

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXIX
FASCÍCULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXXVI

La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual

JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

— I —

En la dogmática española (1), recientemente, prevalece la opinión según la cual la estructura de lo ilícito —a nivel básicamente de tipicidad (acciones prohibidas por las normas)— difiere según se trate de lo ilícito de los delitos dolosos (dónde el disvalor de acción se expresa básicamente en *el dolo*), o de lo ilícito en los delitos culposos (dónde el disvalor de acción consiste en la infracción de un deber de cuidado —*culpa* o imprudencia) (2).

En este contexto, la demarcación del dolo respecto de la culpa no ofrece problema alguno en tanto en cuanto lo que se intente sea diferenciar al *dolo directo* (inmediato o mediato —también llamado «de consecuencias necesarias») de *la culpa* (consciente o inconsciente): mientras aquél expresa una voluntad dirigida contra los bienes jurídicos ajenos (el autor sabe y *quiere* —o acepta como inevitables— la viola-

(1) El presente trabajo está referido exclusivamente al problema del dolo eventual y la culpa con representación en la teoría y en la práctica españolas. Constituye básicamente la ponencia presentada al II Congreso de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas (Berlín; abril-mayo 1986).

(2) Desde puntos de vista en ocasiones distintos, coinciden, entre otros, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, Madrid, 1981, pp. 390 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984, p. 14; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1985, pp. 87 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, p. 44; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal español. II. El hecho punible*, Madrid, 1985, p. 26; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 75 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1981; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español, Parte General*, Barcelona, 1984, p. 175. La jurisprudencia, tradicionalmente anclada a una concepción causal del injusto, parece aproximarse, recientemente, a un momento de crisis. Cfr. STS de 20 de abril de 1985 y A.A.V.V., *Código Penal: Comentarios y Jurisprudencia*, Colex, 1983, pp. 29 y 30. Desconcertante la STS de 3 de enero de 1985.

ción de la norma contenida en el tipo penal), la culpa es expresiva de una escasa consideración (falta de respeto) para con dichos bienes, en el sentido de que el autor, bien no se molesta en pensar el peligro que para ellos puede suponer su conducta (culpa inconsciente), bien limitándose a pensar en dicho peligro, continúa su acción con ligereza (culpa consciente): en estos casos, de todos modos, el autor *no quiere* (ni acepta como inevitable) la violación de la norma contenida en el tipo penal. *El querer o no querer la realización del tipo se presenta así como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia, respectivamente* (3). Este dato permite afirmar, de otra parte, el mayor contenido de injusto de los tipos dolosos frente a los culposos —que en Derecho penal español se forman poniendo en relación las cláusulas generales de los artículos 565, 586, 3 y 600 C. p. con el correspondiente tipo doloso. El mayor contenido de injusto del dolo frente a la culpa, no discutida doctrinalmente a este nivel, se concreta legislativamente en la imposibilidad de imponer a un hecho imprudente una pena igual o superior a la que correspondería a ese mismo hecho cometido dolosamente (art. 565, 7 C. p.).

El problema surge con relación al concepto «híbrido» —fatal campo de nadie entre el dolo y la culpa (4)— que representa el *dolo indirecto o eventual*. Dicho problema trae su causa en la *diversa intensidad que puede conocer el momento volitivo necesario para el dolo*: esto es, en los diversos grados de intensidad en que puede concretarse el «querer» humano. Efectivamente, con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sólo se cumple con el primero de los elementos del dolo. Además de conocimiento, el dolo exige que el autor *haya querido la realización del tipo*. Las diversas respuestas que pueden darse a la pregunta de cuándo el autor *quiso* la realización del tipo, dan lugar a la configuración de tres formas diferentes de dolo: el dolo directo (el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene la seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto), el dolo de consecuencias necesarias (dolo directo de segundo grado o mediato) —el autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado que inclusive puede serle indiferente o no desear, y el dolo eventual (5).

El dolo eventual tiene en común con la culpa consciente que el autor se representa la realización del tipo como posible. Sin embargo,

(3) En este sentido, por todos: MIR PUIG, Santiago, *Adiciones de Derecho español a la obra de JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1981, tomo I, p. 429. También quienes entienden que el dolo (malo) requiere la conciencia de la antijuricidad de la acción consideran el problema del dolo eventual vinculado al elemento volitivo de aquél respecto de los elementos objetivos de los tipos penales. Cfr., por todos: COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*, vol. III, Valencia, 1982, pp. 164 y ss.

(4) Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan, *Notas de Derecho Español a la obra de MAURACH, Reinhart, Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, tomo I, p. 321.

(5) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 62.

el concepto de dolo eventual: requiere *algo más* que la representación de la posibilidad de la realización del tipo penal: cuando se actúa con dolo eventual, se afirma, se añade al actuar imprudente un dato que conlleva un *plus* de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo. En qué consiste este plus —que, en definitiva, va a permitir afirmar que la realización del tipo ha sido de algún modo *querida* por el autor— es algo que se discute en la teoría y en la práctica aunque no siempre con la claridad que la importancia del tema requeriría.

1. La *teoría de la probabilidad* (o de la representación) intenta delimitar el dolo eventual de la culpa con representación a través de un momento de carácter intelectual, afirmando que concurre en dolo eventual cuando el autor se representa la realización del tipo como (muy) probable —con un alto grado de posibilidades, y a pesar de ello actúa admitiendo o no su realización; habría culpa con representación cuando el autor se representa la realización del tipo con un grado de posibilidad lejano o remoto (6). A esta construcción se le han señalado varios inconvenientes teóricos. En primer lugar, que lo decisivo para afirmar el dolo eventual es que el autor haya tomado la decisión de realizar un hecho que implique la lesión de un bien jurídico, y la representación de la probabilidad de realización del tipo no es suficiente para acreditar esa decisión cuando el autor, aunque sea temerariamente y a pesar de la representación de la probabilidad, piensa que el resultado, de todos modos, no se producirá (7). En segundo término, se sostiene que resulta poco convincente el resultado a que conduce esta teoría cuando el autor produce el resultado que desea obtener con medios que hacen improbable alcanzarlo (v. gr., el mal tirador, a gran distancia y apuntando mal, de todos modos da en el blanco y mata a quien quería matar) (8).

2. La *teoría del asentimiento* (de la aprobación o del «consentimiento» —en la terminología de la doctrina española) intenta delimitar el dolo eventual de la culpa con representación a través de un momento de carácter volitivo afirmando el dolo eventual cuando el autor no sólo se representa la posibilidad de la realización del tipo sino que, además, asiente interiormente a su realización —aprueba el resultado o lo acepta aprobándolo. La prueba del asentimiento vendría dada por la «fórmula de Frank»: si lo que me parece probable fuera segura, no obstante actuaría (dolo eventual); si lo que me parece probable fuera seguro, no actuaría (culpa con represen-

(6) En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho Penal», Madrid, 1981, pp. 171 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, cit., pp. 101 y 102.

(7) Así: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General...*, cit., p. 60; BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., pp. 62 y 63; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 170.

(8) Así: BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 63.

tación) (9). También a esta construcción se le han señalado diversos inconvenientes teóricos. En primer lugar, que lo esencial para afirmar el dolo eventual es saber si el autor tomó o no una decisión contra el bien jurídico, y esta teoría responde por la actitud interna que tuvo el autor, y no por la decisión en sí misma (momento volitivo) (10). Efectivamente, para *querer* no es necesario «aprobar» y si lo que se juzga es si el autor aprobó o no el resultado, no se está indagando en su voluntad, sino en su actitud interna —terreno donde no es lícito entrar al Derecho penal (11). Por otra parte, la teoría del asentimiento lleva a afirmar el dolo eventual en supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía interiormente al resultado. Y al contrario, obliga a estimar sólo culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas con tal que el autor, pese a ser consciente de la gran peligrosidad de su acción, deseara que no se produjese el resultado: y estas consecuencias resultan contradictorias con la función de protección de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal (12). Además, la «fórmula de Frank» fracasó en los casos en los que el resultado perseguido y el eventual delito se excluyen mutuamente (v. gr., alguien apuesta con otro a que logrará alcanzar con un disparo el vaso que tiene una muchacha en la mano. Aunque el sujeto aceptara plenamente la posibilidad de errar el disparo, es claro que no lo deseaba y que de haber sabido seguro que el fallo se iba a producir hubiera perdido sentido la apuesta y no habría disparado). En otras palabras, el dolo eventual conlleva una típica situación de inseguridad que es incorrecto comparar con otras —completamente distintas— de seguridad (13).

3. *La teoría del sentimiento* —que desconozco tenga seguidores en la ciencia penal española— busca la diferencia entre el dolo y la imprudencia en un determinado grado de desconsideración y admite el dolo eventual cuando el autor haya sido «indiferente» a la realización del tipo. Contra ella se objeta que para delimitar el dolo de la imprudencia en el ámbito del injusto lo decisivo es, por el contrario, el resultado de la toma de posición: la graduación de dolo o imprudencia depende de la entidad de la decisión, no de la clase de sentimientos que experimente el autor.

4. La teoría que aparece en la actualidad como menos objetable teóricamente es la *mixta o ecléctica* que combina la conciencia de la

(9) Teoría dominante en España. Vid. las amplias referencias bibliográficas contenidas en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, p. 45, nota 37 y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General...*, cit., p. 59.

(10) Así: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho Penal*, cit., p. 169; BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 63.

(11) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 204.

(12) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 204.

(13) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 204.

peligrosidad de la acción con un momento voluntativo (14). Para esta teoría —cuyos resultados prácticos pueden diferir sustancialmente en algunos casos de los de las anteriores— concurre el dolo eventual cuando se actúa pese a haberse tomado seriamente en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico. Es decir, cuando *el autor cuenta seriamente con ella y se conforma con la misma*.

A) *Contar con la realización del tipo* supone tener conciencia de que concurre un peligro concreto de realización del mismo.

B) *Contar con la realización del tipo seriamente* significa que el autor toma en serio dicho peligro, esto es, que juzga el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado. De este modo:

a) Se consigue la referencia a la entidad y proximidad objetivas del peligro, necesaria para la presencia del dolo eventual.

b) El dolo eventual se muestra así como parte integrante del injusto de la acción en cuanto expresa la estimación del peligro para el objeto de la acción protegido.

C) *Conformarse con la misma* supone que el autor decide aceptar la probable realización del tipo y cargar con el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción, con tal de alcanzar el objetivo que persigue. De esta forma, frente a la ligereza que supone la culpa —donde el autor, pese a tomar en serio el peligro de su acción, actúa confiando antinormativamente en que el resultado, de todos modos, no se va a producir— el dolo eventual da idea de que el autor deja que las cosas sigan su curso (al azar) y se conforma con (está a) lo que resulte.

— II —

El panorama doctrinal español acerca del problema del dolo eventual no quedaría completo sin una referencia a la cuestión del *marco penal al que debe referirse la punición de los hechos cometidos a título doloso-eventual*. La doctrina dominante —dada la insuficiencia del marco penal de la culpa para abarcar el contenido de injusto de algo que va más allá de la culpa misma— considera que, ante el silencio de la ley, afirmada la existencia del dolo eventual, no cabe sino aplicar la pena del delito doloso, con todas sus consecuencias (15).

Esta postura, no obstante, ha sido discutida por sectores minoritarios de la ciencia penal española desde dos puntos de vista totalmente diferentes.

(14) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 205; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 171; BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 63.

(15) En este sentido, por todos: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, cit., p. 46; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General...*, cit., p. 60; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 170. También la Jurisprudencia, como veremos más adelante, es de esta misma opinión.

1. Un grupo de autores se inclina por la tesis de referir la punición del dolo eventual al marco penal de la culpa (imprudencia) (16). Para ello se argumentó en base a los artículos 1, párrafo 3, 8, números 8 y 50 C. p. —todos ellos derogados en la reforma del Código penal operada el 25 de junio de 1983—, incurriéndose en dos tipos de errores: uno valorativo y otro lógico.

A) Un error valorativo lo constituye, efectivamente, entender que, probada la concurrencia del dolo eventual —con todos sus requisitos y elementos— el contenido de injusto del hecho es equivalente al del mismo hecho cometido imprudentemente (17). Consciente en la actualidad de este mismo problema, Suárez Montes critica la línea jurisprudencial establecida en las STS de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 con relación al último párrafo del artículo 411 Código penal. Si de la expresión «al menos por culpa» contenida en el artículo 1, párrafo 2 Código penal se extrae —como lo hace el Tribunal Supremo— la consecuencia de que en los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante debe haber sido causado con dolo eventual (pues si hay dolo directo o culpa respecto del mismo se estaría ante un concurso de delitos entre el aborto —tipo base— y un homicidio doloso imprudente, respectivamente), nos encontraríamos con que un tipo —el cualificado por el resultado— concebido (aunque de forma político-criminalmente discutible) con una indudable finalidad agravatoria, quedaría convertido en un tipo privilegiado (18). Si del mencionado precepto se extrae, por el contrario, la consecuencia de que en los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante puede haber sido causado tanto por dolo eventual como por culpa, se vendría a sancionar en definitiva con las mismas penas el resultado causado dolosamente y el ocasionado por imprudencia. Por ello, respecto de la expresión «al menos» del párrafo 2 del artículo 1 Código penal (que no puede conducir nunca a la exclusión de la culpa sino, a lo más, a

(16) En este sentido: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho español* a MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3.ª ed. adicionada y puesta al día por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, Madrid, 1957, pp. 178 y ss.; FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Murcia, 1946, pp. 33 y 34; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español, Parte General*, 9.ª ed. revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1985, pp. 470 y 471.

(17) En este sentido, expresamente y con razón: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, cit., p. 46. Coincide en lo esencial: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 172.

(18) Cfr. con amplitud: SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *Aplicación del art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Estudios Penales y Criminológicos, IX», Santiago de Compostela, 1986, pp. 209 y ss. En esta misma línea se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo al analizar el tipo del art. 348 C. p. en Sentencias de 17 de noviembre de 1970 (J.C. núm. 1257) y 15 de diciembre de 1977 (J.C. núm. 1235) —sin duda en un intento de justificar las graves penas que el Código prevé para los delitos cualificados por el resultado. Cfr. de todos modos: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, cit., pp. 46 y 47, nota 46.

la inclusión del dolo junto a la culpa de forma valorativamente inaceptable) no cabe sino concluir con Quintero Olivares que se trata de un recurso lingüístico para subrayar reiterativamente (y de forma superflua) la necesidad de demostrar en la práctica la concurrencia de culpa en el resultado cualificante para aplicar los tipos cualificados por el resultado (19).

B) Un error lógico lo constituye, de otra parte, considerar que «el dolus eventualis es una especie de dolus y sólo en el marco de éste puede ser configurado» (20) y, acto seguido, atribuir a «las peculiaridades de la legislación española» (21) o a la «situación legal negativa del dolo eventual en nuestro Código, que no ofrece un concepto del mismo» (22), la necesidad de sancionar el dolo con las penas de la culpa. Como todo conocimiento es ya un acto de decisión, si del Derecho positivo se extrae una consecuencia valorativamente inaceptable, lo que sucede es que de todas las interpretaciones de las que es susceptible el Derecho positivo, se ha venido a elegir la que mayores reparos puede ofrecer.

2. Otro sector doctrinal opina que, como de todas formas el contenido de injusto del dolo eventual es menor que el de las otras clases de dolo, aunque una vez afirmado el dolo eventual deban imponerse las penas del delito doloso, éstas deberían atenuarse en base a la circunstancia prevista en el número 4 del artículo 9 del Código penal («la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo») (23).

Esta construcción olvida, sin duda, que el artículo 9, circunstancia 4, a nivel de voluntad del legislador, no está pensado para dar respuesta a la cuestión valorativa del menor contenido de injusto del dolo eventual frente al directo, y que la estructura de la preterintención (donde el mal causado va más allá del querido por el autor) no coincide con la del dolo eventual —donde el autor no ha de tener necesaria y primeramente la intención de causar un mal (v. gr., un conductor marcha a una velocidad muy superior a la permitida por una zona escolar en donde existen indicaciones de limitarla dado el

(19) Cfr. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 36 y 37. Sobre este mismo problema en Alemania, vid.: Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código Penal español de 1980*, Primera Parte, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1982, pp. 629 y ss.

(20) Expresamente en este sentido: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho español*, cit., p. 179.

(21) Así: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho Español...*, cit., pp. 179 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español*, cit., pp. 469 y ss.

(22) En este sentido: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho español*, cit., pp. 178 y 179.

(23) En este sentido: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, en *Adiciones y puesta al día de MEZGER*, Edmundo, cit., p. 183; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 215; MIR PUIG, Santiago, *Adiciones de Derecho español*, cit., p. 427.

peligro de atropello de niños. No quiere arrollar a nadie, pero sí mantener la velocidad. Pese a representarse seriamente el peligro de su acción, no reduce la velocidad y está a lo que resulte. Las lesiones o muerte del niño finalmente atropellado habrán sido causadas, en este caso, sin preterintención, a título de dolo eventual) (24).

Todo ello se corrobora por la desaparición de la atenuante de preterintencionalidad de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (PANCP) y la ausencia de una referencia expresa en la misma a la posibilidad de atenuar la pena para los hechos cometidos a título doloso-eventual. Efectivamente, en el Derecho vigente la atenuante de preterintencionalidad está pensada para los supuestos de preterintencionalidad homogénea (v. gr., lesiones y lesiones más graves de las queridas por el autor) (25). Pero tampoco a todos estos casos podría venir en aplicación la mencionada circunstancia atenuante, pues ello podría suponer una violación del artículo 15 de la Constitución. Supongamos que A, con antecedentes penales por un delito de lesiones, propina un puñetazo a B, quien cae golpeándose la cabeza y produciéndose una lesión cerebral que perturba gravemente sus facultades intelectuales y volitivas. Afirmada la intención de lesionar, la pena de A debería ir referida al número 1 del artículo 420 Código penal —si es que se sigue la construcción jurisprudencial dominante. La atenuante de preterintencionalidad haría posible que el Tribunal pudiera imponer la pena de prisión mayor en toda su extensión —pero *no* la inferior en uno o dos grados (art. 61, C. p.). El resultado sería que se imputaría a título doloso unas lesiones no abarcadas por el dolo del autor —como si el resultado en las lesiones no fue elemento del tipo objetivo de las mismas (paradigmática de esta decidida tendencia, que llega a nuestros días, a castigar la culpa con las penas del dolo puede serlo la STS de 27 de mayo de 1972 —J.C. núm. 861). Esto sólo puede evitarse recurriendo, para la solución de supuestos como el mencionado, a la normativa general del concurso de delitos —de la misma forma en que se solventan hoy los problemas de calificación derivados del denominado «homicidio preterintencional»— sancionando las lesiones que normalmente hubiera producido el autor a título de dolo y las lesiones efectivamente producidas de forma imprudente —si es que respecto de ellas logra probarse la concurrencia de todos los elementos de la culpa (26). Por lo demás, los inconvenientes que supondría aplicar la atenuante 4 del artículo 9 a los casos en los que el mal resultante haya tenido lugar dentro de un delito doloso no dis-

(24) El ejemplo está tomado de OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, cit., pp. 97 y 98.

(25) Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, *Adiós al homicidio preterintencional*, en Revista Jurídica Española «LA LEY», núm. 1.041, pp. 191 a 202. Sobre el tratamiento actual —vía concurso de delitos— del denominado «homicidio preterintencional» por nuestra Jurisprudencia, vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1986, pp. 31 y ss.

(26) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Adiciones de Derecho español*, cit., pp. 432 y 433.

tinto al propuesto (v. gr.; el autor quiso causar lesiones de las que normalmente se hubiera sanado en 32 días, pero produce lesiones que tardan en curar 89 días) hacen que dicha atenuante haya perdido en la actualidad toda posibilidad de aplicación *razonable* —lo que justifica plenamente, sin que el problema del dolo eventual sea un obstáculo para ello— su desaparición de la PANCP.

De otra parte, si con la apreciación de la atenuante 4 del artículo 9 (o eventualmente con la analógica del núm. 10 del mencionado precepto) lo que se pretende es rebajar en uno o dos grados la pena correspondiente al delito doloso (art. 61, regla 5) cuando el hecho se cometiere a título de dolo eventual, nos encontraríamos ante el mismo problema y obstáculo valorativo que hacía insostenible la tesis de referir la pena del dolo eventual a los preceptos que sancionan la imprudencia: tal atenuación de la pena carecería absolutamente de justificación (v. gr., la pena inferior a dos grados a la del homicidio doloso —que en principio podría corresponder al homicidio doloso eventual— es la de prisión menor. Exactamente la misma pena que prevé el artículo 565, 1 para el homicidio ocasionado por imprudencia temeraria). Si, por el contrario, con la apreciación de la circunstancia atenuante mencionada no se pretende rebajar para el delito doloso eventual el marco penal previsto para los hechos dolosos y sí sólo, con razón, hacer posible la imposición de la pena prevista para el delito doloso *pero* en sus grados mínimo o medio, entonces la construcción teórica expuesta perdería su razón de ser y utilidad ya que tal cosa sería posible, sin necesidad de recurrir a circunstancia atenuante alguna, haciendo uso el Tribunal del arbitrio que le confiere el artículo 61 del Código penal.

Ello supone reconocer, efectivamente, el menor contenido de injusto del dolo eventual frente a otras modalidades de dolo, aunque no se compartan ciertas argumentaciones tendentes a demostrar la corrección de la afirmación antedicha (27). «Decidirse por la realización del tipo» —frente a lo que sostiene Bustos Ramírez— creo que supone algo más que un mero elemento subjetivo del injusto sumado a la imprudencia: indica una forma de querer la realización del tipo que transforma a la imprudencia en *algo sustancialmente distinto* —a saber: en dolo. De otra parte, los datos comunes que unen al dolo eventual y a la culpa con representación no permiten afirmar que aquel participe de la naturaleza de ésta: *si la culpa desaparece, tampoco puede haber dolo directo*. Por último, la exigencia de garantía que comporta el principio de legalidad creo que puede satisfacerse —y sancionar al dolo eventual con las penas del dolo— sin necesidad de recurrir a la circunstancia 4 del artículo 9: se cuenta ya con las cláusulas generales de la imprudencia (arts. 565, 586, 3 y 600 C. p.) de tal forma que *todo lo que escape de ellas, o es fortuito (atípico), o se adecúa al tipo de un delito doloso*. Todo ello lleva a rechazar dogmáticamente, además, la tesis —de negativas consecuencias político-cri-

(27) Como la contenida en BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español*, cit., pp. 214 y 215.

minales en orden a la protección de los bienes jurídicos— según la cual sólo pueden sancionarse a título doloso eventual aquellos tipos susceptibles de comisión culposa.

— III —

Y hasta aquí la teoría. El problema radica ahora en saber si la clara diferenciación teórica entre el dolo eventual y la culpa con representación *puede ser llevada a la práctica con seriedad*, esto es, de forma racional y controlable, no de modo intuitivo o emocional. Debemos reconocer, de entrada, que las dificultades en este terreno son grandes.

Para la concurrencia del dolo eventual no sólo se precisa la conciencia del peligro para el bien jurídico. Es necesario, además, que el autor juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente *elevado*. Y aquí empiezan las dificultades: porque lo expuesto supone que el Juez ha de entrar a valorar si el autor, en el momento de la acción, juzgó el riesgo de realización del tipo como poco elevado o como muy elevado. La dificultad expuesta puede ser extrema cuando la probabilidad advertida por el autor ni es muy elevada ni es muy pequeña. Es imposible cuantificar los porcentajes de probabilidades, y aunque fuera posible, no existiría ninguna razón para elegir una cifra —el 20 por 100 o el 30 por 100— como frontera entre el dolo (eventual y la culpa consciente (28).

Para la concurrencia del dolo eventual resulta necesario, por otra parte, que el autor se conforme con la realización del tipo como consecuencia posible de su acción. Pero, que el autor cargue con la incertidumbre de la posible realización del tipo aceptando como posible la lesión del bien jurídico, es algo que no se puede deducir, sin más, de la realización de la acción por parte del autor. En cualquier caso, la afirmación del dolo eventual requeriría probar que de todas formas el autor no actuó en la confianza de la ausencia del resultado, ya que *hay culpa* consciente en aquellos casos en los que *el autor actuó confiando, de todos modos, en la no realización del tipo*. La investigación en este terreno deviene en altamente insegura ante la dificultad de constatar criterios (objetivos u objetivables) para solventar las dudas de la práctica.

Ante esta situación, procede puntualizar, en primer lugar, que la dificultad para determinar en los casos de la práctica si el autor ha actuado con dolo eventual o con culpa con representación es común a todas las «teorías» que intentan *explicar* la diferencia teórica entre ambos conceptos: ninguna de ellas ofrece dificultades probatorias sustancialmente mayores (o menores) a las de las restantes. En segundo término, no es ocioso recordar que los escollos probatorios apuntados no tienen entidad suficiente como para cuestionar la distinción misma entre el dolo eventual y la culpa —y proponer, v. gr., reservar las pe-

(28) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 205.

nas del dolo para sancionar los hechos cometidos con dolo directo y sancionar con las penas de la culpa los hechos cometidos en dolo eventual y por imprudencia. Esto es, la dificultad para determinar en la práctica los supuestos de dolo (eventual) frente a los de culpa no es mayor que la que puede ofrecer cualquier otro problema jurídico de análogas características (v. gr., determinar quién es autor por haber tenido el dominio del hecho y quién participe por no haberlo tenido; afirmar la existencia o inexistencia del error de prohibición y, en el primer caso, si fue vencible o invencible; o determinar, finalmente, ante unas lesiones, si han sido causadas con ánimo de matar o sólo con intención de lesionar). El peligro para la seguridad jurídica que supone en la práctica la tan mencionada diferenciación no define pues —no es característica exclusiva— del problema de la demarcación práctica entre el dolo eventual y la culpa con representación.

Pero también resulta decisivo en este contexto, y en tercer lugar, poner de manifiesto que desde su Sentencia 31/1981, de 28 de julio, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que si bien el juzgador dicta Sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y las manifestaciones del procesado (art. 741 L.E.Crim.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda considerarse de cargo, pues sólo la existencia de esa actividad probatoria de cargo puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el artículo 24, 2 de la Constitución. No basta, por tanto, con que se haya practicado prueba, e incluso, con que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos judiciales y la policía judicial hayan desplegado el máximo de celo en averiguar el delito e identificar a su autor: el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.

Ello no presenta especiales dificultades cuando las pruebas de cargo son directas por recaer inmediatamente —también por confesión del acusado— sobre los hechos relevantes para la condena del mismo, pero sí en los supuestos en los que la prueba es «indiciaria o circunstancial» —orientada a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito pero de los que se puede inferir éstos por medio de un razonamiento que vincule los hechos probados con los que se trata de probar (29). Pues bien: entiendo que *un problema absolutamente paralelo* al de la prueba por indicios es el de la prueba de los que, siendo definitivo para la calificación del hecho como dolo o imprudente, es *indiciario de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto con relación a los elementos ob-*

(29) Cfr. recientemente: STC, Sala Primera, Recurso de amparo número 558/1983, núm. 174/1985, de 17 de diciembre; Sala Primera, Recurso de amparo núm. 429/1984, núm. 175/1985, de 17 de diciembre («B.O.E.» de 15 de diciembre de 1985).

jetivos de los tipos penales. Por ello, para estos casos debe ser tenida en cuenta —*mutatis mutandi*— la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la prueba por indicios. Esta doctrina podría resumirse así:

«Cuando la prueba practicada es la indiciaria puede surgir el problema de si nos encontramos ante una verdadera prueba de este tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado, o si las conclusiones a que se pueda llegar por esa vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución. El Tribunal Constitucional debe enfrentarse en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si lo único que se ha producido es una actividad probatoria que, a pesar de su finalidad probatoria, no ha logrado más que arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado.

Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse *a través de un proceso mental razonado* y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En ese caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y *razonar por qué elige* la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá *aceptar o rechazar razonadamente*... En cualquier caso, el razonamiento del órgano judicial —puesto que según el artículo 120, 3 de la Constitución las Sentencias serán siempre motivadas— no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia» (30).

(30) Cfr. STC. 174 y 175, de 17 de diciembre de 1985, citadas en nota anterior.

Respecto del problema que nos ocupa, todo esto significaría, en particular, lo siguiente: para que no se viole el derecho a la presunción de inocencia (o a la responsabilidad criminal, en caso de duda, por el hecho que merezca la calificación menos grave —en nuestro caso, el delito imprudente de que se trate), el Tribunal debe probar, en primer término, los hechos (indicios) de los que posteriormente va a reducir una responsabilidad criminal a título doloso-eventual y, en segundo lugar, explicitar en la Sentencia el proceso razonado que justifica (con exclusión de la irracionalidad e introducción de factores de control) por qué los indicios (probados), más que arrojar sospechas o permitir conjeturas, constituyen prueba acerca de que el autor actuó con dolo eventual —y no con culpa con representación.

Así las cosas, pasa a un primer plano de interés el estudio de la jurisprudencia reciente donde ha sido tratado de forma directa el problema del dolo eventual, en un intento de explicitar los criterios que se han utilizado en la práctica para operar justificadamente la distinción entre la culpa y el dolo eventual. Del análisis de dicha jurisprudencia se deducen, de todos modos, tres cuestiones que merecen ser tenidas en cuenta a modo de consideraciones previas.

1. El Tribunal Supremo no suele apreciar el dolo eventual en materias socialmente adecuadas y sí, en cambio, el resultado previsible se deriva de una actividad ilícita (31). Esta postura carece totalmente de fundamentación dogmática ya que es falso «que la culpa surja de actos lícitos ejecutados negligentemente, mientras que de los resultados de los actos ilícitos deba responderse a título de dolo» (32). Pese a todo, esta línea jurisprudencial se ha concretado básicamente en dos formas:

A) No apreciando el dolo eventual —aunque se admita en teo-

(31) Como ha puesto de manifiesto CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente*, Memoria para la obtención del grado de Licenciatura, inédita —consultada por gentileza de la autora, Barcelona, 1984. «Sólo en dos casos se plantea este problema en supuestos de imprudencia en la construcción, industria o electricidad (un 12 por 100 del total de supuestos de delitos imprudentes) y en todos se aprecia imprudencia. En supuestos de conducción (un 82 por 100 de los casos) se plantea en ocho ocasiones el problema y en todos se califica como imprudencia, cuando en algunos de ellos, si siguiéramos la teoría de la probabilidad, serían supuestos de dolo, como en la STS de 29 de junio de 1979 (Aranzadi, núm. 2794), en la cual el conducto del vehículo se acerca al arcén para asustar a unos autostopistas —o aquellos otros de conducción con altísimo nivel de alcohol en sangre» (*ob. cit.*, p. 143). «Sólo en un supuesto de circulación se considera el delito doloso, pero en este caso el dolo se aprecia por haber discutido previamente el procesado con la víctima, por lo que como aquél viera a ésta cruzar la calle, lanzó el coche contra ella. No hay, pues, ejercicio de una actividad peligrosa, sino utilización del vehículo para producir un resultado (STS de 16 de noviembre de 1978, Aranzadi, núm. 3671)» (*ob. cit.*, p. 144).

(32) Como con lamentable técnica afirma la STS de 29 de marzo de 1968 —haciéndose eco de una línea jurisprudencial muy arraigada (exigencia del arranque lícito en la imprudencia) y hoy completamente superada—. Cfr. STS de 7 de febrero de 1985, por citar sólo una reciente.

ría la posibilidad de su concurrencia— en delitos relacionados con la circulación.

El procesado accedió con su vehículo a una plaza y procedió a cruzarla sin observar las debidas precauciones y sin preocuparse de comprobar si algún otro vehículo entraba en la plaza por su derecha. Los resultados ocasionados por la colisión fueron imputados por la Audiencia a título de imprudencia temeraria. El T. S. confirmó la Sentencia puntualizando que si el procesado hubiera continuado su maniobra pese a ver venir otros vehículos, «el hecho podría constituir un delito intencional». (STS de 8 de abril de 1984. J.C. núm. 656).

El procesado conducía un camión, y al llegar a un cruce de calles, estando en rojo el semáforo para continuar pero en luz intermitente ámbar la flecha para torcer a la derecha, como quisiera torcer en esa dirección lo hizo sin ceder el paso preferente a un tranvía que circulaba por la arteria principal y *al que había visto aproximarse*. El T. S. considera «incurso la conducta en la imprudencia temeraria, en su límite con el dolo eventual». (STS de 8 de mayo de 1967. J.C. núm. 518).

De noche, el procesado conducía por una carretera ancha, recta y de buena visibilidad a 100 Kms./h. y con luces largas, pero distraído y de tal modo desatento a su cometido que no vio que le precedía correctamente y con luces perfectamente visibles un ciclomotor, al que arrolló causando la muerte de sus dos ocupantes. El T. S. también estima en este caso «imprudencia temeraria rayana con el dolo eventual». (STS de 1 de abril de 1970. J.C. núm. 365).

Posiblemente en todos estos fallos subyace —aunque no se explicita— el criterio de que *el riesgo que haya corrido el propio autor* en el momento de realizar la acción puede *en ciertos casos* ser racionalmente indicativo de la culpa frente al dolo. Podría pensarse, en base al mismo, que los causantes de accidentes, en la generalidad de los casos, actúan confiando en que, pese a lo peligroso de su acción, de todas formas, la lesión del bien jurídico ajeno —y propio (!)— no se va a producir.

Quizá por ello ni siquiera se planteó la posibilidad del dolo eventual al calificar la conducta del procesado, que adelantó a un autocar en línea continua, sin prestar atención a la proximidad de una curva y con total dejadez ante los posibles vehículos que circularan en sentido contrario (balance del accidente: dos muertos). STS de 5 de octubre de 1973. J.C. núm. 1102).

Pero en otros casos sumamente discutibles en los que el procesado no llegó a correr ningún riesgo, ni el Tribunal de Instancia ni el Tribunal Supremo han apuntado la posibilidad de que el hecho pueda ser calificado como doloso (eventual).

X conducía un autobús detrás de un ciclomotor sin prestar la debida atención a la circulación, al manejo del mismo y a las distancias reglamentarias que deben guardarse entre los vehículos —y todo ello pese a llevar roto el freno de pie. El autobús llegó a golpear al ciclomotor hasta tres veces, derribándolo en la última y atropellando a su conductor, que resultó muerto. El conductor del autobús en ningún momento utilizó el freno de mano ni cambió a una marcha más corta para frenar el vehículo —pese a que hubiera podido hacerlo al circular a una velocidad moderada. El hecho fue calificado como homicidio por imprudencia temeraria. (STS de 25 de septiembre de 1967. J.C. núm. 936).

B) Justificando el tratamiento del homicidio preterintencional a través de la aplicación del artículo 407 Código penal en relación con la atenuante 4 del artículo 9 en base al razonamiento según el cual el homicidio doloso que sirve de base a la mencionada calificación ha sido causado realmente con dolo eventual.

J. L. se abalanzó por la espalda sobre X, cogiéndole con sus manos del cuello y presionándole tan fuertemente que le obligó a bajar la cabeza hasta la altura de las rodillas. X empezó a sufrir desde entonces dolores de cabeza y desvanecimientos. Nueve días después, T se encontró con X y como se produjera una discusión entre ambos, T propinó a X un violento golpe en la nuca que le hizo caer al suelo, reaccionando más tarde y siguiendo su camino. X falleció unos días después a consecuencia de un derrame cerebral. La Audiencia condenó a J. L. y a T. como autores de un delito de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad. El T. S. confirmó la Sentencia «ya que el dolo de propósito (sic.) contra las personas lleva implícito otro dolo eventual para posibles consecuencias más graves...». (STS de 8 de noviembre de 1962. J.C. núm. 1156).

A y B se enzarzaron en una pelea. Como rodaran y cayeran a un solar que estaba a 4 metros de desnivel, A falleció de resultas del golpe recibido en la cabeza. Calificada la conducta de B como constitutiva de un delito de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, el T. S. confirmó la Sentencia pues «en la conducta del procesado hubo dolo imperfecto, pero intencionado» (sic). (STS de 28 de enero de 1970. J.C. núm. 90).

El procesado, tras gastar bromas a la víctima en la taberna, le siguió a la salida y sin ánimo de causarle un quebranto personal grave le arrojó diversas piedras de tamaño inferior a su puño que le alcanzaron en el abdomen. El acentuado hábito asténico del ofendido y la falta total de tejido adiposo en su vientre dio lugar a que tales piedras produjeran dos perforaciones intestinales que determinaron su fallecimiento. Calificada la conducta en base al artículo 407 en relación con el artículo 9, 4 —todos ellos del Código penal— el Tribunal Supremo confirmó la Sentencia «porque quien ejecuta una acción sabiendo que pro-

bablemente producirá un daño corporal con ella y origina un mal de mayor gravedad que el representado y admitido, ha de responder de aquél por dolo: pues el que previó lo acogía su voluntad en cuanto fuera necesario para alcanzar el fin distinto propuesto». (STS de 2 de junio de 1970. J.C. núm. 872).

Este grupo de sentencias es acreedor de crítica en un doble sentido. En primer lugar *porque no puede establecerse una presunción* en el sentido de que la intención de lesionar lleve implícita el dolo eventual respecto del resultado de muerte derivado de la lesión: la muerte puede ser también imprudente o simplemente fortuita por su carácter imprevisible. En otras palabras: el dolo eventual debe probarse y difícilmente podrá haber prueba del mismo si en el relato fáctico —como ocurre en la STS de 24 de junio de 1970— se reconoce (aunque no sin contradicción) que la muerte de la víctima *no fue admitida* por el procesado. En segundo término, porque afirmada la existencia del dolo eventual respecto del resultado previsible, carece de justificación apreciar la circunstancia atenuante de preterintencionalidad —como, por lo demás, ha reconocido el mismo Tribunal Supremo en fallos posteriores.

El procesado, como vio que un grupo de personas pegaban carteles de signo político no compartido por él en la fachada de su casa, les arrojó desde el balcón primero y desde la terraza después varios cubos de agua. Ante la persistencia del grupo en su actividad, tomó un ladrillo de 1.350 gramos y lo arrojó desde su balcón contra el grupo, dándose cuenta de que si alcanzaba a alguien podría ocasionarle la muerte y aceptando y admitiendo dicha posibilidad letal —nunca directamente deseada. Condenado por homicidio doloso sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el T. S. rechazó en casación la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad ya que «afirmado el dolo eventual, la pena ha de ser la del delito doloso puesto que la ley equipara su penalidad pese a la menor perversidad del agente y menor riesgo social que el dolo eventual entraña». No entra en consideración la atenuante de preterintencionalidad —prosigue el T. S.— en cuanto está pensada «para casos de este tipo», ajenos al que es objeto del recurso. E. T. S., de todas formas, hizo uso de la facultad que le confiere, cara al indulto, el artículo 2 Código penal. (STS de 19 de diciembre de 1978. J.C. núm. 1099).

Los procesados (José y Fernando) observaron en la carretera a dos chicas haciendo auto-stop. Se ofrecieron a llevarlas en su coche con la finalidad de cohabitar con ellas utilizando los medios que fueran precisos. Durante el viaje los procesados exteriorizaron sus intenciones, a lo que las chicas se negaron, amenazando con tirarse en marcha del vehículo si no lo detenían. Primero se arrojó una chica, ocasionándose lesiones que determinaron su muerte días después. Entonces Fernando pidió a José

que detuviera el coche, cosa que éste no hizo, por lo que se arrojó la segunda chica, que no sufrió lesiones. José fue condenado por un delito de homicidio doloso-eventual sin concurrencia de circunstancias. El T. S. niega la aplicación de la de preterintencionalidad, «pues la total conducta del agente está transida de dolo» y la atenuante de preterintencionalidad, se afirma, está pensada para atenuar la pena de resultados más graves —culpables o fortuitos (sic.)— no abarcados por el dolo del agente. (STS de 3 de mayo de 1982. J.C. núm. 596).

Una mujer estaba enferma física y psíquicamente, anémica y altamente alcoholizada. Su marido, que no ofrecía a ésta ninguna colaboración, tampoco recabó auxilio médico; antes al contrario, le propinó terribles palizas en cinco fechas perfectamente determinadas. Tras la última, pese a dejarla ensangrentada, sin sentido y caída en el suelo, tampoco avisó a médico alguno —lo que sí hicieron los vecinos—. Pese a todo, la mujer falleció dos días después. Al parricidio doloso-eventual no se le aplica en este caso la atenuante de preterintencionalidad, «ya que en definitiva dicha circunstancia nunca podrá estimarse, pues el resultado estuvo tan cerca de la intención, incluso directa, del agente, que no es posible valorar positivamente la intensidad y eficacia sobre la acción culpable que caracterizan a esta atenuante. (STS de 24 de abril de 1984. Aranzadi, núm. 2372).

2. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que son revisables en casación:

A) Los juicios de valor a través de los cuales el Tribunal de Instancia deduce que el autor ha actuado con dolo eventual —expresamente admite esta posibilidad la STS de 19 de noviembre de 1978 (J.C. núm. 1099). Especial consideración merece en este sentido la STS de 3 de mayo de 1982 (J.C. núm. 596).

Los procesados montaron a dos chicas en su automóvil. Al proponerles tener relaciones sexuales, éstas amenazaron con tirarse del vehículo en marcha si su conductor no paraba. Como no lo hiciera, se arrojó una chica, que falleció. Posteriormente, pese a la petición del acompañante del conductor para que éste detuviera el vehículo, que fue desatendida, se arrojó la segunda, que no sufrió lesiones.

La Audiencia consideró a ambos procesados autores de un homicidio doloso eventual. El Tribunal Supremo casa la sentencia manteniendo intacto el pronunciamiento respecto del conductor —que pese a todo mantuvo indiferente la marcha—, aunque no así en los que hace a su acompañante, al que condena en base al artículo 407 en relación con el artículo 565, ambos del Código penal. «El juzgador —afirma el T. S.— ha de realizar una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción de que hubo dolo eventual: y de los hechos probados se deduce que el acompañante del con-

ductor creyó que la amenaza de las mujeres era tan sólo una bravata, y al convencerse de que no era así, pidió a aquél que detuviera el vehículo». Ello supone, se concluye, que en todo momento actuó confiando en la no producción del resultado que efectivamente se produjo.

B) La misma teoría seguida por el Tribunal de Instancia para diferenciar en el caso concreto al dolo eventual de la culpa con representación.

La procesada tenía una hija de quince días. Entre las seis de la mañana y las dos de la tarde le dio cinco biberones de leche en polvo en cantidad no determinada, y a las tres horas —aproximadamente, a las cinco de la tarde— otro biberón de 200 gramos, provocando conscientemente síntomas de asfixia en la niña; siéndole indiferente el posible resultado letal, a las 17,30 horas llamó al médico, quien se personó encontrando a la niña ya cadáver. Tras expulsar gran cantidad de agua por boca y nariz, los médicos que practicaron la autopsia encontraron un estómago dilatado y con agua en cantidad de 80 c.c. La niña falleció por asfixia a consecuencia de penetrar agua en su aparato respiratorio. (STS de 4 de julio de 1980. J.C. núm. 887).

La Audiencia condenó a la procesada como autora de un delito de parricidio doloso eventual —por serle indiferente el posible resultado letal de su hija. El T. S. anuló la Sentencia, pues «del siéndole indiferente el posible resultado letal» —que permitiría afirmar el dolo eventual con arreglo a la teoría del sentimiento— no se deducen los requisitos del dolo eventual. Este exige, según la STS que comentamos, «la aceptación o ratificación del evento representado como seguro (sic.) en la mente del autor» y ello es incompatible con el dato de que la madre llamara al médico al observar que la niña vomitaba agua.

3. En cuanto a los criterios teóricos para distinguir en la práctica los supuestos de dolo eventual y culpa con representación, el Tribunal Supremo ha rechazado las teorías de la probabilidad y del sentimiento para acoger, en términos de proporcionalidad muy próxima, las del asentimiento y la que aquí hemos denominado mixta o ecléctica.

A) Con relación a la teoría de la probabilidad ofrecen dudas las STS de 3 de enero de 1962 (J.C. núm. 6) y 5 de octubre de 1973 (J.C. núm. 1102).

El procesado, guarda jurado, se hallaba vigilando una finca con una carabina de 9 mm. Cuando pasaba por un lugar que ofrecía difícil visión respecto a quien huyendo se inclinase, observó que diversas personas habían entrado en la finca para robar residuos de corcho; éstas, al divisar al guardia, salieron corriendo

por una de las laderas de la cañada. El guarda, sin ánimo de herir ni de matar a nadie, sino con el de asustarles para que se detuvieran, hizo tres disparos, con tan absoluta falta de cuidado que no orientó la puntería de su arma de forma que tuviera absoluta seguridad de no causar mal en las personas, habida cuenta de la existencia de arbustos en la ladera por donde huían las personas antes mencionadas y la posibilidad de que tales arbustos ocultaran alguna otra. Por esta causa, el tercer disparo alcanzó a..., que no fue visto por el procesado. (STS de 3 de enero de 1962).

El procesado adelantó a un autocar pese a existir en la calzada una línea continua, sin prestar atención a la proximidad de una curva y con total dejadez ante los posibles vehículos que circularan en sentido contrario. Se produjo efectivamente una colisión con el balance de dos muertos. (STS de 5 de octubre de 1973).

En ambos fallos se estiman causados los resultados por imprudencia temeraria, pues el hecho «implica máxima temeridad rayana en el dolo eventual por la suma probabilidad del acaecimiento lesivo» (STS de 3 de enero de 1962) y «dado el alto grado de probabilidad de que ocurriera lo que efectivamente ocurrió» (STS de 5 de octubre de 1973). No queda claro, pues, si el Tribunal Supremo se inclina por la teoría de la probabilidad —con la que de todos modos sería *incongruente*— o por otra distinta —al estimar que el sumo o alto grado de probabilidad de realización del tipo no permite, sin más, afirmar el dolo eventual.

La teoría de la probabilidad sí parece seguirse con claridad en otras resoluciones de nuestro Tribunal Supremo:

El procesado tuvo relaciones sexuales con una mujer de quince años. Frente al alegato de la defensa en el sentido de que aquél no conocía la edad de la misma, se afirma el estupro doloso, «pues no hubo evidente desproporción entre la realidad cronológica y la apariencia física de la mujer, y el autor no retrocedió ante la posibilidad y la probabilidad de yacer con una menor de dieciséis años». (STS de 29 de marzo de 1965. J.C. núm. 551).

Conduciendo su coche, el procesado notó un fuerte golpe en la parte delantera del mismo que casi le hace perder la dirección. Los acompañantes le rogaron con insistencia que parase, a lo que no accedió, continuando muy nervioso su marcha unos kilómetros. Como posteriormente comprobara que en el guardabarros había abolladuras, pero no manchas de sangre, continuó su viaje. El T. S. consideró doloso el delito de omisión del deber de socorro, pues para ello es suficiente que por la forma, circunstancias y lugar, sea racionalmente presumible que con toda probabilidad se originó el quebranto personal. Y en el caso presente no es que el procesado no se enterara del mismo, sino que más bien se resistió obstinadamente a comprobarlo cuando estaba

en la fundada creencia de haberlo producido. (STS de 2 de diciembre de 1967. J.C. núm. 1430).

En otros casos absolutamente similares, el T. S. afirmó el dolo eventual respecto de delito de omisión del deber de socorro «por ser racionalmente previsible con toda probabilidad que se originó el quebranto personal» (STS de 30 de mayo de 1970. J.C. núm. 729) y «porque el procesado se representó como probable la realización del tipo». (STS de 28 de junio de 1971. J.C. núm. 962).

No obstante, la Jurisprudencia reciente ha adoptado una postura crítica respecto de la teoría de la probabilidad. Así ocurre en la STS de 4 de julio de 1980 (J.C. núm. 887), ya reproducida, y en la STS de 20 de abril de 1977 (J.C. núm. 555):

El procesado, que quería que su antigua novia volviera con él, discutió acaloradamente con la misma, advirtiéndole que de no hacerlo se matarían ambos. La discusión se llevó a cabo en el interior de un automóvil en marcha y adquirió tal acaloramiento que, en una recta, el procesado puso el coche a toda velocidad: como siguiera discutiendo, se desatendió de la conducción, perdiendo el control del vehículo y colisionando con otro que venía en sentido contrario. Falleció el conductor de este último vehículo y sufrieron lesiones graves tanto el procesado como su novia. El T. S. confirmó la Sentencia del Tribunal de Instancia apreciando homicidio y lesiones ocasionadas por imprudencia temeraria.

En ambos fallos el Tribunal Supremo adopta una postura crítica respecto de la teoría de la probabilidad, pues es «un criterio que bien se ve que ensancha los dominios de dicha especie dolosa a costa de su figura vecina, pues si el peligro es antesala obligada de la culpa y aquél no es otra cosa que la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado, ya se ve que basta la representación o previsión del resultado, sin indagación alguna sobre la posición de la voluntad del sujeto, para que surja el dolo eventual, siendo así que el dolo, en cualquiera de sus especies, es conciencia y voluntad del hecho punible; es decir, que para salvar el elemento emocional del dolo se supone la volición del resultado asumido por el sujeto ante la objetiva probabilidad de su producción....».

B) La teoría del sentimiento sólo conozco que se haya seguido en una ocasión:

El procesado fabricaba cola con productos volátiles tóxicos. Lo vendió a una empresa que lo utilizó, produciéndose dos muertos y diversos lesionados entre los operarios que respiraron el gas que desprendía el pegamento. Aplicado por la Audiencia el artículo 342 en relación con el 348 —ambos del Código penal— el T. S. anuló la Sentencia por estimar que el artículo 348 es

un claro supuesto de dolo eventual, por lo que si dichos resultados no están abarcados por el mismo, se deberá responder de ellos por imprudencia. Y estima la no concurrencia del dolo eventual en el caso concreto por «no existir en los procesados indiferencia absoluta ante el hecho de que el evento dañoso llegara a producirse». (STS de 17 de noviembre de 1970. J.C. número 1257).

No obstante, fallos posteriores —STS de 20 de abril de 1977, J.C. núm. 555 y STS de 4 de julio de 1980, J.C. núm. 887— la han rechazado, pues si bien «añade algo más al pensamiento de la pura representación, a saber, la pasividad, la indiferencia de los sentimientos del autor frente al resultado pensado por él como posible y aún probable; incluso tales sentimientos pueden ser de esperanza o agrado, pero la voluntad en sí misma permanece inerte, por lo que también en esta posición doctrinal, si bien ya se da entrada a la afectividad, no se compromete la total esfera psíquica del sujeto, no exige tampoco el imprescindible elemento volitivo del dolo».

C) La teoría del asentimiento parece haber sido recogida en la STS de 15 de febrero de 1986 (J.C. núm. 257):

X libró 27 letras de cambio en las que hizo figurar como aceptantes a conocidos suyos y a entidades comerciales de la comarca. Presentadas al banco para su despuesto, éste exigió de su hermano, Z, que firmara como avalista: Z firmó pese a constarle lo desproporcionado de los giros. X fue condenado por sendos delitos de falsedad y estafa; Z como autor de un delito de falsedad «por imprudencia temeraria rayana en el dolo eventual»: pues si bien es cierto que Z ignoraba la simulación que de las letras había hecho su hermano, debió pensar que así era por lo desproporcionado de los giros. Pese a todo el hecho no se calificó como doloso «por lo impremeditado que resultó para Z el hecho de estampar las firmas ante la llamada sorpresiva efectuada con tal fin por el Banco».

Con más claridad se sigue esta teoría en los siguientes fallos:

El procesado adelantó de forma imprudente, por lo que no divisó a un peatón que caminaba correctamente por la carretera al que atropelló dándose inmediatamente a la fuga. La Audiencia estimó cometidos los delitos de homicidio imprudente y omisión (dolosa) de socorro. El T. S. confirmó la Sentencia, pues para que haya dolo no es necesario un conocimiento perfecto y directo de lo ocurrido (dolo directo), sino que basta el eventual en el que el autor se representa como probable el hecho y, pese a todo, ratifica su voluntad de no socorrer. (STS de 28 de octubre de 1971. J.C. núm. 1270).

El procesado, que había comprado un coche a plazos, antes de terminar de pagarlo lo abandonó durante bastante tiempo dando lugar a que éste quedara desguazado y casi inservible. El

T. S. admite que hay daños dolosos por omisión. Se afirma el dolo eventual porque el autor se representó las consecuencias de su acción como más que probables y consintió en las mismas. (STS de 20 de abril de 1972. J.C. núm. 612).

El procesado golpeó y abofeteó fuertemente a una chica en la cabeza con los puños cerrados, haciéndola caer varias veces al suelo, donde continuó golpeándola. Posteriormente la introdujo en un coche y siguió golpeándola y zarandeándola fuertemente, arañándole la cara y arrancándole los pelos mientras le decía: «espábilate». Por dos veces paró el coche, bajo a la chica, dándole la primera vez un puñetazo que la dejó sin sentido y la segunda golpes en la cabeza que la hicieron caer al suelo. La chica falleció. Se estima el dolo eventual porque el procesado asintió a la realización de un resultado altamente probable con probada voluntad ratificadora del mismo. (STS de 18 de marzo de 1980. J.C. núm. 310).

La afirmación del dolo eventual por la «aceptación o ratificación del evento» o por el hecho de «consentir, aceptar y hacerse cargo del mismo» se llevó a cabo en las STS —ya citadas— de 4 de julio de 1980 (J.C. núm. 887) y de 3 de mayo de 1982 (J.C. núm. 596). No conozco que la teoría del asentimiento haya merecido ninguna referencia crítica por parte de nuestra Jurisprudencia.

D) Correctamente (combinando la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento estrictamente volitivo) la jurisprudencia se ha decantado en diversas ocasiones por la teoría que aquí hemos denominado mixta o ecléctica.

Con la finalidad de gastar una broma, el procesado acercó a la región anal de la víctima un tubo de aire comprimido, presionando contra la misma por algún tiempo. La víctima falleció. La Audiencia estimó cometido un homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad. El T. S. anuló la Sentencia estimando que los hechos constituyen un delito de homicidio imprudente —se niega la existencia de dolo eventual pues a la fácil previsión del resultado mortal no se acompañó una aceptación hipotética del resultado de muerte. (STS de 21 de noviembre de 1962. J.C. núm. 1229).

El procesado retiró de la administración de loterías determinados décimos de los que hizo más participaciones de las posibles, que vendió. También vendió los mismos décimos. El número salió premiado en el sorteo. La Audiencia estimó que los hechos constituyen un delito de apropiación indebida por el importe de los décimos, debiendo ser objeto de reparación civil el importe de los premios. El T. S. mantiene, por ser intrascendente respecto de la pena, la calificación de los hechos como constitutivos de una apropiación indebida —cuando en realidad integran una

estafa. Y considera que la apropiación indebida lo es por el importe de los décimos y los premios (ya que lo importante, afirma, es el perjuicio de la víctima, no el enriquecimiento del autor). En cualquier caso, el hecho se entiende cometido a título de dolo eventual ya que el autor se «representó intensamente la posibilidad del resultado y *asumió correr el riesgo* de causar el perjuicio que causó con tal de alcanzar la meta que se proponía». (STS de 28 de junio de 1967. J.C. núm. 837).

Se planea un robo en el que el autor lleva un arma con la idea de utilizarla si encuentra resistencia por parte de la víctima. Como ésta se resistiera, el reo le disparó produciéndole la muerte. Afirmado el robo con homicidio, de forma tangencial el T. S. afirma que el dolo eventual exige prever el resultado como probable «y *aceptar también como probable el desenlace*». (STS de 16 de junio de 1976. Aranzadi, núm. 3085).

El procesado arrojó desde un balcón un ladrillo de 1.350 gramos contra un grupo de personas sin desear de ningún modo directamente la muerte de alguna de ellas. El ladrillo alcanzó a X, que falleció. El T. S. afirma la existencia de un homicidio doloso eventual «pues el autor *aceptó la probabilidad* de producción del mal, *confiando al azar* que éste se produjera o no». (STS de 19 de diciembre de 1978. J.C. núm. 1099).

El procesado, tras revisar un vehículo, salió a probarlo en compañía de un amigo. Eligió un circuito para carreras de carts y lanzó el vehículo a gran velocidad por la estrecha, angosta y sinuosa pista plagada de curvas muy acentuadas (pensada para una clase de vehículos distinta al del utilizado). El coche volcó falleciendo el acompañante. Calificados los hechos por la Audiencia como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia temeraria, el T. S. confirmó la Sentencia por la total irreflexión y olvido de las más elementales normas de cuidado con que actuó el procesado —rozando los límites del dolo eventual, «ya que el reo, más que confiar en su propia destreza para evitar el resultado tan claramente perceptible, había de *encomendarse al puro azar*, mezquina y problemática barrera para evitar el daño que se presentaba como altamente probable». (STS de 20 de diciembre de 1978. J.C. núm. 1102).

Un mayor esfuerzo de congruencia, en mi opinión, dadas las conclusiones del Tribunal Supremo, debió conducir, si ello resultaba procesalmente posible, a estimar el dolo eventual.

E) Finalmente, no faltan fallos que, tras la exposición acrítica de algunas de las teorías que permiten diferenciar al dolo eventual de la culpa con representación, acogen todas ellas para justificar la calificación del hecho como doloso. La STS de 24 de abril de 1984 (Aranzadi, núm. 2372), ya citada, considera:

«... que el acusado... obró con *dolus eventualis*, representándose el eventual resultado como probable, aceptándolo, tolerándolo y admitiéndolo y, finalmente, siéndole indiferente que su mujer falleciera o no a consecuencia de los malos tratos infligidos de forma tan brutal».

— IV —

Aparte todas estas cuestiones, y retomando el hilo de la exposición, debe subrayarse que normalmente (33) la Jurisprudencia ha sido respetuosa con la exigencia de fundamentar la responsabilidad criminal a título doloso-eventual a través de un razonamiento en el que se adopten como puntos de partida unos hechos probados indiciarios de la concurrencia de tal modalidad de dolo.

«... el Tribunal ha de valorar todas las circunstancias concurrentes para poder deducir el dolo eventual de una forma *racional*». (STS de 30 de mayo de 1970. J.C. núm. 729).

«... la *diagnosis ex post* de todos los hechos y de todas las circunstancias concurrentes han de llevar a la conclusión de que el procesado aceptó la producción del resultado» (STS de 20 de abril de 1977. J.C. núm. 555).

«... el juez, en el caso concreto, ha de realizar una *finis y exhaustiva investigación* para llegar a la convicción de que el procesado actuó con dolo eventual». (STS de 3 de mayo de 1982. J.C. número 596).

«... se han de *analizar y valorar* los actos de naturaleza objetiva exteriorizados por el autor, atendiendo no sólo a los *medios* de ejecución, sino también a las *palabras, circunstancias* o hechos, *de toda índole*, que precedieron, acompañaron y subsiguieron a la dinámica comisiva rodeándola y aureándola». (STS de 24 de abril de 1984. Aranzadi, núm. 2372).

En consecuencia, no puede afirmarse el dolo eventual si falta la prueba de sus elementos —STS de 21 de noviembre de 1962, J.C. número 1229; si lo que ha sido objeto de prueba sólo arroja dudas acerca

(33) Se exceptúan aquellos supuestos en los que se «presume» el dolo eventual para poder imputar a título de dolo resultados más graves de los queridos por el autor —si éste, originariamente, tenía una intención «agresiva». Así, en supuestos de homicidio preterintencional (STS de 8 de noviembre de 1962, J.C. núm. 1156; 28 de enero de 1970, J.C. núm. 90, y 24 de junio de 1970, J.C. núm. 872) y de lesiones preterintencionales (STS de 2 de noviembre de 1978, J.C. núm. 875. Se refiere al jugador de fútbol que, como el árbitro concediera un gol dudoso al equipo local, se dirigió a éste y, tras protestar, le empujó sin intención de agredirle. El árbitro cayó de espaldas produciéndose lesiones que tardaron en curar 21 días. La Audiencia calificó los hechos como constitutivos de una falta del art. 586, 3 C. p. El T. S. casó la Sentencia y apreció un delito de lesiones dolosas).

de la intimidad psíquica del acusado (*in dubio pro reo*) —STS de 20 de abril de 1977, J.C. núm. 555, o si el razonamiento utilizado por el Tribunal *a quo* para afirmar la existencia del dolo eventual es incorrecto o defectuoso —STS de 3 de mayo de 1982, J.C. núm. 596.

No obstante, hay supuestos en los que es el mismo razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo para afirmar el dolo eventual el merecedor de crítica. Basar la concurrencia del dolo eventual en el dato de «no retroceder» el autor ante la posibilidad y la probabilidad de realizar el tipo penal (el procesado tuvo relaciones sexuales con una mujer de quince años cuya edad desconocía) (34) o afirmar «que si como expresa el conocido refrán castellano: *el movimiento se demuestra andando, el dolo eventual se demuestra actuando*» (muerte de una mujer a consecuencia de las cuatro agresiones de las que fue víctima por la misma persona en un corto espacio de tiempo) (35), supone olvidar que el hecho de que el autor cargue con la incertidumbre de la posible realización del tipo, es *algo que no se puede deducir sin más* de la realización de la acción por parte del mismo. Parafraseando el conocido refrán castellano (?) podría decirse que el actuar puede *mostrar* un dolo eventual, pero no *demonstrarlo*. Justamente en esta línea —y con razón— el propio Tribunal Supremo ha subordinado la existencia del dolo eventual a que el autor no actuara confiando en que, de todos modos, el resultado no se iba a producir. El «confiar en la propia destreza para la evitación del resultado» (36), o el «actuar confiando en que el resultado no se producirá» (37) son, frente al dolo eventual, características esenciales del actuar imprudente (culpa con representación).

De otra parte, el dato de que el autor haya hecho algo —*positivamente*— para evitar la realización del tipo que aparecía ante él como previsible, puede resultar de gran utilidad —sin revestir excesivas dificultades probatorias— para afirmar la culpa con representación frente al dolo eventual: indicativo de que el autor «no estaba a lo que resultase» puede ser, en efecto, que con sus actos intentase, de alguna forma, evitar que la realización del tipo quedase absolutamente al azar (38). Este criterio fue utilizado correctamente por la STS de 4 de julio de 1980 —J.C. núm. 887—. Se enjuiciaba a la madre que produjo la asfixia de su hija de quince días al darle una cantidad excesiva de biberones. La Sentencia de la Audiencia Provincial —que estimó parricidio doloso— fue casada por el Tribunal Supremo en base al dato de que la madre llamó al médico al observar que la niña vomitaba agua —lo que se consideró incompatible con la aceptación del resultado de muerte de la niña.

Pese a todo, el criterio expuesto, simplemente indicativo, no puede ser utilizado «a la inversa» para afirmar el dolo eventual allí donde

(34) STS de 29 de marzo de 1965, J.C. núm. 551.

(35) STS de 18 de marzo de 1980, J.C. núm. 310.

(36) STS de 20 de diciembre de 1978, J.C. núm. 1102.

(37) STS de 3 de mayo de 1982, J.C. núm. 596.

(38) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1974, p. 51.

—ante la posible realización del tipo— el autor «no haga nada por evitarla».

El procesado buscó habitación a otro —que fue condenado por un delito de estupro— para que pasara la noche con una mujer menor de quince años. Condenado aquél por un delito doloso del artículo 452 bis b), núm. 2, recurrió en casación alegando no haber visto a la mujer ni saber la edad que tenía. El T. S. estimó el recurso y llevó la calificación del terreno del dolo directo a la de la imprudencia sin plantearse siquiera el problema del dolo eventual —no fue obstáculo, acertadamente, para esta calificación el dato de que el procesado *no hiciera nada* para indagar acerca de la edad de la mujer. (STS de 28 de marzo de 1968. J.C. núm. 482).

El procesado facilitó habitación y cama a una pareja —la mujer tenía veintidós años— sin exigir documentación alguna acreditativa de edad o estado. La Audiencia consideró que los hechos constituían un delito doloso del artículo 452 bis d) del Código penal. La defensa recurrió en casación alegando desconocimiento de la edad de la mujer. El T. S. confirma en esta ocasión la Sentencia de Instancia «pues obligado es a quien se dedica a hospedajes, asegurarse comprobando la mayor edad de veintitrés años» a que se refiere el precepto. El no hacer nada por evitar su realización se alza aquí como argumento decisivo para afitar la responsabilidad dolosa. (STS de 22 de mayo de 1970. J.C. número 673).

Esta última forma de proceder no me parece correcta: el criterio anteriormente expuesto, como digo, no puede ser utilizado *por regla general* «a la inversa» ya que puede darse el caso de que el autor no haya hecho absolutamente nada para evitar la realización del tipo y, pese a todo, no se conforme con la misma, *estimando erróneamente innecesaria* la adopción de precauciones específicas.

Con relación a los escasos criterios que ofrece la práctica para operar la distinción a la que tantas veces me he referido, deben hacerse, para terminar, tres consideraciones:

1. El dolo eventual exige, como mínimo, que por la forma y circunstancias del hecho resulte racionalmente previsible —para el autor— la alta probabilidad de la realización del tipo (STS de 2 de diciembre de 1967. J.C. núm. 1430). Quiere ello decir que para afirmar el dolo eventual —de forma paralela a cómo se exige para fundamentar el actuar imprudente y sus diversas escalas de gravedad (39)— el dato de si el autor, en el momento de la acción, ha contado seriamente con la realización del tipo habrá de valorarse teniendo en cuenta sus conocimientos y capacidades.

(39) Cfr. con amplitud: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, vol. II, 1984, pp. 321 y ss.

Ante el hecho de producir la madre la muerte de su hija de corta edad por darle una cantidad excesiva de biberones, el T. S. consideró, frente a la opinión de la Audiencia, que se había cometido un parricidio imprudente. El dato decisivo para casar la Sentencia de la Audiencia —que estimó parricidio doloso— fue el de que la madre llamara al médico al notar síntomas de asfixia en su hija. Secundariamente, el T. S. tomó también en consideración el hecho de que la madre sufriera una oligofrenia que la hacía de nueve años de edad mental. (STS de 4 de julio de 1980. J. C. núm. 887).

2. Para actuar con dolo eventual se requiere, además, conformarse con la posible realización del tipo —aprobar o aceptar aprobando la misma (si es que se sigue, como a veces lo ha hecho el Tribunal Supremo, la teoría del consentimiento o asentimiento). En cualquier caso, faltará este requisito del dolo eventual cuando el autor, pese a la previsibilidad de la realización del tipo, no haya tenido ocasión, serenidad o tiempo material de adoptar reflexivamente una postura voluntativa con relación a la misma.

El procesado avaló unas letras de cambio simuladas por su hermano, pese a que debió pensar —dada la desproporcionalidad de los giros en relación al negocio de ambos— en la falsedad de las mismas. El T. S. deduce del hecho (falsedad) una responsabilidad a título imprudente dado que el avalista fue llamado por el Banco para que firmara de forma sorpresiva, lo que ocasionó que estampara su firma de forma impremeditada. De no haber sido así, concluye el Tribunal Supremo, se hubiera derivado una responsabilidad a título doloso-eventual. (STS de 15 de febrero de 1986. J.C. núm. 257).

3. Procede terminar con una consideración crítica en torno a la STS de 28 de octubre de 1983 (J.C. 1424), en la que se concreta un peligro denunciado en diversas ocasiones por la doctrina.

A y B proponen la venta de heroína a X. Este, a su vez, lo comunica a otras tres personas. Realizados los tratos, y como A y B se retiraran a dormir, surge en X y sus amigos la idea de apoderarse ilícitamente de la droga. Con este fin, deciden narcotizarlos con cloroformo. Consta que X tapó fuertemente la boca de B con algodones empapados en cloroformo. Hecho esto, se apoderó de la droga, ató a B de pies y manos a la cama y huyó del lugar. B resultó muerto por asfixia mecánica derivada de la obstrucción de las vías respiratorias.

El T. S. no duda de la existencia de dolo eventual en esa muerte. No tiene en cuenta al efectuar esta consideración el conocimiento que pueden tener los autores sobre la peligrosidad de su conducta, ni siquiera si pudieron prever el desenlace de sus actos. Fundamenta, por

el contrario, la calificación de homicidio doloso en el carácter y condición del autor, traficante de drogas movido por la intención de robar. En base a estos datos presume el dolo en el sentido de aprobar o aceptar el resultado de muerte. Esta forma de proceder, no debe olvidarse, significa un *juicio sobre la personalidad de los autores*, no sobre los hechos por ellos cometidos (40).

(40) Vid. ampliamente CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *En el límite entre dolo e imprudencia: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, septiembre-diciembre 1985, pp. 961 y ss.

La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*

Por M.^a LUISA MAQUEDA ABREU

Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad de Granada

I. INTRODUCCION

Resulta lamentable la necesidad de enfrentarse en nuestros días con la realidad de una práctica que la filosofía de la razón y del sentimiento, característica del Siglo de las Luces (1), parecía haber desterrado definitivamente del mundo civilizado.

Pero quizá lo ingenuo sea creer que la deslegitimación de una práctica, por lo demás ciertamente útil (2), podía servir para erradicar-

* Quiero agradecer a José Miguel Zugaldía Espinar y Guillermo Portilla Contreras, también profesores de Derecho penal de esta Universidad, la estrecha colaboración que me han prestado en la realización de este trabajo.

(1) Es usual atribuir a este siglo el mérito de haber censurado seriamente la práctica del tormento, estableciendo los fundamentos sobre los que habría de sustentarse su abolición definitiva como institución legal (vid. ampliamente esos fundamentos, así como numerosos datos relativos a su progresiva desaparición de los ordenamientos europeos, en FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, II, 1953, pp. 244 ss. También, LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, Universidad de Chicago, 1977, pp. 10 ss.). No debe olvidarse, sin embargo, que en épocas anteriores, en especial durante los siglos XVI y XVII, se habían manifestado ya actitudes de oposición a esta «bárbara costumbre» —como la calificaba VERRI— con argumentos que posteriormente serían utilizados en su mayoría por los pensadores ilustrados (cfr. especialmente, VERRI, *Observaciones sobre la tortura*. Trad. y prólogo de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977, p. 116; también FIORELLI, *Ob. cit.*, pp. 223 ss.), cuya originalidad radicó en haber orientado sus dotes críticas y reformistas no ya frente a la institución concreta de la tortura, sino más ampliamente sobre todo el sistema penal y procesal que le servía de sustento (En este sentido, Tomás y VALIENTE, *La tortura en España*, Barcelona, 1973, pp. 141 ss.).

(2) Sea como medio de averiguación de «la verdad», sea como instrumento de intimidación (TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 216) o de castigo (FIORELLI, *Ob. cit.*, I, p. 9). Esta afirmación no es incompatible, en todo caso, con aquella otra que relativizando la eficacia de la tortura en su pretendida función de descubrimiento de la verdad, la conceptúa más bien como medio destinado a obtener una confesión que, en la mayoría de los casos, no es sino la que espera oír el torturador. En este sentido se pronuncia SAVATER cuando afirma que «lo más terrible de la tortura, lo que la hace objetivamente inacabable, es que la verdad sea establecida por el verdugo. El inquisidor —señala el autor— es el dueño de la verdad y el amo también del dolor, tiene el poder y la ideología que condiciona la pregunta y

la, y es más realista pensar a cambio, que ese gesto simbólico no hizo sino marcar un hito más en la evolución de la tortura; evolución que, bajo el pretexto de salvaguardar la sensibilidad de los hombres (3) y adecuarse al avance del saber y de la razón, ha ido oscureciendo más y más su uso.

Fueron, en efecto, sensibilidad y razón las que hicieron olvidar los «juicios de Dios» y los sustituyeron, reglamentándolos, por «juicios de los hombres», e idénticos valores convertirían más tarde la prohibición de esos juicios, en sus formas más crueles y arbitrarias, en prescripción de silencio, en secreta tolerancia. Las palabras de Verri son ilustrativas de la superación de aquella primera etapa en el empleo de la tortura: «Disminuida con el tiempo la grosera ignorancia, advirtieron los pueblos lo irracional de tales formas de juzgar, y la del hierro, la del agua hirviendo y la del fuego, que herían la atención de la multitud porque se practicaban en público con solemnidad y precedidas de las más augustas ceremonias, debieron ceder y desaparecer a medida que progresó la razón; mientras que practicándose la tortura en lo recóndito de la cárcel sin otros testigos que el juez, los corchetes y el desgraciado que la sufre, no encontró obstáculo para perpetuarse...» (4).

la respuesta ... La víctima debe decir la verdad, pero no su verdad o la verdad ... sino la verdad del inquisidor». «El adversario absoluto», *Teoría y presencia de la tortura en España*, (obra conjunta), Barcelona, 1982, p. 20. En el mismo contexto cabe situar la opinión crítica de BECCARIA cuando afirma: «Las leyes te torturan porque eres reo, porque puedes ser reo, porque quiero que seas reo...», *De los delitos y de las penas*, Cap. XVI, trad. de Jordá Catalá, 1.ª ed., Barcelona, 1983, p. 86.

Pero es que el hecho de que la confesión obtenida sea falsa y pueda sobre ella pronunciarse una condena injusta, no le resta hoy como ayer utilidad a la práctica de la tortura. Antes, porque, como afirma TOMÁS Y VALIENTE, la condena de los reos representaba un mérito en la carrera de los jueces como prueba de su eficacia en la represión del crimen (*Ob. cit.*, p. 116); ahora, por idénticas razones, si bien referidas, por lo general a la policía y a la fase previa de investigación de los delitos. En todo caso, muestra inequívoca de su utilidad es, como se ha indicado, la persistencia en su uso (así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. P. E.*, Madrid, 1983, p. 714), y si bien es cierto que no puede dejar de valorarse el rechazo social que su práctica puede suscitar frente al actuar ilegítimo de los poderes públicos (RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal, P. E.*, Madrid, 1985, p. 77), no lo es menos que esa eventual reacción se obvia mediante el habitual silencio que rodea a su ejercicio.

(3) En este «discurso del corazón» al que se refiere FOUCAULT, los reformadores hablan en primera persona: «... el cuerpo, la imaginación, el sufrimiento, el corazón que respetar —como señala aquel autor— no son los del criminal, sino los de los hombres que, habiendo suscrito el pacto, tienen el derecho de ejercer contra él —sea éste ya condenado o todavía torturado— el poder de unirse. Los sufrimientos son los de los jueces o los espectadores...», *Vigilar y castigar*. Trad. de Garzón del Camino, 5.ª ed., Madrid, 1981, pp. 95 y 96.

(4) *Ob. cit.*, p. 108. La desaparición de las ordalías o «juicios de Dios» y el inicio en el empleo de la tortura como medio de prueba del Derecho Común se remonta a la Baja Edad Media, favorecido por el movimiento de intensificación del estudio del Derecho Romano y, bajo su influencia, por la creciente conciencia de la autoridad del Estado. Vid. en este sentido, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 213 y 214. Más ampliamente FIORELLI, *Ob. cit.*, pp. 68 ss.

A partir de ese momento, el espectáculo y la luz que habían acompañado a la historia del tormento serían proscritos y su ejecución progresivamente sometida a procedimiento. La tortura, concebida como mecanismo de producción de «la verdad» (5) pasa a ser, como ha señalado Foucault, un ejercicio reglamentado y calculado de sufrimientos (6). Una cualidad que los pensadores del siglo XVIII, en su creciente sensibilización frente a la barbarie, no sabrían valorar suficientemente, limitándose a condenar su empleo y deslegalizar su uso, quizá en la ingenua presunción de que «borrado el tormento de la ley quedaba extinguido de la vida real» (7).

Hoy, en efecto, ha desaparecido lo que de cálculo y transacción (8) había en la tortura, su reglamentación públicamente reconocida y aceptada, muchos de sus métodos demasiado burdos para ser mantenidos, pero no su práctica que, aun a costa de su consciente ocultamiento, de su pretendida ignorancia, permanece entre nosotros. Se ha consumado así una fase en la que lo cuidadosamente oscuro de su ejecución no era suficiente para prolongar su uso y necesitaba para pervivir negar su existencia misma.

Ello explica esa hipocresía que atribuye Fiorelli a la sociedad oficial moderna «que quiere hacer creer a sí misma que ha renunciado para siempre a la tortura» (9) o, en su caso, esa actitud no menos hipócrita de quienes, abrumados por la evidencia, se ven obligados a admitir su presencia si bien como hecho ocasional, obra de unos cuantos individuos aislados, agresivos y sádicos (10); actitud esta última que, a cambio

(5) Así se definía en la Partida 7, Ley I, Tít. XXX, como «manera de prueba, que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar e saber la verdad por él de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin provados por otra manera. E tiene muy gran pro para cumplir la justicia...», *Las Siete Partidas*, Madrid, 1844, p. 516.

Esta eufemística descripción de la tortura debe entenderse relativizada por las consideraciones realizadas *supra* en nota núm. 2.

(6) *Ob. cit.*, p. 42. «El tormento, afirma este autor, no es una manera de arrancar la verdad a toda costa; no es la tortura desencadenada de los interrogatorios modernos; es cruel, ciertamente, pero no salvaje. Es una práctica reglamentada que obedece a un procedimiento bien definido» (p. 46); que, de no observarse, podía atraer responsabilidad criminal para el juez (TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 131).

(7) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 160.

(8) En este sentido, FOUCAULT, *Ob. cit.*, p. 45.

(9) *Ob. cit.*, I, p. 4.

(10) Esta versión estereotipada de la tortura ha sido especialmente combatida en nuestros días por AMNISTÍA INTERNACIONAL. Con motivo del caso griego, este organismo había puesto de manifiesto, tras el relato de diversas aberraciones sexuales realizadas por los detenidos por parte de los oficiales de ESA, que «tales perversidades individuales no constituyen la causa de ningún sistema de tortura. Más bien, creado este sistema para sostener las necesidades políticas de quienes ocupan el poder, sus agentes ponen de manifiesto unas pautas de conducta que, en otras circunstancias, no tendrían ocasión de exhibir», *La tortura en Grecia. El Primer proceso por torturas en 1975*, 1.ª ed., Barcelona, 1978, p. 40. Parecidas consideraciones se encuentran en su *Informe*, Madrid, 1984, p. 4.

Si se comparten estas consideraciones precedentes no puede aceptarse como justificación la que recoge en nuestro país SERRANO GÓMEZ: «No se

de identificar tortura y psicopatología, obtiene la tranquilizante imagen de este fenómeno «como algo morboso que los ciudadanos normales no cometen (sino), sólo los de mentes perversas o desviadas», lo que permite localizar cómodamente su práctica «en un compartimento estanco que aparece ajeno a la bondad natural del sistema...» (11).

Lejos, pues, de esta mixtificación que, todo lo más, nos conduciría a inútiles divertimentos «criminológicos» carentes de valor teórico y práctico, se impone la tarea de situar el problema de la tortura en el contexto apropiado; y éste, como repetidamente se ha puesto de manifiesto por los estudiosos del tema, no es otro que el de la estrategia política, donde aquélla se configura como instrumento, a veces privilegiado, de salvaguarda de los que se califican como «altos» intereses del Estado (12). La propia historia del desenvolvimiento de esta institución, permite apreciar su desigual empleo en atención a las necesidades de fortalecimiento del poder y primordialmente en función de los delitos capaces de cuestionar los mecanismos y recursos últimos de ese mismo poder (13). De ahí, la eficacia que tradicionalmente han tenido en la justificación, más o menos encubierta, de esta execrable práctica; argumentaciones de corte idealista, tales como el de su pretendida necesidad para la defensa de «valores superiores» (14) que,

puede evitar, señala el autor, que algún interrogador pueda incurrir en alguna incorrección profesional o personal ... Pensar que esto no pueda ocurrir sería elevarlos a una condición de pureza angelical que no es de este mundo —y que nadie pretende, cabría añadir—. *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Madrid, 1976, pp. 133-134. *Vid.* también una interpretación «psicológica» peculiar del fenómeno de la tortura, poco consistente a mi entender, en RIVACOBIA Y RIVACOBIA en *Prólogo*, cit. a *Consideraciones de Verri*, p. XXXIX. Este autor describe muy claramente, sin embargo, el paso de la tortura «legal» a la tortura «encubierta» con consideraciones críticas frente a la falsedad e hipocresía actual que, sorprendentemente, terminan en un juicio positivo d alabanza al «progrso d la concincia moral de la humanidad» (?), p. XL-XLI.

(11) FABREGAS POVEDA, «Institución y tortura encubierta», *Contra la tortura* (obra conjunta), ed. a cargo de Corominas y Farré, Barcelona, 1978, pp. 269 y 270. «El torturador, como afirma este mismo autor, no puede desinsertarse del contexto político, del que no es más que un producto destilado» (p. 271). En parecidos términos se pronuncia COLODRÓN, en *Introducción* a esta obra, p. 15; y RALLO, «Psicología del torturador», en la misma obra, p. 95. *Vid.* también, *La tortura en Euskadi*, Ed. Revolución, Madrid, 1986, pp. 161 ss.

(12) En este sentido, aparte los ya citados en notas precedentes, FIORELLI, *Ob. cit.*, II, p. 225; TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.* pp. 162 y ss.; PERIS, *Juez, Estado y Derechos Humanos*, Valencia, 1976, p. 284.

(13) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 216 ss.

(14) Este argumento no tiene, en efecto, nada de nuevo. Ya se refería a él VERRI cuando afirmaba refiriéndose a los jueces, que éstos, en su mayor parte, «se habían habituado gradualmente a la tortura por un principio respetable, esto es, sacrificando el horror de los males de un hombre solo, tenido como delincuente, en vista del bien general de la sociedad entera creyéndola necesaria para la seguridad pública...», *Ob. cit.*, pp. 3 y 4. *Vid.* También FIORELLI, *Ob. cit.*, II, p. 225 y TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 142. No es de extrañar, por tanto, que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECri., en adelante), en su Exposición de Motivos, previniera ya frente a esos funcionarios que actúan «animados por un espíritu receloso

tarde o temprano, han terminado por identificarse falazmente con el bien de la sociedad en su conjunto (15). Y tan contundente y bien tramada se presenta esa argucia que, muy a menudo, hace perder de vista el profundo divorcio que existe, aún en los regímenes democráticos, entre Estado y sociedad, y hasta qué punto las constantes exigencias de reafirmación del primero —como aparato de poder que es, con su inmanente vocación a la dominación y al autoritarismo— entrañan un importante riesgo en las garantías de libertad y seguridad de la segunda. Tiene, pues, razón Tomás y Valiente cuando señala que el problema de la tortura es, en definitiva, «el del límite del poder político» (16).

Modernamente, las condiciones de excepcionalidad que se reclaman como imprescindibles en la lucha contra el terrorismo, han ofrecido un pretexto de extraordinaria utilidad para ir ensanchando, bajo la apariencia de legitimidad que acompaña a toda decisión «democrática», los contornos de aquel límite y resolviendo, sin reservas, el viejo dilema Estado-individuo, en favor del primero. Este y no otro es, en realidad, el motivo velado pero determinante de la «secretas» pervivencia de la tortura en los *viejos Estados de Derecho* de nuestros días (17).

y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan» para que, «en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado» (subrayado mfo). *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.^a ed., preparada por Moreno Catena, Madrid, 1985, pp. 29 y 30. Sobre la validez de esta justificación en la actualidad, vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe* (1984), cit., p. 9.

(15) Como cabe inferir de la nota precedente. Puede aquí trasladarse la crítica que dirige PASUKANIS a aquellas teorías que deducen sus principios de los intereses de la «sociedad en su conjunto» en el sentido de que no son sino «deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad». «La sociedad en su conjunto no existe —concluye el autor— sino en la imaginación de los juristas». *Teoría General del Derecho y Marxismo*, trad. de Zapatero, Barcelona, 1976, p. 149.

(16) *Ob. cit.*, p. 244.

(17) No es que se menosprecie como análisis el del fenómeno de la tortura en los regímenes dictatoriales donde aquella práctica se produce y se reproduce sin medida y sin disimulo, pero también sin legitimidad, ni interna ni, sobre todo, externa: sirvan como muestra exigua respecto de las experiencias recientes de Grecia y Argentina, las obras de *La tortura en Grecia*, cit. y *Nunca más*. Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, donde figuraba como presidente E. Sábato, Barcelona, 1985.

Si se destaca preferentemente en este trabajo la pervivencia de aquel mismo fenómeno de la tortura en los Estados formalmente reconocidos como democráticos es por lo caracterizado y digno de destacar y criticar que es su elaborado recato y la apariencia de legitimidad que logran conferir a todo aquello que realizan, por muy ilegítimo que ello sea.