

PROBANDO EL DOLO

José L. González Cussac
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valencia (España)

Seminario “Luigi Ferrajoli”. 2014 ITAM

I. FUNDAMENTOS

EL DOLO DESDE LA *CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN*

1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

La concepción *significativa de la acción* ha sido formulada por VIVES ANTÓN, siguiendo fundamentalmente el pensamiento de WITTGENSTEIN y en menor medida el de HABERMAS y otros autores. Pretende trazar una nueva perspectiva de clarificación de los conceptos y significados básicos del Derecho penal. Su propuesta de análisis, inequívocamente asentada en los principios del liberalismo político, descansa sobre dos conceptos esenciales: *acción* y *norma*, unidos en su construcción por la idea fundamental de “*la libertad de acción*”.

Los nuevos presupuestos de esta opción epistemológica son los siguientes: a) primado de la acción; b) primado del lenguaje; c) primado de la libertad.

Tras un repaso crítico de la filosofía de la acción, desde la concepción de la mente de DESCARTES hasta el *funcionalismo sociológico y psicológico*, parte VIVES ANTÓN de un examen de la *teoría de la acción comunicativa*. Cuestiona el entendimiento de la categoría de acción en el Derecho penal como consecuencia de la concepción *cartesiana*, según la cual la acción era entendida como un hecho compuesto de un hecho físico (movimiento corporal)

y de un hecho mental (la voluntad). Precisamente por la contribución de la mente era posible distinguir ontológicamente los hechos humanos de los hechos naturales y de los hechos de los animales. Pero el giro en la filosofía de la acción, del que aquí nos hacemos eco, comporta un abandono de concepciones ontológicas y un cambio en la concepción de la acción. Se renuncia a un concepto ontológico de acción, como algo que sucede, como si fuera un fenómeno físico, y para evaluar si existe una acción ya no se acude a parámetros psicofísicos, mediante el recurso a la experiencia (*nuestros sentidos son sólo hipótesis del mundo*).

La acción ha de entenderse de forma distinta, no como lo que las personas *hacen*, sino como el *significado de lo que hacen*, es decir, como el sentido de un sustrato. Todas las acciones no son meros acontecimientos, sino que tienen un sentido (significado), y por tanto no basta con describirlas, sino que es necesario entenderlas (interpretarlas). Frente a los hechos, que pueden explicarse conforme a leyes físicas, químicas, biológicas, o matemáticas, las acciones humanas han de ser interpretadas conforme a reglas o normas.

De acuerdo a estos presupuestos, tampoco existe un concepto universal y ontológico de acción. No existe un modelo matemático, ni una fórmula lógica, ni cualquier clase de teoría científica experimentada y verificada que nos permita ofrecer un concepto de acción humana válido para las diferentes clases de acciones que el ser humano puede emprender. Es más, para el Derecho penal las acciones no existen antes de las normas (reglas) que las definen. Hablamos de la acción de estafar porque existe una norma que defina la estafa. La acción, cada acción, posee un *significado* determinado conforme a ciertas prácticas sociales (reglas o normas) que identifican un comportamiento humano frente a otros.

Desde este planteamiento, el primer dato a considerar ante cualquier hecho humano es el de su pertenencia o no a un *tipo de acción*, que determina a su vez “la apariencia de acción”. Es el punto de partida para establecer si podemos decir que existe una acción, y en segundo lugar, decidir si estamos ante una acción de la clase de acciones definidas en la norma correspondiente (v.gr. matar, lesionar, violar, robar, estafar...). Al *tipo de acción* pertenecen todos los elementos (objetivos y subjetivos) de la acción que cumplan una función definitoria de la clase de acción de que se trate.

Como se acaba de exponer, el concepto de conducta ha sufrido recientemente un giro trascendental. Ya no se atribuye a la conducta un papel exclusivo en la teoría del delito, ni se le asigna el desempeño de varias funciones conceptuales; tampoco se pretende construir un concepto general, anterior (prejurídico) e inmutable de conducta (como, v.gr., los conceptos o teorías clásicas de la acción: causal, final y social de acción). Todos estos empeños hoy no se consideran válidos por la doctrina mayoritaria.

En esta línea, el primer paso que ha de darse estriba en considerar que la conducta es una condición decisiva, pero sin que nos interesen las conductas en general, ni se discuta si ha existido o no una conducta, sino que únicamente importa si la concreta conducta que en cada caso enjuicamos, se ha realizado con las características exigidas en la ley penal. Es estéril discutir acerca de un concepto general de conducta válido para todas las posibles formas de conducta, porque en realidad sólo nos interesa en cada caso si se ha actuado en la forma descrita en la norma penal.

Por todo ello, hoy el concepto de conducta se resume en la idea de *conducta típica* porque no es posible establecer un concepto general de conducta, sino tantos conceptos de conducta como clases de conductas relevantes (típicas) hay para el Derecho penal, según las diversas características con las que son descritas normativamente.

Así pues, desde este enfoque se renuncia a creer que existen acciones como si se tratara de objetos, y que su concepto pueda formularse en una idea previa, superior y común a las normas, y capaz de agrupar a toda clase de acciones, pues no existen acciones previas a las normas, de modo que no puede decirse que exista la acción de matar, si previamente no existe una norma que define lo que es matar.

En suma, la pregunta acerca de si ha existido o no una conducta humana ha de hacerse siempre en relación con un determinado tipo penal (homicidio, lesiones, falsedades, injurias, hurto). De forma que sólo si reúne todos los requisitos requeridos en la norma correspondiente tiene el *significado* jurídico al que llamamos delito de atentado, de desobediencia a la autoridad o de lesiones graves. Así pues, la concepción *significativa de la acción*, que constituye uno de los presupuestos fundamentales de esta orientación, expresa que los hechos humanos únicamente pueden comprenderse a través de las normas; esto es, que su significado existe sólo en virtud de normas, y no es previo a las mismas (por ello hablamos de *tipo de acción*).

2. ILICITUD (ANTI JURICIDAD FORMAL) Y DOLO

La acción —el tipo de acción concreto realizado y examinado— además de ser lesiva, ha de serlo de forma que contravenga la directiva de conducta contenida en la propia norma. Con otras palabras, la conducta lesiva tiene que además serlo porque realiza lo prohibido o porque no hace lo mandado por la norma. Y esta pretensión consta a su vez de dos grandes partes. En la primera se atiende a las instancias de imputación, examinando si en la acción relevante concurre el dolo o la imprudencia.

En su concepción tradicional la **antijuridicidad** expresa una relación de contradicción entre una determinada forma de realización de un tipo penal y la totalidad del Ordenamiento Jurídico. En otras palabras, antijuridicidad significa la contrariedad de un hecho típico con el Derecho en su conjunto. Es decir, que una conducta infringe el Derecho. En definitiva, la antijuridicidad es la violación del Derecho. Ahora bien, la antijuridicidad puede entenderse de diferentes formas. Importa aquí la distinción entre **antijuridicidad formal** y **antijuridicidad material**. Se entiende por *antijuridicidad formal* la mera infracción del deber o directiva de conducta contenido en la norma (antinormatividad). Mientras que por *antijuridicidad material* se entiende la contradicción de un hecho con el interés social protegido por la norma (lesividad, ofensividad, dañosidad).

Siguiendo este esquema, en las sistemáticas neoclásicas, dolo e imprudencia eran concebidas como **formas de culpabilidad**, es decir, formaban parte del juicio de reproche. Pero posteriormente, a consecuencia de la “*doctrina final*”, y de las sistemáticas *eclécticas* hoy dominantes, lo trasladan a lo que denominan “*tipo subjetivo*”.

En la propuesta de VIVES ANTÓN aquí seguida, la intención subjetiva (dolo o imprudencia) no integra el tipo de acción, porque no cumplen una función conceptual o definitoria de la clase de acción correspondiente. Y tampoco integra el juicio de reproche en qué consiste la culpabilidad, pues al concebirse la norma como directiva de conducta, constituye una forma de infracción de la misma, incardinándose en la categoría de ilicitud o infracción del deber (antijuridicidad formal como antinormatividad).

Recuérdese la diferenciación entre **intencionalidad objetiva** e **intencionalidad subjetiva**. La primera es inseparable de la misma noción de acción, pues nadie puede hacer algo intencionadamente en sentido objetivo, pues la intencionalidad objetiva no es un modo de actuar, sino el sentido de lo que se hace (así, en el ejemplo conocido, cuando levanto el brazo, casi nunca *intento* levantar el brazo). En cambio, la intencionalidad subjetiva expresa actitudes del sujeto hacia la norma y hacia las consecuencias de su acción. Es así posible distinguirse entre una *actitud de compromiso* con las consecuencias y resultados, así como con la infracción normativa (acción dolosa), y una actitud de menor compromiso pero que infringe el deber mínimo de diligencia y cuidado (actitud imprudente).

Dentro de la **pretensión de ilicitud** la intención que se examina es la *intención subjetiva*, referida a la atribución o imputación concreta de intención al sujeto que ha realizado la acción. No desempeña una función definitoria de la acción, sino que exclusivamente posibilita enjuiciar la conducta, permitiendo atribuirle o no un compromiso con la acción ofensiva realizada.

Para determinar si una acción concreta es o no intencional, debemos atender exclusivamente a si en la acción ejecutada se pone o no de manifiesto un **compromiso** de actuar del sujeto. La intención se comprueba con parámetros normativos, y no puede establecerse conforme a inverificables procesos mentales (como proceso psicológico), ni identificarse con los deseos o los propósitos del autor. Por tanto, para poder imputar una intención al autor de la acción, debemos acudir a las reglas sociales que identifican y reconocen las intenciones, y en segundo lugar a la relación entre el autor y la acción (significado de sus actos, competencias que posee, etc.).

La máxima latina *quod non est in actis non est in mundo* expresa bien esta idea.

Dolo e imprudencia son, en el modelo clásico de Derecho penal, las dos formas de imputar o atribuir el hecho antijurídico al sujeto, ya se conciben dentro de la culpabilidad o del tipo subjetivo. La diferencia esencial entre una y otra forma de atribución radica en que, mientras en la atribución *dolosa* el autor muestra un compromiso con la acción y el resultado (ha *querido* realizar el hecho injusto). En la atribución *imprudente*, el sujeto muestra una ausencia de compromiso con el resultado, pero también una ausencia de compromiso normativo exigido de evitar el resultado (falta de cuidado en la acción): no ha querido realizar el hecho, pero, sin embargo, se ha producido por su descuido y desatención e imprevisión, de modo que podía y debía haberlo evitado.

Debe distinguirse entre la intención, que fundamenta la atribución de responsabilidad penal, y el deseo o el propósito del autor, que son irrelevantes a efectos de articular la responsabilidad. Es indiferente el deseo o el propósito que persiguiera con la conducta, lo único que cuenta es la intención con que actuó, su *compromiso* con la acción realizada.

En resumen, no hay acción sin intencionalidad subjetiva, esto es, sin expresión de actitudes. Dolo e imprudencia son por tanto *actitudes* hacia determinadas consecuencias y también hacia la norma que las valora (objeto de protección).

En la actualidad el dolo se define, mayoritariamente, conforme a parámetros estrictamente normativos, alejándose cada vez más de inútiles intentos de concebirlo en términos psicológicos (nexo psicológico). La prueba del dolo en el proceso penal confirma esta nueva orientación, pues su concurrencia resulta imposible de demostrar a través de la prueba directa, en la medida que la conciencia, voluntad o intención de una persona no son perceptibles sensorialmente: el dolo no es un *objeto* que se halla en la mente del criminal y por tanto no queda grabado en el cerebro como el negativo de una fotografía. En consecuencia el dolo sólo puede determinarse mediante la *prueba indiciaria*, es decir, que necesariamente debe deducirse mediante un juicio de inferencia de la conducta exteriorizada.

El dolo tradicionalmente ha sido entendido como un proceso psicológico. Frente a ello se alzan nuevas concepciones de naturaleza normativa. Dentro de esta orientación, VIVES ANTÓN propone su entendimiento en términos estrictamente normativos, como *compromiso*. Así, para averiguar si existió una intención concreta, tendremos que examinar las reglas sociales y jurídicas que definen su acción (por ejemplo matar) y ponerlas en relación con las competencias del autor (las *técnicas* que domina). Sólo de esta forma podremos determinar lo que efectivamente *sabía, esto es, lo que podía ser capaz de entender* (o sea, si dominaba una técnica). Ha de tenerse en cuenta que el dolo no puede demostrarse entrando en la mente del autor y viendo su intención. Únicamente es posible juzgarle por sus manifestaciones externas y de éstas si podemos averiguar los conocimientos del autor, las técnicas que dominaba, lo que podía y no podía prever o calcular, y entonces ya podemos entender sus intenciones expresadas en la acción. El entendimiento normativo del dolo también se proyecta en el elemento volitivo, de modo que el querer del autor no se identifica con sus deseos, sino que reside en la acción misma. Si por tanto la voluntad se expresa en el mismo actuar del sujeto, ya no se puede explicar cómo proceso natural (psicológico), sino en términos normativos, como un *compromiso* con la acción, y en consecuencia con un compromiso con la lesión del bien jurídico protegido.

Insistiré más en esta propuesta de VIVES ANTÓN para su mejor comprensión. Comenzaremos exponiendo sus conclusiones al respecto, especialmente referidas al tradicionalmente denominado **elemento intelectual del dolo**. La primera de ellas es rechazar el entendimiento del dolo desde la idea de un **proceso mental** (el saber cómo proceso interno) y en consecuencia la reivindicación del carácter público del saber. La segunda, la dudosa corrección *gramatical* (lógica) de las preguntas acerca del dolo: “*Porque esas preguntas inquietan qué es el dolo o cómo se prueba el dolo, dando por sentado que el dolo es algo: si hay acciones dolosas y otras que no lo son debe haber algo que tengan en común*”. Por ello, no deja de ser confuso llamar *dolosas* a ciertas clases de acciones, porque con esta denominación ya estamos afirmando algo muy discutible: “*que las acciones, como tales, sean algo más allá de constituir el significado de lo único que hacemos, que es mover de uno u otro modo el cuerpo o dejarlo en reposo ¿cómo podría haber algo —el dolo— que tuvieran en común las acciones u omisiones que no son nada?*”.

Si se acepta como válida esta tesis, entonces las conclusiones para el Derecho penal sustantivo y procesal serían trascendentes:

- a) el dolo no podría conceptuarse como *algo*, esto es, como un objeto ni como cualquier especie de proceso interno o psicológico;
- b) el dolo tampoco estaría *fuera* de la acción, ni sería *algo* distinto de la acción

misma, de su significado;

c) consecuentemente, no se podría conocer la intención del autor sino a través de lo exteriorizado (carácter público del saber);

d) y en cuanto a su prueba, no cabría acudir a los indicios de *algo* distinto de la acción, sino que lo que habría de demostrarse es la acción misma y desde ella inferir la intencionalidad.

II. TEMARIO

1. Presupuestos (2 horas)
 - 1.1. Derecho penal y acción
 - 1.2. Derecho penal y Constitución
 - 1.3. Derecho penal y proceso penal
 - 1.4. Derecho fundamental a la presunción de inocencia: “*más allá de toda duda razonable*”
2. Concepciones materiales del dolo y su prueba (2 horas)
 - 2.1. la prueba de indicios y el dolo entendido como *algo* diferente a la acción
 - 2.2. la naturaleza no física del dolo impide su prueba
 - 2.3. *dolus in re ipsa*
3. Serie de casos (4 horas)
 - 3.1. Absolución o castigo: interpretación de la ley y dogmática
 - 3.2. Ánimo de matar y ánimo de lesionar
 - 3.3. Ánimo falsario: conocimiento de la verdad o temerario desprecio hacia la verdad
 - 3.4. Ánimo de lucro, ánimo de perjudicar (“en perjuicio”) y ánimo de defraudar
 - 3.5. Ánimo de descubrir y ánimo de ultrajar
 - 3.6. “Obrar por motivos racistas u otra clase de discriminación”.
 - 3.7. Especiales exigencias: “A sabiendas”; “con consciente desprecio”; “intencionadamente”.

Decía WITTGENSTEIN, lo interno es una ilusión, o sea, un simple “*telón pintado que se levanta delante del escenario del uso efectivo de la palabra*”.

BIBLIOGRAFÍA

(En negrita los trabajos de lectura obligatoria)

1. GONZÁLEZ CUSSAC, JL y MIRA BENAVENT, FJ : “*Argumentación y prueba en la determinación del dolo*”. En Revista de Derecho y Penal y Criminología (UNED), nº. 8, julio 2001, p.344-353
2. **GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: “*Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos*”. Libro en recuerdo al Prof. Dr. Luis F. Ruiz Antón, Valencia 2004 (Tirant Lo Blanch), pags. 459 a 488.**
3. **GONZÁLEZ CUSSAC, José L.: “*Dolus in re ipsa*”, en “*Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón)*”, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009, p. 817-838.**
4. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: “*Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª ed., 2011.
5. ORTS BERENGUER, Enrique, y, GONZÁLEZ CUSSAC, José L: “*Compendio de Derecho Penal (Parte general)*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª edición 2011.
6. ORTS BERENGUER, Enrique: “*Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción*”, “*Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón)*”, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.
7. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: “*Ciencia, libertad y Derecho Penal*”, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.
8. VIVES ANTÓN, Tomás S.: “*Fundamentos del sistema penal*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2ª ed. 2010.
9. WITTGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones Filosóficas*, Madrid, 1996.