado, su relevancia práctica no debe despreciarse: se trataba del posicionamiento de filtros que daban lugar, en el caso de ser superados, a conse-

cuencias realmente trascendentes: las que derivaban de la presencia de error de tipo, error de prohibición y error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, interpretado este último en ese entonces por aquéllos que defendían una teoría finalista estricta de la culpabilidad como un error de prohibición.¹²

La posterior superación del finalismo por parte de la teoría de la imputación objetiva en ningún caso supuso una modificación del orden de los filtros antijuridicidad y culpabilidad en relación con el papel del dolo. Sin embargo, sí ha dado lugar a un nuevo debate sistemático o de “orden de los factores”, íntimamente relacionado con el instituto penal que nos ocupa. Así, la construcción normativa del injusto que propugnan Roxin,¹³ Jakobs¹⁴ y otros con la teoría de la imputación objetiva, frente al injusto personal en su construcción más puramente finalista, vino a suponer la separación (cuanto menos aparente) en el injusto penal de dos juicios de tipicidad, uno de valoración objetiva (normativa) de la conducta, denominado tipicidad objetiva, y otro, de valoración de la relación subjetiva entre el sujeto y el hecho típicamente objetivo realizado, de tipicidad subjetiva. Esto suponía relegar el dolo a un segundo plano, por lo menos en comparación con su relevancia en la dogmática finalista,¹⁵ pero, lo que es más importante, implicaba la creación de un primer filtro sobre el injusto que tenía lugar “sin referencia subjetiva”,¹⁶ antes de la propia valoración sobre la existencia o no de dolo.

⁷ Kindhäuser, U., “El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva”, *Indret*, núm. 4, 2008, p. 15.

⁸ Así, en el esquema de Von Liszt, éste situó lo que hay de antijurídico en la culpa, aunque sin prescindir del todo de sus clásicas determinaciones subjetivas (Von Liszt, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1908), frente a la concepción de Binding como voluntad antijurídica.

⁹ Así, Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Versión castellana y notas de Cerezo Mir*, Barcelona, 1964, pp. 101 y 102; Hirsch, H. J., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, núm. 184, 11ª ed., Berlín, 1994.

¹⁰ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (traducido y anotado de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 2001. Y en nuestro país, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Dykinson, Madrid, 2002.

¹¹ Por todos, Morillas Cueva, L., “La doble posición del dolo en la teoría jurídica del delito”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, 2007, y también Morillas Cueva, L., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal*, Dykinson, Madrid, 2010.

¹² En relación con esto último, Ortiz de Urbina Gimeno, I., “De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito bipartita más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo”, *Indret*, núm. 3, 2008, p. 5.

¹³ Roxin, C., *Derecho penal...*, *op. cit.*

¹⁴ Jakobs, G., *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. de la 2ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹⁵ De ahí, dice Wolter, que la teoría de la imputación objetiva encuentre en el finalismo gran oposición (Wolter, J., “Adäquanz und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, pp. 269 y ss.).

¹⁶ Wolter, J., “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, en Schünemann, B. (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (traducido y anotado por Jesús María Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 1991, p. 114.

Esto significaría, ni más ni menos, que la valoración de un hecho como típico exigiría de un primer análisis del mismo sin atender a los conocimientos ni a voliciones atribuidas a los sujetos activos. Sólo después de la afirmación de la realización de un riesgo típico o jurídicamente desaprobado (juicio de adecuación o desvalor de acción), lo cual se comprobaba con el criterio del hombre medio¹⁷ y, después de constatar la materialización del mismo en el riesgo finalmente causado (desvalor de resultado),¹⁸ se valoraba el conocimiento que el sujeto tuviera en caso de que el tipo fuera doloso.

Sin embargo, tal disposición sistemática que separa la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva en la teoría de la imputación objetiva es más aparente que real. Sería real si en efecto el juicio de tipicidad objetiva se realizase sin tener en cuenta los conocimientos y volición imputados a los sujetos concretos que ejecutan las conductas objeto de valoración normativa, pero la mayor parte de los autores que defienden la teoría de la imputación objetiva aceptan que la valoración lo es del comportamiento ejecutado (con conocimiento o sin él, con control o sin control sobre él) por la persona concreta.¹⁹ Así lo hacen quienes, como Roxin, defienden que el juicio de imputación objetiva se realiza sobre un tercero con los conocimientos especiales que tiene el autor.²⁰ De esta manera, distorsionan el sentido del tipo subjetivo que, al haberse

tenido ya en cuenta el conocimiento específico del autor, sólo sería útil en el caso de que para la tipicidad sea relevante un deseo o motivación en relación con el resultado no exigido expresamente por el tipo. Pero, con ello, cuanto menos, evitan el sinsentido de pretender que se puede afirmar la tipicidad de una conducta sin atender a quien la realiza.

Es cierto que existe un sector doctrinal, liderado por Jakobs,²¹ que critica el correctivo de los conocimientos especiales al considerar que lo que importa es la infracción del deber y no el conocimiento que el sujeto tenga, pues es el deber objetivo el que define la expectativa infringida y no el propio sujeto.²² Así, el tipo objetivo supondría la valoración conforme al deber pero sin tener en cuenta el conocimiento imputado al agente. Esto sí supondría una disposición de filtros distinta a la generalmente aceptada y, en mi opinión, más que discutible. Pero debe matizarse que la sistemática funcionalista jakobsiana suponga, en efecto, una modificación del orden de los factores. Con el juicio de tipicidad objetiva, Jakobs busca separar, con razón, la valoración del hecho injusto de la interpretación subjetiva que el autor da al hecho,²³ pero no, cuanto menos expresamente, de la persona que efectivamente actúa conforme o no a su rol.²⁴ Hasta el punto de que, implícitamente, Jakobs tiene en cuenta los conocimientos atribuidos a los sujetos antes de la

¹⁷ Al respecto de las múltiples denominaciones o fórmulas utilizadas para definir el nivel de valoración objetiva a utilizar, véase Molina Fernández, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 695.

¹⁸ Cancio Meliá, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2001.

¹⁹ Véase más detenidamente Miró Llinares, F., “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, en Miró Llinares, F., y Polaino-Orts, M., *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editores, Perú, 2010.

²⁰ Roxin, C., *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., § 27, núm. 17, Berlín, 2003; y también, Roxin, C., “Was ist Beihilfe?”, en Kuhne, H.H. (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter Des Japanisch-Deutschen Strafrechtsdiskurses*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

²¹ Así, Jakobs, G., “Tätovorstellung und objektive Zurechnung” en Dorseifer, G., Horn, E., Schilling, G., Schöne, W., Struensee, E., y Zielinski, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn, Múnich, 1989, pp. 237 y ss.; Jakobs, G., *Estudios de Derecho penal* (trad. por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1997, pp. 223 y ss.

²² Jakobs, G., “La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, en VV.AA., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 625.

²³ Jakobs, G., *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. por Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid, 1996, p. 26. Y, Jakobs, G., *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 13.

²⁴ Así, cuando afirma Jakobs que “la imputación es objetiva porque para la valoración de la situación típica no son decisivas las opiniones individuales del autor, de la víctima o del tercero acerca del significado del comportamiento, sino que lo decisivo está en lo que una persona racional en el rol respectivo tomaría como significado”, no está negando el autor de Bonn la valoración social del hecho previamente atribuido o imputado a la propia persona (y, por tanto, conocido por ella), sino discutiendo, frente al parecer finalista tradicional, que para la valoración lo decisivo sea lo que considere la persona que está pasando. Porque lo que él quiere es superar la causación en sentido naturalista y para eso es necesario integrar el sentido social, pero no eliminar a la persona. Esto mismo considera Sancinetti, M.A., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 119 y ss. Véase sobre todo ello, Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 109.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

valoración de sus hechos conforme a los roles objetivos.²⁵ Siendo esto así, los filtros, de nuevo, vuelven a estar en su lugar.

Cabría convenir, por tanto, la existencia en la actualidad de, apenas, un debate de tipo nominal relacionado con la posición del dolo: mientras que hay autores que, con los matices explicados, se empeñan en situar el dolo en una supuesta tipicidad subjetiva,²⁶ otros, también desde posiciones normativistas, entendemos que no es posible separar (de forma operativa y funcional) tipo objetivo y subjetivo, puesto que carece de utilidad la valoración del hecho conforme al mandato normativo si previamente no se parte del conocimiento (probado o imputado) que el sujeto tiene del mismo.²⁷ Pero este debate sistemático es más bien accesorio, en vista de que del mismo no se derivan consecuencias de análisis distintas: quienes hablan de tipicidad objetiva y subjetiva realizan la valoración del hecho del agente con los conocimientos concretos de que dispone en el momento de actuar; quienes no diferenciamos entre tipo objetivo y subjetivo no estamos afirmando que la valoración del hecho no sea normativa, y mucho menos que el conocimiento o la voluntad del sujeto marquen la tipicidad de una conducta. Lo determinante, pues, para la tipicidad dolosa es el sentido normativo del mismo, el cual no será definido por las creencias de los sujetos sino por el significado (conforme al sentido social) de los hechos.

2.2. Los debates acerca del contenido del dolo

2.2.1. El dolo como conocimiento y voluntad: una victoria "pírrica"

El más duradero y complejo debate doctrinal relacionado con el dolo, el que gira en torno a su contenido y

a su delimitación de la imprudencia, también ha tenido como motor evolutivo la superación por el finalismo del causalismo clásico y la posterior debilitación de las posiciones finalistas al irrumpir el normativismo funcionalista. De modo sumario, y dejando de lado los matices del debate, a veces de significativa importancia,²⁸ podríamos afirmar que el mismo se polarizaba entre, por una parte, los partidarios de la teoría de la representación que configuraban el dolo a partir del conocimiento del hecho que, sumado a la acción causal consciente, daría lugar al tipo doloso,²⁹ y, por otra, los defensores de la teoría de la voluntad que exigían junto al conocimiento y volición del hecho la constatación en el sujeto de su voluntad de causar el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción.³⁰ El debate pareció estabilizarse gracias a posiciones modernas que configuraban el dolo como decisión contraria al bien jurídico³¹ y que permitían un acuerdo nominal en torno al dolo como "conocimiento y voluntad". Pero tal convención no era real, lo cual se comprobaba a la hora de resolver la diferencia entre dolo e imprudencia: la voluntad, para muchos, quedaba limitada a la volición del acto que sería doloso si se realizaba con conocimiento del riesgo considerado injusto;³² la voluntad, para otros, era distinta a la volición del acto y se plasmaba en la exigencia para la responsabilidad dolosa de una aceptación hipotética del resultado en el momento del actuar consciente y libre.³³ Esta última posición sobre el dolo en la que la voluntad o deseo con respecto al resultado se convertía en crucial para la diferenciación entre dolo e imprudencia, cayó pronto en desuso frente a la consideración, hoy generalizada, de que hay dolo (llamado eventual) aunque no haya una "voluntad" de que se produzca el resultado o riesgo típico siempre que haya un conocimiento de que el

²⁵ Así lo hace, por ejemplo, cuando cambia el significado de una conducta como la de vender un cuchillo con el conocimiento de que se va a utilizar para matar a otro. Véase Jakobs, G., "Beteiligung", en Dölling, D. (ed.), *Jus Humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 566.

²⁶ Robles Planas, R., "Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo", en Frisch, W., y Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar*, Atelier, Barcelona, 2006.

²⁷ Kindhäuser, U., "El tipo subjetivo...", Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación...*, op. cit. Y recientemente, plantea también esta superación Pérez Barberá, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

²⁸ Véase, para un completo análisis de las distintas posiciones sobre el contenido del dolo a lo largo del tiempo, de forma profusa y profunda, el reciente trabajo de Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 151 a 634.

²⁹ Von Liszt, F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, Berlín, 1884.

³⁰ Beling, E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Paul Siebeck, Tübinga, 1906.

³¹ En este sentido, Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit. p. 444; Frisch, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns, Colonia, 1983.

³² Frisch, W., *Vorsatz und Risiko...*, op. cit., pp. 99 y ss.

³³ Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit., p. 446; Hassemer, W., "Los elementos característicos del dolo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, 1990, p. 916. En España, en el mismo sentido, Díaz Pita, M^o. M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

mismo se va a producir.³⁴ La voluntad, entonces, pierde todo su poder definitorio al darse por probada con la constatación de la conciencia en el actuar,³⁵ y apenas serviría más que para diferenciar dolo directo de dolo eventual, y puesto que la categorización es básicamente simbólica y de ella no se extraen consecuencias de merecimiento de pena, el elemento volitivo queda relegado, de nuevo, a la mera volición del acto.

Así, pues, la “victoria nominal” de los defensores de la teoría del consentimiento al lograr que se conceptúe hoy el dolo como “conocimiento y voluntad”, no puede más que tildarse de “pírrica”. Mientras se afirma tal cosa, tanto la mayoría de la doctrina como casi la totalidad de los tribunales siguen excluyendo la presencia de “voluntad” exclusivamente al probar la ausencia de un actuar consciente, lo que equipara ésta a la volición del acto con representación; y los tribunales centran sus argumentaciones sobre la diferencia entre dolo e imprudencia en el grado de probabilidad con que el autor se represente la realización de la conducta típica: probable en el caso del dolo, e improbable en el caso de la imprudencia, y ello desde la consideración, más que razonable, de que el merecimiento de pena no puede depender de una actitud interna del autor.³⁶

El fin del conflicto dialéctico, sin embargo, no es más que una tregua para la necesaria resolución de la problemática práctica de la diferenciación entre dolo e imprudencia. El ocaso del viejo debate entre “voluntad” y “representación” sólo ha servido para des-

cartar la intención como elemento nuclear del injusto doloso y diferenciador del imprudente pero, al hacerlo, ha destapado la debilidad funcional de los criterios clásicos de la teoría de la probabilidad³⁷ y ha puesto de manifiesto el carácter vago y valorativo y, por ello, de apariencia arbitraria en casos complejos, de tal diferenciación normativa entre responsabilidad dolosa y responsabilidad imprudente, sobre todo cuando la diferencia de pena derivada de la misma puede ser tan significativa como en el sistema penal español.³⁸ Y, por ello, han surgido nuevas voces que, desde posiciones dogmáticas diversas, apuntan conjuntamente hacia un replanteamiento de los postulados clásicos para tan esencial diferenciación entre dolo e imprudencia y marcan una misma dirección apuntalada en dos bases esenciales: la primera, que la diferencia entre dolo e imprudencia más que ontológica será normativa y, por tanto, de grado de responsabilidad;³⁹ la segunda, que el criterio esencial para el deslinde sería el diverso merecimiento de pena en uno y otro casos⁴⁰ y no tanto el conocimiento (en sentido psicológico) del sujeto.

2.2.2. *El moderno debate del contenido: dolo sin conocimiento e ignorancia deliberada*

La teoría reciente que con más fuerza expresiva ha defendido la idea de que cabe dolo sin conocimiento “en sentido psicológico” es la de Pérez Barberá y su “metaconcepto de dolo”.⁴¹ Sin embargo, no es la

³⁴ Así, en este sentido, Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit., p. 440.

³⁵ Así con claridad y en relación con el expresivo ejemplo de la infección de VIH, Frisch, W., “Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?”, *BGHSt* 36, 1, *JuSch*, 1990, pp. 367 y ss.

³⁶ Puppe, I., “Kommentierung der § 15 StGB”, Neumann, U., Puppe, I., y Schild, W. (eds.), *Nomos Kommentar*, núm. 66, Nomos, Baden-Baden, 1995.

³⁷ Véase, Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, op. cit. p. 698. Afirmación que debería contrastarse con interesantes intentos, más o menos recientes, como el de Puppe, I., *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Muller, Heidelberg, 1997, pp. 35 y ss., y su idea del conocimiento del “peligro cualificado”; o el de Struensee de diferenciar dolo e imprudencia a partir del elemento cognitivo, concretamente a partir de la idea de que el conocimiento del dolo tiene “como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustentan (*substantiieren*) el pronóstico de resultado”. Struensee, E., “Consideraciones sobre el dolo eventual”, *Indret*, núm.4, 2009, p. 11.

³⁸ Esto lo puse de manifiesto especialmente Molina Fernández con la brillante utilización de la paradoja sorites en Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, op. cit., pp. 700 y ss.

³⁹ Hassemer, W., “Los elementos característicos del dolo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIII, 1990, p. 917; Cuello Contreras, J., “Aspectos sustantivos y procesales del dolo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, 2005; Struensee, E., “Consideraciones sobre...”, op. cit. p. 11; Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 175 y 529; Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., p. 656.

⁴⁰ Así especialmente Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit. p. 42.; también Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal español: análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 311 y ss.

⁴¹ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011. El trabajo es tan inusualmente sugerente, profundo y las tesis que defiende tienen tanto interés que resulta imposible realizar una valoración crítica completa de las mismas aquí. Sin embargo, serán objeto de comentario algunas cuestiones concretas, como su parecer respecto a la punición de la ignorancia deliberada, y, respecto a otras más genéricas, me veré obligado a esbozar valoraciones sin la profundidad y extensión que podrían merecer, pero que son imposibles aquí. En todo caso son recomendables algunos artículos y reseñas que han analizado y,

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

única ni la primera.⁴² Desde luego tal idea ya se derivaba, aunque desde parámetros diferentes, de las ideas del dolo como imputación de Hruschka.⁴³ Incluso puede decirse que la posibilidad de dolo sin conocimiento ya había sido apuntada, en el Derecho de influencia germánica, por la propia praxis judicial, debido a la importación, procedente de la *willfullblindness* del derecho penal anglosajón, de la denominada “ignorancia deliberada” o “ceguera intencionada”⁴⁴ que aporta la idea de que la total indiferencia hacia el conocimiento de algo puede llegar a equipararse valorativamente a conocer la realización del injusto.⁴⁵ Sin entrar en un completo análisis de la evolución de esta doctrina y de su recepción por los tribunales españoles, ya realizado de manera completa y precisa en castellano por Ragués i Vallés⁴⁶ y más recientemente por otros,⁴⁷ puede decirse que hay dos formas distintas de entender la idea de la “ignorancia deliberada”

que inciden significativamente en la comprensión sobre el contenido y la propia forma de constatación de la existencia de dolo y, lo que es más importante, que pueden dar lugar, y en la práctica podría afirmarse que ya lo están haciendo, a resoluciones judiciales diversas sobre casos idénticos.

La idea pura, que no originaria, de la ignorancia deliberada supone partir de supuestos de hecho en los que se daría por probado que el sujeto no conocía que realizaba el hecho injusto,⁴⁸ y consiste en entender que en esos casos, y pese a no haber conocimiento, habría responsabilidad dolosa.⁴⁹ Si bien esto se ha sostenido en algunas sentencias,⁵⁰ un análisis pormenorizado de las resoluciones en nuestro país que citan tal doctrina⁵¹ indica que son absoluta minoría las que acaban aplicándola de tal modo. La gran mayoría, por el contrario, ya sea que niega, explícitamente, la responsabilidad dolosa de quien actúa bajo ceguera

puntualmente, criticado con rigor, esta importantísima nueva obra sobre el dolo. Así, Ragués i Vallés, R., “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, julio de 2012; Sánchez-Ostiz, P., Recensión a Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 107, octubre de 2012; Manrique, M.L., “Reproche al ‘Dolo como reproche’”, *Pensar en Derecho*, núm. 2, 2013; así como el extenso desarrollo que dedica Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.*; y Córdoba, F., “Dolo y evitabilidad individual”, *Pensar en Derecho*, núm. 1, 2012.

⁴² Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, *op. cit.* Siguiendo tales ideas, Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss. Tampoco puede decirse que Vives Antón atara su concepto de dolo a “lo psicológico”: Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; Vives Antón, T.S., “Reexamen del dolo”, en Muñoz Conde, F. (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; e incluso sería discutible, a mi humilde parecer, que otros autores lo hicieran efectivamente, aunque para argumentar esto sería necesario un análisis imposible en estas páginas. Lo que sí sería cierto en cuanto a la teoría de Pérez Barberá, como señala Ragués i Vallés, es que “nadie había propuesto una teoría del dolo que, ya en su propia concreción conceptual, eliminara cualquier referencia a estados mentales”. Ragués i Vallés, R., “De nuevo, el dolo eventual...”, *op. cit.* p. 2.

⁴³ Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, *op. cit.*

⁴⁴ Ragués i Vallés, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

⁴⁵ Como ha señalado Von Kaenel, la jurisprudencia americana lleva casi un siglo utilizando la doctrina de la *willfullblindness* para sustituir la exigencia de conocimiento actual; Von Kaenel, F.J., “Willful Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge Under the Money Laundering Control Act?”, *Washington University Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1993, p. 1199.

⁴⁶ Ragués i Vallés, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*

⁴⁷ Véase el trabajo específico de Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, *Isonomía*, núm. 40, 2014, pp. 163-195; así como el extenso desarrollo que dedica Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.* También, aplicado a la concreta cuestión de la responsabilidad de los muleros del *phishing*, véase Miró Llinares, F., “La respuesta penal al ciberfraude: especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 15, 2013, especialmente pp. 12 a 56.

⁴⁸ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, *op. cit.*, p. 166. Antes de su análisis señala Manrique Pérez que “en lo sucesivo, daré por supuesto que en casos de ignorancia deliberada, el agente no miente acerca de su desconocimiento y, por esa razón, es necesario analizar qué tipo y grado de responsabilidad le corresponde”. Obviamente, hay otro tipo de casos, probablemente la mayoría, en los que el agente puede mentir.

⁴⁹ Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, *op. cit.*, pp. 345 y ss.; Ragués i Vallés, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles, teoría del delito y doctrina de la imputación. Un análisis desde la diferenciación entre reglas de conducta y reglas de imputación”, en Miró Llinares, F. (dir.) y Rodríguez Ferrández, S. (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 83 y ss.; Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁵⁰ Así lo han señalado, entre otras, la STS de 19 de enero 2005, así como la STS de 10 de diciembre de 2000, en la que el Alto Tribunal afirma que “quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir, no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación –cobraba un 4% de comisión–, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias”.

⁵¹ Véase el interesante y detallado análisis de la jurisprudencia del TS sobre este extremo llevado a cabo por Jaén Vallejo, M., “Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2010, núm. 100, pp. 215 y ss.

intencionada o ignorancia deliberada;⁵² bien utiliza tal supuesta doctrina para justificar tanto la responsabilidad a título doloso como a título imprudente situando en el conocimiento la diferencia entre una y otra;⁵³ o bien la convierte en una estrategia de argumentación probatoria que se apoyaría en la idea de que “el que no quiere saber” lo hace intencionadamente porque “algo debe intuir”, lo cual conformaría un conocimiento probable suficiente para el dolo.⁵⁴

Esta última forma de utilizar la idea de la “ignorancia deliberada”, probablemente la más usual en nuestro país, podría calificarse, cuanto menos, de técnicamente disfuncional, dada la contradicción entre la afirmación en las citadas sentencias de que puede haber dolo sin conocimiento y el posterior empeño en las mismas en argumentar acerca de lo que el sujeto probablemente sabía. Pero si nos olvidamos de las referencias expresas a si el dolo es o no conocimiento, la mayoría de las resoluciones no argumentan de modo diferente a como se hacía tradicionalmente para probar el conocimiento del sujeto más allá de lo que éste diga conocer. Al fin y al cabo, lo habitual, al margen de lo que el sujeto supiera, será que el agente afirme no saber que realizaba el hecho que resulta injusto, y los tribunales pueden argumentar frente a ello utilizando las reglas de la lógica y la experiencia para atribuir racionalmente al sujeto lo que se representaba en el momento de actuar. Y lo habitual, más que encontrarnos ante “casos puros de ceguera intencionada”,⁵⁵ será que lleguen a los tribunales supuestos en los que “la prueba” del conocimiento no es sencilla y se enfrenta a la declaración expresa del imputado de desconocimiento. Éstos no tienen por qué ser casos

de indiferencia, sino supuestos de compleja “prueba del dolo”.⁵⁶ Lo que ha sucedido con la aparición de esta idea de la ignorancia deliberada es que algunos tribunales han encontrado en ella una forma sencilla de argumentar sobre la responsabilidad dolosa saltándose la necesidad de justificar la atribución de conocimiento, incluso en casos en los que la misma podía probarse. Pero en cuanto acaban argumentando acerca de lo que el sujeto sabía por cómo se comportaba, la misma no supone ningún cambio en la comprensión del dolo.⁵⁷

Sin embargo, este uso jurisprudencial no sólo encierra el riesgo de confundir las exigencias para la responsabilidad dolosa, sino que desvía la atención sobre otros casos de interés, quizás los menos, pero sí los que plantean un nuevo entendimiento de la responsabilidad dolosa: aquellos en los que no es posible atribuir conocimiento de la realización del hecho injusto y, sin embargo, y conforme a un parecer doctrinal,⁵⁸ debería haber responsabilidad a título de dolo. Éste sí es el moderno debate sobre el contenido del dolo, y tiene dos vertientes, una de tipo técnico-dogmática y otra de carácter práctico-político criminal. La técnico-dogmática consiste en cómo construir un concepto de dolo sin conocimiento. La segunda radica en decidir si puede aceptarse que casos en los que el sujeto no tiene la capacidad (atribuida socialmente) de prever la causación del injusto, merecen la misma responsabilidad que casos en los que el sujeto sí la prevé.

Entrando en la cuestión técnica, la idea de la ignorancia deliberada parece contradecirse con las ideas tradicionales del dolo como conocimiento, y cuadra

⁵² En este sentido, la STS de 30 de octubre de 2009 (ponente Sánchez Melgar); la SAP de Madrid, de 26 de julio de 2011 (ponente Bronia Varona); y la SAP de Murcia de 4 de noviembre de 2010 (ponente Olmo Gálvez).

⁵³ En este sentido, la STS de 10 de noviembre de 2006 (ponente Martínez Arrieta); la STS de 30 de septiembre de 2010 (ponente Ramos Gancedo); la SAP de Valencia de 10 de mayo de 2011 (ponente Montes García); y la SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2010, argumentando la responsabilidad dolosa del sujeto en la doctrina de la ignorancia deliberada, para luego indicar que tenía conocimiento sobre el hecho delictivo, pues éste no podía “ignorar que el hecho de que le propusieran constar como administrador era para dificultar el descubrimiento y persecución de cualquier actividad ilícita”.

⁵⁴ En este sentido, la STS de 20 de noviembre de 2006 (ponente Giménez García); la SAP de Murcia de 15 de febrero de 2011 (ponente Larrosa Amante); la SAP de Vizcaya de 21 de abril de 2010 (ponente González González); y la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2009 (Sección 7ª, ponente Ingelmo Fernández), trayendo a colación la doctrina de la ignorancia deliberada, para luego argumentar la conducta dolosa del sujeto en que “conoció el mecanismo de defraudación y aceptó su resultado”.

⁵⁵ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.*, p. 140, nota 155.

⁵⁶ Así lo entiende también Jaén Vallejo, quien dice que muchos de los supuestos a los que se aplica tal criterio son casos en los que “es perfectamente posible apreciar dolo eventual”. Jaén Vallejo, M., “Dolo, error y prueba del dolo: análisis crítico de jurisprudencia”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2010, núm. 100, pp. 215 y ss., p. 217.

⁵⁷ Siempre que lleve a la consideración como no dolosa de todos aquellos supuestos en los que haya una real indiferencia pero no pueda derivarse de ella ningún conocimiento de la ilicitud; Miró Llinares, F., “La respuesta penal...”, *op. cit.*

⁵⁸ Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, *op. cit.*, p. 347; Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss.; Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles...”, *op. cit.*, pp. 102 y ss. Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

más con concepciones modernas como la de Pérez Barberá y su metaconcepto de dolo.⁵⁹ Pero esto es así exclusivamente si se entiende el conocimiento como un concepto psicológico y que sólo hay conocimiento en los casos de responsabilidad dolosa. Lo cierto es que ni siquiera los que consideramos que un elemento central de la responsabilidad a título de dolo es la imputación del conocimiento, entendemos que dolo y conocimiento son lo mismo. El conocimiento sería, en realidad, un elemento de uno de los juicios necesarios para la consideración de un hecho como injusto doloso, pero no es el único ni el más importante. Para que haya responsabilidad a título de dolo no bastará con que se pueda imputar un hecho a alguien como conocido por éste y realizado con control (volición), sino que será necesario que se valore ese hecho como merecedor de responsabilidad a título de dolo. Y sin ese juicio de valoración del hecho, de comparación del mismo con la norma, no habría hecho doloso sino, a lo máximo, hecho conocido pero irrelevante penalmente.

Lo que esto significa es que lo que usualmente se denomina dolo englobaría dos procesos diferentes:⁶⁰ el primero consistiría en la imputación del hecho (atribución al agente de lo realizado), la cual exige como elemento crucial la atribución de control y conocimiento al sujeto y obliga a superar el análisis negativo de que no concurren los supuestos que excluyen la imputación (violencia y desconocimiento); la segunda consiste en la valoración del hecho en comparación con la norma, proceso en el que se atribuiría significado o sentido social a lo hecho (con conocimiento y control) y en el que se tendría en cuenta el sentido de merecimiento de pena derivado de la tipificación como dolosa de una conducta en relación con el hecho concreto ejecutado. Es el hecho (con conocimiento imputado) que resulta un injusto penal o que realiza el riesgo prohibido, lo que se valora como doloso. El conocimiento y la volición se tienen en consideración a la hora de atribuirle a alguien un hecho, pero no a la hora de la valoración de lo realizado

como “doloso” o “no doloso”. En ese momento lo que se hace es comparar el hecho con el “derecho”, por lo que puede y debe afirmarse con claridad que la consideración de un hecho como injusto doloso va, desde luego, muchísimo más lejos de la consideración de que ha sido realizado con conocimiento.⁶¹

En otras palabras: también puede decirse que en los casos de ceguera intencionada hay un hecho que se puede imputar al sujeto: en este caso su hecho consistiría en actuar con indiferencia conociendo que, debido a lo que hace, no puede llegar a conocer de ningún modo si realiza o no un injusto. Lo que sucede es que ese hecho con ese conocimiento (y con ese desconocimiento) no se valoraba usualmente como injusto doloso, sino sólo el hecho realizado con representación de todos los elementos que configuran el injusto. En otras palabras, con la aceptación de la ignorancia deliberada lo que cambia es el estándar que da lugar a la valoración de un hecho conocido como doloso, no la —siempre presente— imputación del hecho. En última instancia de lo que se trata es de que el consenso sobre cuándo tiene que exigirse responsabilidad a título de dolo podría estar cambiando y, para algunos autores, debería abarcar ahora casos que antes no entraban dentro de tal definición. La doctrina de la imputación, por tanto, así como otras posiciones dogmáticas diferentes⁶² a una idea puramente objetiva del dolo, permitirían construir un modelo de responsabilidad dolosa en el que cabría incluir casos de ceguera intencionada siempre que logran argumentar que la fuerza comunicativa en tales supuestos sería equiparable a la que solía asignarse a la representación del hecho injusto característica del dolo.

La cuestión, por tanto, no es tanto técnico-dogmática como político criminal, y su relevancia sí es crucial, pues de equipararse los supuestos de ignorancia deliberada a los que usualmente daban lugar a la responsabilidad dolosa, aceptaríamos una ampliación de tal forma de responsabilidad quizás congruente con la sociedad del riesgo y el punitivismo social en el que estamos inmersos, pero que debe ser ponderada con

⁵⁹ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 85-147 y 635 y ss.

⁶⁰ En idéntico sentido, aunque aceptando que puede haber dolo en casos en los que no haya una representación de todos los elementos del hecho injusto, Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles...”, op. cit., p. 106.

⁶¹ De hecho, conocimiento, en el actuar, prácticamente habrá siempre. El agente siempre sabe algo, también en el delito imprudente e incluso en lo que se denomina “imprudencia inconsciente”, aunque en esos casos lo conocido no es suficiente para una imputación “ordinaria”. Una vez que se determina qué se sabía, el tribunal realiza una valoración de que lo sabido es suficiente para la atribución de responsabilidad a título de dolo.

⁶² Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 163 y ss.

el prisma de una concepción garantista y de mínima intervención del Derecho penal.

La discusión radica, pues, en si tiene el mismo merecimiento de pena la realización de un hecho injusto con conocimiento, que la realización de un hecho injusto sin conocimiento pero con total indiferencia hacia la potencial ilicitud. Si, como dice con razón Cuello Contreras, dolo e imprudencia son magnitudes de graduación de la responsabilidad,⁶³ entonces el problema consiste en determinar, bien se realice tal graduación partiendo de razones sobre el supuesto mayor riesgo del actuar doloso o imprudente,⁶⁴ o bien, como aquí se sostiene, a partir del distinto significado comunicativo que tiene el dolo frente a la imprudencia,⁶⁵ si los injustos realizados con tal indiferencia están más cerca de la responsabilidad dolosa o de la responsabilidad imprudente. A ello habrá que sumar, después, el análisis de si, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, tal interpretación es posible.

Hasta el momento, la doctrina mayoritaria, aunque escasa, es favorable a sancionar como dolosos los casos de ignorancia deliberada en sentido puro. En tal aspecto fue pionero Jakobs, para quien aquel que actúa con un alto grado de indiferencia hacia las normas y las consecuencias niega la expectativa normativa del mismo modo, en términos comunicativos,

que quien la niega aun conociéndola.⁶⁶ En sentido similar se han manifestado Pérez Barberá,⁶⁷ Cancio Meliá,⁶⁸ Sánchez-Ostiz⁶⁹ y Ragués i Vallès señalando que el grado de indiferencia hacia el bien jurídico que se muestra en algunos casos no es inferior al que se constata en las situaciones de dolo eventual y, desde una perspectiva de prevención general –tanto positiva como negativa–, la necesidad de sanción que suscitan aquéllos no es inferior a la de estos.⁷⁰ Eso sí, precisa Ragués i Vallès, esto no significa que todos los casos de indiferencia o ceguera ante los hechos sean iguales y merezcan la responsabilidad dolosa, sino exclusivamente aquellos en los que el sujeto

realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que pudiendo desistir de tal conducta prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidades.⁷¹

Frente a estas posiciones, en la dogmática penal alemana se han mostrado contrarios a la sanción de los casos de “ceguera intencionada” como dolo,

⁶³ Cuello Contreras, J., “Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 2009.

⁶⁴ Frisch, W., *Vorsatz und Risiko...*, op. cit., pp. 98 y ss. En este sentido, en nuestro país, por todos, Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia...*, op. cit., pp. 75 y ss. Frente a estas posiciones véase, por todos, los comentarios críticos de Feijóo Sánchez, B.J., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, pp. 313 y ss.

⁶⁵ Se deben fundamentalmente a Jakobs las ideas que relacionan las razones del distinto tratamiento punitivo entre dolo e imprudencia con la diferente expresión comunicativa que tiene el actuar doloso y el actuar imprudente. Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, p. 27; y también en Jakobs, G., “Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas” (trad. Díaz Pita), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, pp. 135 y ss. En nuestro país han sostenido posiciones similares, con sus respectivos matices, Feijóo Sánchez, B.J., “La distinción entre...”, op. cit., pág. 311; Lorenzo Copello, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 243; y Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit., p. 41; y también en Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 170 y ss. Véase sobre las distintas argumentaciones de la doctrina acerca de las razones de la mayor punición del dolo, Sanz-Diez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia...*, op. cit., pp. 40 y ss.

⁶⁶ Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, op. cit. pp. 346 y ss.

⁶⁷ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 139 y ss.

⁶⁸ Cancio Meliá, M., “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 10, 2005, p. 77, a partir de los argumentos de Jakobs.

⁶⁹ Sánchez-Ostiz Gutiérrez, P., “Casos difíciles...”, op. cit., pp. 102 y ss.

⁷⁰ Pone un interesante ejemplo Ragués i Vallès, el de los individuos que, ante la sospecha de la existencia de un determinado riesgo, prefieren no investigar tanto como podrían: “por ejemplo, el encargado de seguridad de un tren que oye un ruido extraño en la locomotora pero prefiere no indagar en el sistema de frenado para evitarse las molestias que le supondría el tener que interrumpir la circulación de los demás convoyes”. A mi parecer, la aplicación de la doctrina de la imputación acercaría significativamente estos casos a los que se vienen denominando de “dolo eventual”. El encargado de seguridad que oye un ruido extraño y prefiere no indagar en el sistema de frenado sabe, desde luego, algo. En este caso conoce que hay algo fuera de lo usual y puede haberse imaginado que el problema sea en el sistema de frenado. Dependerá de cómo sea el ruido, de la experiencia anterior del encargado y de otros factores, el determinar si existe esa representación o no, pero en algunos casos podrá atribuirse responsabilidad dolosa y en otros, cuando ésta no esté, sólo imprudente. Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit.

⁷¹ Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 192 y 193.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

Kindhäuser,⁷² Roxin⁷³ y Puppe,⁷⁴ en parte gracias al apoyo que puede suponer que el §16 del *Strafgesetzbuch* diga que no hay dolo cuando no hay conocimiento de “una circunstancia perteneciente al tipo legal”. En nuestro país, y aparte de las vertidas por mí en trabajos dedicados a tipologías delictivas específicas,⁷⁵ apenas hay posicionamientos contrarios a tal expansión de la “responsabilidad dolosa”. El que hay, sin embargo, procedente de Argentina, es de gran interés. Se trata del trabajo de Manrique Pérez, quien, tras criticar la equiparación entre dolo eventual e ignorancia deliberada, describe ésta como un ilícito atípico equiparable al actuar en fraude de ley.⁷⁶ Sin poder, aquí, entrar en una valoración completa de las posiciones de la autora en cuanto a su configuración de la ignorancia deliberada como un fraude de ley, sí me interesa recalcar dos importantes consideraciones que hace en su trabajo. La primera es relativa a su explicación de la ignorancia deliberada como error y, por tanto, como excluyente del dolo. Señala Manrique Pérez, con razón, que si bien es posible que ciertas formas de ignorancia no sean una forma de error, todo el que yerra sobre la verdad de una proposición ignora cuál es la situación correcta, y esto es lo que sucede en los casos de ignorancia deliberada.⁷⁷ Pero aún más relevante, para el debate español, es lo que señala en cuanto a si la ignorancia deliberada es una solución válida en sistemas donde no se define legalmente el dolo. Frente a la opinión de Ragués i Vallès, de que en esquemas legales como el nuestro en los que el dolo no está definido, la dogmática puede “rellenar” los conceptos y ello haría posible entender la ignorancia deliberada como dolo,⁷⁸ defiende Manrique Pérez la necesidad de reformas legales explícitas que den mayor certeza e impidan “la manipulación del contenido normativo por parte de jueces y dogmáticos”. Añade la autora que las reformas legales son “lentas y

costosas”, pero en ese caso quizás así deban ser: “en materia penal las reformas deben ser excepcionales, públicas y legitimadas por la autoridad legislativa”.⁷⁹

En mi opinión asiste razón a Ragués i Vallès⁸⁰ y a Pérez Barberá⁸¹ al defender, desde conceptos normativos del dolo, similares al que aquí mismo se sostiene, que algunos supuestos de indiferencia (sin representación) son, en términos de merecimiento, más graves que la propia imprudencia y están muy cercanos a los supuestos de actuar con representación. La intensidad de negación de la norma (y del interés social que ella debe tutelar) que comunica quien se representa el injusto no está lejos de la que comunica el que se mantiene de manera continua y deliberada en una posición en la que tampoco podrá evitar (o no intentará) realizar injustos penales. No creo, sin embargo, que tales grados de comunicación sean idénticos y, desde luego, lo que no puede negarse es que se trata de comunicaciones distintas. Además, tampoco son idénticos todos los casos en que se actúa bajo ceguera intencionada, y no todos ellos deberían tener el mismo merecimiento de pena, estando algunos más cercanos al del dolo y otros a la imprudencia.

Por otra parte, también creo que, superada la visión psicologicista del dolo, nada impediría, desde una perspectiva de construcción dogmática técnica, considerar tales supuestos como dolo eventual. Ni siquiera es imprescindible, para hacerlo, optar por una posición puramente objetiva del injusto en el que no se tenga en cuenta a la persona.

Pese a todo ello, sin embargo, y puesto que existe un fuerte entendimiento social y jurisprudencial que asimila a la responsabilidad dolosa la representación del injusto y el mayor reproche que merece el realizar el hecho al que le es evitable hacerlo, una lectura garantista de los principios de legalidad y de proporcionalidad impediría, a mi parecer, la atribución de

⁷² Kindhäuser, U., “Gleichgültigkeit als Vorsatz?”, *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* (ed.), v. Arnold u. a., 2005, S. 345 (zit.: FS Eser).

⁷³ Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit.

⁷⁴ Puppe, I., *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Band 1, §15, 2005.

⁷⁵ Miró Llinares, F., “La respuesta penal...”, op. cit., pp. 12-49 y ss.

⁷⁶ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit., pp. 189 y ss.

⁷⁷ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit., p. 185. En sentido similar sobre esto, Kindhäuser, U., “Gleichgültigkeit als...”, op. cit., p. 358.

⁷⁸ Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 193 y ss.

⁷⁹ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit.; interesante también, en este sentido, sus argumentaciones críticas sobre la construcción de conceptos por la dogmática penal en Manrique, M.L., “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en Derecho*, núm. 2, 2013, pp. 89 y ss.

⁸⁰ Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 184 y ss.

⁸¹ Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., p. 145.

responsabilidad dolosa en supuestos de hecho que, tanto conceptualmente como en términos de merecimiento, no pueden considerarse idénticos a los que por tradición han configurado tal responsabilidad. Podría argumentarse, frente a esto, que tampoco son supuestos idénticos a los que configuran usualmente la responsabilidad imprudente. Es cierto que son casos en los que puede haber “algo más que un simple error” pero, desde luego, y pese a algunos empeños,⁸² en los supuestos de ignorancia deliberada o ceguera intencionada objeto de análisis hay ausencia de representación (error)⁸³ y, por tanto, incumbencia suficiente para realizar una imputación extraordinaria y valorar el hecho como injusto imprudente.

Pese a la inexistencia de una definición legal de dolo,⁸⁴ existe una tradición de décadas, socialmente admitida y jurisprudencialmente aceptada, que une dolo a representación (imputada al sujeto), y que identifica el error como el no conocimiento de algo, y que nunca ha ido más allá. Superar tal idea exigiría, a mi parecer, una reforma legislativa que procediera, tal y como ha demandado la doctrina, a una ampliación de categorías que “pudiera dar cuenta de la progresividad”⁸⁵ y que, en particular, podría tratar de forma específica este tipo de actuaciones y el mayor merecimiento de pena, frente al actuar imprudente, que podrían requerir tales conductas.⁸⁶ Mientras no sea

así, cuando el sujeto actúe sin representación y con indiferencia hacia los hechos, si bien cualquiera de las soluciones interpretativas (la de ubicarlo en dolo, la de ubicarlo en la imprudencia o la de no castigar tales hechos) es (al menos parcialmente) insatisfactoria;⁸⁷ lo es más –por vigencia del principio de legalidad y el principio de intervención mínima– la sanción de tales hechos a título de dolo y, por tanto, tales hechos deberían sancionarse como imprudencia.⁸⁸

Esta solución interpretativa, por otra parte, no parecerá tan problemática si se tiene en cuenta que los casos de ceguera intencionada pura que lleguen a los tribunales serán los menos,⁸⁹ lo cual parece claro si se piensa detenidamente en los requisitos que el propio Ragués i Vallès exige para la solución del dolo, y también si se observa que muchos de los casos que la jurisprudencia ha tratado de integrar en los supuestos más graves de la ignorancia deliberada y, por tanto, de merecimiento de pena más cercano al dolo eventual, son supuestos en los que se puede atribuir al sujeto una suficiente representación del injusto para considerar que hay responsabilidad dolosa. Así, el sujeto que acepta transportar la maleta desde el aeropuerto de La Paz sin mirar su interior y a cambio de una cantidad de dinero tan alta que sólo podemos imaginar que está relacionada con el tráfico de drogas le podremos sancionar dolosamente por tal delito si lo que lleva es

⁸² Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., p. 197. Probablemente porque ése sea el punto débil de su construcción. Se apoya para ello, además de en referencias clásicas de Aristóteles y Santo Tomás, en Jakobs, G., “Indiferencia como dolo indirecto”, *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, y en la idea de éste de que resulta obvio que “no todo desconocimiento es un error”. Jakobs, G., “Indiferencia como dolo...”, op. cit., p. 349. Conceptualmente no creo que sea discutible que error e ignorancia sean diferentes, básicamente en el sentido de que la ignorancia conlleva “algo más” que el error, pero a los efectos de la imputación de hechos, lo cierto es que cuando se actúa ignorando algo no se puede imputar esto al sujeto de forma ordinaria puesto que el sujeto no ha decidido con la libertad mínima sobre ello. Véase Hruschka, J., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

⁸³ En sentido similar, Kindhäuser, U., “Gleichgültigkeit als...”, op. cit., p. 358.

⁸⁴ Argumento en el que construye Ragués i Vallès su opinión de que castigar como dolo la ignorancia deliberada no contradice el principio de legalidad. Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 193 y ss. Resulta significativo que el propio autor, después de señalar que con los estándares habituales de la jurisprudencia constitucional la inclusión de la ignorancia deliberada en el dolo no debería suscitar problema alguno, añade que “para quien actúe en tal estado no debe resultar imprevisible que su hecho pueda ser tratado como doloso”. ¿Como doloso de qué delito?, ¿quiere decir Ragués que el sujeto se está representando el injusto aunque no lo exprese?

⁸⁵ Molina Fernández, F., *Cuadratura del dolo...*, op. cit., pp. 739 y ss. En sentido similar a la necesidad de incrementar las categorías de la “tipicidad subjetiva”, y concretamente a asemejar nuestro sistema a los angloamericanos que diferencian entre *purpose, knowledge, recklessness* y *negligence*, se han expresado Feijóo Sánchez, B.J., “La distinción entre dolo...”, op. cit., p. 354; Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch, M., *Dolo e imprudencia...*, op. cit., p. 218; y Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, op. cit., pp. 176 y ss.

⁸⁶ Lo cual, a su vez, y como señala Manrique, M.L., “Reproche al ‘dolo...’”, op. cit., podría obligarnos a tener en cuenta los motivos de la ignorancia a la hora de su valoración como injusto. En este sentido también se manifiesta Hellman, D., “Wilfully Blind for Good Reason”, *Crime, Law and Philosophy*, núm. 3, 2009, pp. 301 y ss., quien propone una diferenciación entre casos de ceguera intencionada por “malos” y por “buenos” motivos.

⁸⁷ Manrique, M.L., “Ignorancia deliberada...”, op. cit., que, congruentemente, considera que los casos no serían punibles ni por dolo ni por imprudencia. Puede tener razón la autora, pero obvia que la mayoría de los casos de ignorancia deliberada serán imprudencias punibles.

⁸⁸ En sentido similar, si bien para el Derecho penal alemán con las diferencias legales ya comentadas, se postula Roxin al entender que pese al mayor merecimiento que podría conllevar la ceguera intencionada frente al actuar imprudente, resulta imposible la sanción dolosa en el sistema alemán y defiende una regulación específica de los mismos. Roxin, C., *Derecho penal...*, op. cit.

⁸⁹ Puppe, I., *Nomos Kommentar...*, op. cit.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

cocaína o heroína, puesto que las reglas de la lógica y de la experiencia nos permiten hacerlo.⁹⁰ Pero, en el caso de transportar en el citado maletín, obviamente sin saberlo, una bomba, ¿le podríamos sancionar por las tentativas dolosas de homicidio al evitar la policía que, para increíble sorpresa del que piensa que lleva estupefacientes, estalle? Tiene razón Hellman cuando dice que quienes defienden la teoría de la ignorancia deliberada quieren solucionar el supuesto en el que el sujeto transporta droga a partir de la intuición moral de que este caso debería ser doloso,⁹¹ quizás, añado yo, por el apego tradicional a la concepción psicológica del conocimiento y sin darse cuenta de que, sin ella, el supuesto encaja perfectamente en “el dolo”, en vista de que sí se puede imputar en él la representación. Pero lo grave es que, para hacerlo, han creado una teoría que permitiría sancionar el segundo caso como doloso y no como lo que es, responsabilidad imprudente a la que se le une una actitud con respecto al derecho y a la legalidad (similar al fraude de ley) que, en todo caso, podrían merecer una respuesta penal específica cuando la misma se regule en el futuro.

Es evidente que la cuestión de la ignorancia deliberada dará lugar a más debate. También es previsible que el legislador tarde en regular y que cuando lo haga cree nuevos problemas. Pero mientras esperamos a quien tiene la potestad de regular, creo que los tribunales pueden seguir atribuyendo el conocimiento sin caer en la arbitrariedad y, a la vez, no creo que debamos sancionar como dolo conductas que no cumplen los requisitos que, hasta hace muy poco, se exigían para hacerlo. Sobre esto, en todo caso, se volverá más adelante.

2.3. ¿Prueba o imputación del dolo? Del psicologismo a la normativización del conocimiento

El debate sobre si el dolo se prueba o se imputa constituye la más reciente y, quizás, fútil discusión en torno a este instituto penal. Al fin y al cabo, la utilización de una u otra terminología deriva del abordaje filosófico del problema, pero no tendría por qué conllevar consecuencias relevantes a la hora de resolver los supuestos prácticos. Pese a ello, y dados los posicionamientos que defienden, plantearé la cuestión sucintamente.

La cuestión de la determinación del dolo, de la fijación de los mecanismos en función de los cuales se admite o se rechaza la existencia de un determinado conocimiento, ha transitado por costumbre entre dos tendencias: la tradicionalmente aceptada idea psicologista apoyada en las ideas de Feuerbach de que el dolo depende de la constatación de la presencia de determinados procesos psicológicos presentes en el sujeto, y la idea normativa, que, a grandes rasgos, englobaría todas aquellas teorías que tratan de definir el dolo no como realidad empírica, sino como “realidad valorada”⁹² y que parte, en realidad, de la crítica a la concepción psicológica bajo la argumentación: bien de que al Derecho penal no le interesa la realidad psicológica, bien de la imposibilidad de llevar a la práctica una averiguación psicológica del conocimiento.⁹³ A ellas, dice Pérez Manzano,⁹⁴ habría de sumarse una categoría de teorías mixtas que defienden la esencia normativa pero sin exclusión de todo aspecto fáctico psicológico en su composición.⁹⁵

⁹⁰ Este caso, con el cambio de que el turista viene del aeropuerto de Bolivia, es considerado el supuesto “escenario” de ignorancia deliberada, y se corresponde esencialmente con el famoso supuesto “United States v. Jewell”, de 1976. Husak, D.N., y Callender, C.A., “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’”, *A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*, 1994, p. 39.

⁹¹ Hellman, D., “Wilfully Blind...”, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

⁹² Díez Ripollés, J.L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 73.

⁹³ Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, *op. cit.*, p. 275.

⁹⁴ Pérez Manzano, M., “Dificultad de la prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo”, en García Valdés, C., Valle Mariscal de Gante, M., Cuerda Riezu, A., Martínez Escamilla, M., y Alcácer Guirao, R. (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1456. Señala la autora que habría que ubicar en éstas las tesis “que afirman de una forma genérica que el dolo tiene naturaleza normativa en la medida en que la definición y configuración de lo que el dolo es se decide por el Derecho seleccionando aquellos elementos de la realidad que, desde una cierta perspectiva jurídica, [...] son idóneos o necesarios para integrarlo” (Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, p. 1457). Cita la autora las posiciones de Hassemer, W., “Los elementos característicos...”, *op. cit.*, pp. 915 y ss., y de Schünemann, B., “De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo”, en Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 109, entre otras.

⁹⁵ En efecto, muchos de quienes dicen que el dolo es psicológico afirman que el dolo puede ser, también, un concepto normativo. Romeo Casabona, C.M.^a, “Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica”, en Jorge Barreiro, A., Bajo Fernández, M., y Suárez González, C.J. (coords.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 945, y ello dado que “el Derecho penal al construir el dolo ha renunciado a captar en él todas las facetas internas de la acción, seleccionando tan sólo aquellas que son más significativas para la valoración jurídico-penal de esa parte de la acción”; y de entre quienes dicen que el dolo es normativo, reconocen que

El principal cambio metodológico no lo constituye tanto, a mi parecer, el normativismo como la idea de la imputación del dolo o, más bien, del conocimiento. A partir, en particular, de la obra de Hruschka son varios los autores que hemos comenzado a sostener que el dolo no “se prueba”, sino que “se imputa”,⁹⁶ en el sentido de que la determinación del dolo no es posible mediante una averiguación empírica de fenómenos psíquicos, sino mediante una imputación que atienda a los criterios sociales de imputación de conocimientos: sólo así “podrá garantizarse que el hecho haya constituido la realización consciente de un comportamiento que contradice una norma penal ante la colectividad y, sólo en tal caso, podrá conseguirse que la pena asignada al delito doloso, como réplica a éste, despliegue adecuadamente sus efectos en el seno de la sociedad”.⁹⁷

En realidad, la afirmación de que el dolo se imputa podría matizarse por el propio Hruschka en el sentido de que el dolo no sólo se imputa sino que se valora⁹⁸ pero, sobre todo, bajo la concepción de que el conocimiento (más que el dolo) no se prueba sino que se atribuye, se imputa. Pese a las críticas que esta concepción sigue recibiendo,⁹⁹ cuyo contraste y crítica resulta imposible aquí, creo que no sólo es más correcto afirmar que el conocimiento se atribuye, sino que hacerlo no conlleva, en ningún caso, reducción o flexibilización alguna de las exigencias probatorias de los “elementos subjetivos del tipo”. El conocimiento no se describe ni se prueba, sino que se imputa o “se crea”, pero no de un modo arbitrario, sino por medio de la utilización de reglas que definen en qué caso puede decirse que un sujeto ha sabido algo, cuando le damos el significado de saber;

pues ni siquiera el sujeto puede decir que sabe algo y eso está fuera de toda duda.¹⁰⁰ Al fin y al cabo dolo, o, más bien, conocimiento, no es lo que el sujeto, en su proceso interno, cree saber, ni siquiera lo que pueden inferir los otros del contenido del proceso interno de alguien más a partir del propio, sino lo que significa que el sujeto sabe, que no dependerá de él, sino del uso que al significado de saber algo le dé el lenguaje. Así, y como ya he argumentado en otro lugar,¹⁰¹ puede ocurrir que aquello que socialmente significa que alguien sabía algo parezca falso cuando, por ejemplo, el autor desvele algo que no se conocía públicamente. Pero, en ese caso, no hay una contradicción entre lo que se valora como sabido y lo que se sabía, ni entre lo interno (conocido por el sujeto) y lo externo (inferido), sino un presupuesto diferente, puesto que la aplicación de las reglas de imputación era correcta sobre la base del sentido social de la conducta y de las circunstancias que la acompañaban.¹⁰² Pues, como ha puesto de manifiesto Vives Antón, lo que el sujeto sabía “auténticamente” ni siquiera lo puede decir el propio sujeto sin utilizar el significado social de lo que es saber algo, y, por ello mismo, “mi descripción o mi identificación de un objeto no determinan sus propiedades”, pues el lenguaje ha de ser público.¹⁰³ “Un proceso interno necesita criterios externos”.¹⁰⁴

Conforme a esto, puede reconocerse que la diferencia fundamental que existe entre quienes afirman que el dolo (o conocimiento) tiene que probarse y los que entendemos que tiene que imputarse en términos de razonabilidad es terminológica o “de lenguaje filosófico”.¹⁰⁵ Sobre esto se volverá más adelante.

tal solución puede plantear déficits de legitimidad al ser posible que un sujeto no haya conocido “psicológicamente” lo que se le imputa como conocido; Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit., p. 328.

⁹⁶ Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, op. cit., pp. 27 y ss.

⁹⁷ Ragués i Vallès, R., *El dolo y su prueba...*, op. cit., p. 357.

⁹⁸ Puesto que el dolo está en la imputación y también en la *applicatio legis ad factum*.

⁹⁹ La más reciente, la de Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., pp. 591 y ss., y 702 y ss.

¹⁰⁰ Véase la brillante explicación que de esto hace Vives Antón, T.S., “Reexamen del dolo”, en Muñoz Conde, F. (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 381, donde revisa la “gramática defectuosa” que hay detrás de la idea del saber como un proceso mental que sólo conoce el que lo realiza y no los demás. Véase también sus reflexiones en Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 216 y ss., especialmente pp. 233 y ss.

¹⁰¹ Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación...*, op. cit., p. 200.

¹⁰² Y eso puede pasar tanto en la concepción psicológica como en la normativa.

¹⁰³ Vives Antón, T.S., “Reexamen del dolo”, op. cit., p. 380.

¹⁰⁴ Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, parágrafo 580. Véase al respecto también Ramos Vázquez, J.A., *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 274.

¹⁰⁵ Reconoce esto de forma implícita, a la vez que critica las ideas que aquí se sostienen, Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, op. cit., p. 744.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

3. Lo accesorio y lo relevante de los debates eternos y para el Derecho penal moderno

3.1. Acerca de “lo accesorio”

No será aquí donde se diga que la discusión no es importante, pero sí donde se reconozca que debiéramos minimizar la relevancia práctica del debate en torno a la posición del dolo en el delito. Si bien, a mi humilde parecer, carece totalmente de sentido seguir distinguiendo un juicio de tipicidad objetiva de un juicio de tipicidad subjetiva que es donde, supuestamente, se situaría el dolo, puesto que prácticamente toda la doctrina parte de la imputación de los conocimientos y errores propios de los sujetos antes de la valoración (normativa) del hecho como injusto, no es este debate especialmente trascendental en la práctica penal actual. Los tribunales, para llevar a cabo la supuesta “imputación objetiva” de un riesgo, parten de que hay una previa atribución de conocimiento que configura el objeto de la valoración del hecho y, sin embargo, argumentan después como un añadido (la exigencia de dolo) a la existencia de infracción del deber. Que se siga hablando, entonces, de imputación objetiva pese a que para tal proceso de valoración se tenga en cuenta el conocimiento (imputado) de quien actúa es artificioso, pero no excesivamente problemático. Por lo menos, no lo es para los tribunales que no tienen en cuenta en realidad el proceder sistemático imposible de separar tipicidad objetiva y subjetiva, pero sí tratan de abstraer de las intenciones y de las percepciones de conocimiento del propio sujeto, la valoración de los hechos, que sólo puede ser normativa. El debate de la posición se convierte, pues, en accesorio, mientras los filtros se ordenen, pese a lo que se diga, de forma adecuada.

Algo similar sucede con la cuestión referida al carácter psicológico o normativo del dolo y a si el mis-

mo, por tanto, se prueba o se imputa. Como ya se ha dicho, el debate es más filosófico que práctico. Cuando un juez afirma que hay que probar el conocimiento no está diciendo nada distinto a lo que decimos quienes aseveramos que hay que imputar el conocimiento: se está declarando que hay que atribuirle a alguien aquello que, conforme al uso social, significa única y exclusivamente “saber algo”.¹⁰⁶

La cuestión práctica relevante no es si existen o no los hechos psicológicos,¹⁰⁷ tampoco la cuestión es si el conocimiento sería ese algo o su significado.¹⁰⁸ Lo importante en la práctica no es que se utilice un proceso de definición desde lo psicológico, o un proceso de imputación, sino que se mantengan todas las garantías en el proceso penal para que aquello que socialmente se considere como actuar con conocimiento, se corresponda con lo que exige una sociedad justa e igualitaria basada en la dignidad y que atienda a las diferentes capacidades de las personas. En otras palabras, la responsabilidad a título de dolo exige que el juez constate una correspondencia total entre lo que socialmente diríamos que el sujeto ha hecho y aquello que socialmente se valora con un mayor merecimiento de sanción por haber actuado con dolo. Esto exige argumentación racional y una definición quizás imposible de ser totalmente precisa, pero con tendencia a ella lo más concreta posible de cuándo se actúa de forma que se merece una responsabilidad dolosa y cuándo no. Y el verdadero problema que se está dando actualmente en la práctica jurisprudencial, y que no viene originado por la definición del dolo desde una perspectiva normativa, es la tendencia hacia la ausencia de argumentación de la responsabilidad dolosa y la falta de criterios para la imputación del dolo.

En otras palabras, el debate sobre si el dolo se prueba o se imputa es accesorio, que efectivamente se haga es lo relevante. Y aunque es ésta una labor que, obviamente, corresponde a los tribunales, parte de la

¹⁰⁶ Al fin y al cabo, vivimos en sociedad, y el significado de cómo nos comportamos no lo damos nosotros sino que nos es socialmente dado, lo cual nos obliga a superar (de forma expresa o tácita) la idea de que es posible un procedimiento empírico para el descubrimiento de lo que, sin embargo, no es un elemento de la realidad sino, más bien, de la idealidad. Así, dice Hruschka, en relación con quienes definen el entendimiento del dolo como imputación como un acto arbitrario de construcción de la realidad, que son semejantes ideas las que “pueden provocar errores y ser la fuente de nuevas equivocaciones atribuibles al hecho que los científicos criminales o sociales —o incluso los psicólogos— sitúan su particular acto de imputación o su propia negación de la imputación en el lugar que corresponde a la, digamos, imputación judicial o a su negación” (Hruschka, J., “Sobre la difícil...”, *op. cit.*, p. 156).

¹⁰⁷ Así lo afirma Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, p. 1462, a partir de los trabajos de Searle y González Lagier, para acabar señalando que “los fenómenos psicológicos son realidades naturales en cuanto derivan de procesos neurofisiológicos” (Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, p. 1466).

¹⁰⁸ Miró Llinares, F., *Conocimiento e imputación...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss. Frente a ello, Pérez Manzano, M., “Dificultad...”, *op. cit.*, pp. 1463 y ss., y más recientemente, Pérez Barberá, G., *El dolo eventual...*, *op. cit.*, pp. 721 y ss.

responsabilidad de que éstos no siempre lleven a cabo la tarea de prueba (o imputación) como debieran, recae en la doctrina que, con singulares excepciones,¹⁰⁹ olvida la singular conexión entre el Derecho sustantivo y el procesal,¹¹⁰ y ha obviado casi por completo la labor de creación de criterios de imputación de la responsabilidad dolosa dando por válidos, o simplemente no ocupándose, de metodologías y argumentaciones jurídicas respecto de la prueba francamente mejorables.¹¹¹

Más que discutir, pues, sobre si el dolo se prueba o se imputa es importantísimo asumir que también es función nuestra la de crear criterios de imputación (o prueba) específicos para los distintos tipos delictivos que, al igual que ha sucedido con la denominada imputación objetiva, sirvan como criterios generales, y se vayan concretando y especificando según las tipologías de conductas y los delitos concretos a los que se apliquen. Ha habido algunos desarrollos concretos de criterios de imputación,¹¹² pero queda aún un camino largo por recorrer. Algunos pasos nuevos tratarán de darse a continuación para frenar la objetivización de la responsabilidad dolosa en el Derecho penal de empresa.

3.2. *Acerca de lo relevante: “otra vez”, la diferenciación entre dolo e imprudencia*

La cuestión que sí tiene importancia en la práctica jurídico-penal es la definición del contenido de la responsabilidad dolosa y, a partir de ella, de su distinción de la responsabilidad imprudente. Y sobre ella, esto es cierto, lo único que daría lugar a un acuerdo unánime es que se trata de una tarea de enorme dificultad. Pero en vista de que, como ya se ha dicho, pueda definirse como compleja y, en cierto sentido, casi irresoluble no la hace desaparecer como problemática real; por ende, trataré de ofrecer algunas ideas sobre el contenido del dolo que pueden servir

para su diferenciación de la responsabilidad a título imprudente. Lo haré a partir de la aceptación, tras el análisis realizado, de algunos puntos de partida esenciales que pueden ayudar a afrontar con éxito la tarea: el primero, que dolo e imprudencia son básicamente grados de responsabilidad –uno menor (imprudencia) y otro mayor (dolo)– y que quizás podría haber más; el segundo, que ni la voluntad ni el conocimiento, entendidos en sentido psicológico, pueden constituir los criterios determinantes a la hora de diferenciar tales formas de responsabilidad; el tercero, que la atribución de responsabilidad dolosa o imprudente depende de procesos de valoración de hechos, de comparación de conductas con reglas de conducta, y que tal valoración deberá tener en consideración el fundamento de la mayor pena de la responsabilidad dolosa. En cuanto a esto último, y pese a que simplemente puedo esbozar aquí lo que merecería un mayor desarrollo, entiendo que socialmente una conducta tiene un mayor significado comunicativo de contrariedad a la norma y al interés social que ésta debe proteger por parte de quien, conforme a la imputación del conocimiento con el que actúa, se representa el hecho injusto (dolo) que por parte de quien no lo hace pero, por su actuar previo, le incumbiría hacerlo (imprudencia). Esto supone afirmar que aquello que diferencia el tipo doloso del tipo imprudente es la valoración (normativa) más grave que se hace del hecho peligroso realizado por el sujeto con representación y por tanto con capacidad de evitación del injusto. Eso sí, capacidad de evitación que es (al habersele imputado a él) del propio sujeto, y no de un tercero o de cualquier otra categorización de modelo ideal de sujeto situado en su lugar. Para que el sujeto responda por el tipo doloso tiene que haber actuado representándose el hecho peligroso en que consiste el hecho injusto. Lo cual, desde luego, no supone afirmar que el elemento definitorio del dolo sea el conocimiento psicológico; tampoco en realidad lo es el conocimiento imputado, aunque sin

¹⁰⁹ En particular resultan loables los esfuerzos de Freund, G., *Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung” eine Untersuchung zum tolerierten Risiko einer Fehlerverteilung im Bereich subjektiver Deliktsmerkmale*, Müller, Heidelberg, 1987; y de Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*

¹¹⁰ Jaén Vallejo, M., “Los principios de la prueba en el proceso penal español”, en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf, consultado el 6 de marzo de 2014.

¹¹¹ Véase el interesante análisis al respecto de Paredes Castañón, J. M., “Análisis y problemas metodológicos en la prueba del dolo”, *Nuevo Foro Penal*, núm. 66, 2003, pp. 121 y ss.

¹¹² Así, resulta interesantísimo el análisis y valoración que, ya hace casi tres décadas, llevó a cabo Zugaldía Espinar de los criterios de prueba (o imputación) que utilizaba el Tribunal Supremo para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia. Por medio de lo que era un aparente análisis de los criterios judiciales se lleva a cabo, más allá de la mera descripción, una valoración de cómo debe imputarse el dolo eventual. Zugaldía Espinar, J.M., “La demarcación entre el dolo..., *op. cit.*, pp. 395 y ss., especialmente pp. 406 y ss.

Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa

él no hay dolo. El elemento definitorio de la responsabilidad dolosa consiste en realizar, con conocimiento, y por tanto con una mayor desconsideración comunicativa frente a la norma negada, aquello que constituye un injusto penal. Y esto implica, y es lo que debería servir de criterio hermenéutico diferenciador entre dolo e imprudencia, que para que haya dolo el sujeto tendrá que representarse efectivamente la realización de aquello en que, en esencia, y también desde una perspectiva comunicativa, consiste el riesgo prohibido por cada injusto penal.¹¹³

Conforme a esto, la diferenciación entre dolo e imprudencia exige, en primer lugar, la concreción (para la que puede ayudar la llamada teoría de la imputación objetiva) de qué es lo que, en esencia, configura el riesgo relevante de cada injusto penal. No de algo interno, sino de algo objetivo, en el sentido de “general”. Pues aquello que, en esencia, se valora que constituye el actuar injusto, y no menos (aunque tampoco más), es lo que tiene que representarse el sujeto para que responda a título de dolo. A esto, obviamente, habría que sumar un problema posterior que siempre se ha situado en el campo de lo procesal pero que no puede desligarse de la cuestión de la separación entre dolo e imprudencia: ¿cómo imputar a alguien que ha conocido en efecto aquello que constituye el injusto penal? Al ser la imputación de hechos un proceso adscriptivo, en aquellos en que esté claro que es lo esencial del injusto específico de que se trate, la atribución de responsabilidad dolosa exigirá seguir las reglas racionales de imputación del conocimiento al sujeto.

Probablemente sea cierto que estas reflexiones apuntadas no constituyen ninguna posición revolucionaria sobre el dolo. Quizás tampoco pueda decirse que ayuden mucho más que otros posicionamientos similares¹¹⁴ a la compleja diferenciación entre dolo e imprudencia en el Derecho penal moderno. Quizás pueda aportarse algo más si, en forma de sentencias breves, se extraen de esta forma de entendimiento de la responsabilidad dolosa algunas ideas importantes:

1. Más que de dolo, como elemento del injusto, deberíamos referirnos a “responsabilidad dolosa” y a “conocimiento” o “representación” como elementos

de la imputación. El dolo no es un elemento ni para la imputación ni para la valoración del hecho. Sí lo es el conocimiento, esencial para que se impute el hecho y para que éste se valore como doloso o, mejor, como merecedor de responsabilidad dolosa. También deberíamos abandonar, aunque esto es menos importante, la referencia a tipo objetivo y tipo subjetivo, pues son indisolubles y conforman el injusto.

2. La diferenciación entre responsabilidad dolosa e imprudente dependerá de que el sujeto imputante (el juez) pueda atribuir o no que el agente ha realizado (y se ha representado) aquello que constituye, en esencia, conforme a una valoración de sentido social de lo realizado, el injusto penal de que se trate. Es el realizar con representación el injusto lo que, desde una perspectiva social, comunica de forma más grave la negación de la norma que corresponde al dolo frente a la imprudencia.

3. Será fundamental, por tanto, para atribuir responsabilidad dolosa, la valoración por parte del tribunal de que el sujeto ha realizado el riesgo prohibido que, en esencia, constituye el injusto. Pero no bastará con esto si no se puede imputar que tal riesgo se ha representado el agente. Situar en la posición del autor a un sujeto ideal es, pues, una técnica fútil, pues sólo habrá injusto doloso si podemos imputar el conocimiento al sujeto concreto que actúa con una capacidad mínima de libertad.

4. No debe confundirse lo que el sujeto cree que sabe con lo que, conforme a un proceso de adscripción lógico-racional, puede atribuirse que el sujeto se representa. El significado de lo que el sujeto sabe es atribuido por el sujeto imputante, lo cual no significa que pueda inventarse: tiene que atribuirse racionalmente a partir de la observación y aplicación de las reglas de la lógica y de la experiencia. Así, por ejemplo, en la gran mayoría de casos en los que el sujeto tiene una fe absolutamente irracional en que no se produzca un resultado, es razonable entender que el sujeto se ha representado el resultado y ha superado la exigencia de previsibilidad necesaria para que haya responsabilidad dolosa.

5. Si conforme a un juicio de imputación o de adscripción de conocimientos que aplique reglas de la ex-

¹¹³ Acierta Herzberg cuando señala que el problema del dolo es de tipicidad por la implícita consideración de que tal afirmación supone que el problema del dolo es de valoración del hecho, realizado con representación, como injusto doloso. Herzberg, R.D., “Bedingter vorsatz und objective Zurechnung”, *JuS*, 1987.

¹¹⁴ Herzberg, R.D., “Bedingter vorsatz...”, *op. cit.*; I: *Nomos Kommentar...*, *op. cit.*; Ragués i Vallès, R., *La ignorancia deliberada...*, *op. cit.*

perencia y de la lógica, el juez no puede afirmar que el sujeto se representó aquello que, de forma esencial, configura el injusto, no habrá responsabilidad dolosa. En estos casos, cuando al sujeto le incumba, conforme a una regla, el haber estado en posición de prever y evitar aquello que constituye el actuar injusto, habrá imprudencia.

6. Esto último es así incluso en los casos en los que el sujeto no se ha representado un elemento esencial del injusto debido a una actitud deliberada de ignorancia o de ceguera, sea por el motivo que sea. Al no haber representación, no hay un enfrentamiento a la norma tan fuerte como el que lo prevé y es capaz de evitarlo. Estos casos deberían regularse expresamente por medio de la creación de tipos concretos que atiendan a posiciones específicas de deber en las que al sujeto responsable se le puede exigir que esté fuera de la arbitrariedad que supone tratar de desconocer los efectos de sus acciones en su propio beneficio.

7. Ni los deseos del sujeto, así como tampoco sus creencias, son relevantes a la hora de la responsabi-

lidad dolosa, excepto en aquellos casos en los que el legislador lo haya establecido expresamente por medio de elementos subjetivos en el injusto. Lo que se denomina intención o voluntad, y difiere de la volición del acto, puede constituir, en todo caso, lo que se denominan “indicios” de representación, en cuanto que pueden mostrar el conocimiento que es posible atribuir que el sujeto tenía en el momento de actuar y que es lo que constituye el criterio fundamental para la imputación del hecho que será valorado como doloso.

8. Para que haya responsabilidad dolosa no es necesario que el sujeto se represente aquello que no configura el injusto desde una perspectiva esencial. Aunque esto parezca claro, a veces se obvia y se exige la representación de elementos innecesarios. La primera tarea para atribuir responsabilidad dolosa, por tanto, es definir lo que se ha denominado el injusto objetivo y, después, aplicar las reglas de la lógica y de la experiencia que, a partir de la prueba, permitan racionalmente imputar la representación de tal injusto por parte del agente.