

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

EN EL LIMITE ENTRE DOLO E IMPRUDENCIA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 28 de octubre de 1983)

(Ponente: Sr. Latour Brotons)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Universidad de Barcelona

DOLO EVENTUAL - CULPA CONSCIENTE

I. *Hechos*

Los cónyuges A y B, traficantes de heroína, proponen la venta de esta droga a un tercero X. Este, a su vez, lo comunica a tres individuos. De dos de ellos se desconoce el nombre. El otro, Y, es un heroinómano con profunda dependencia. Todos ellos realizan los tratos en el domicilio de X. Habiéndose retirado A y B a dormir, los cuatro individuos traman la posibilidad de apoderarse ilícitamente de la droga. Con este fin deciden narcotizarlos con cloroformo. Así, X tapa fuertemente la boca de B con algodones empapados en cloroformo, mientras los dos sujetos cuyo nombre se desconoce realizan la misma operación con el marido, A. Hecho esto, se apoderan de la droga y, antes de marcharse, atan al matrimonio de pies y manos en la cama. Para esta última operación recaban la ayuda de Y que se encuentra inyectado, en estado poco consciente. Una vez finalizado, abandonan a las víctimas, huyendo con la droga. Como consecuencia de las acciones relatadas, A y B mueren por asfixia mecánica derivada de la obstrucción de las vías respiratorias. Resulta probado que X tiene antecedentes psiquiátrico desde su juventud y es asiduo a la droga dura, con dependencia profunda de la heroína.

II. *Fundamento jurisprudencial de la calificación como homicidio doloso*

Haciendo exclusión de la problemática relativa a autoría y participación, y, en particular a la complicidad omisiva, que plantean estos hechos, el objeto del comentario es el análisis de la concurrencia o no de dolo en las distintas conductas enjuiciadas. A este respecto, la existencia de dolo directo de primer grado en relación con el robo de la heroína es una calificación sobre la que se da unanimidad doctrinal y jurisprudencial. En cambio, el problema se plantea a propósito de las muertes de A y B. Las conductas determinantes de estos resultados lesivos pueden entenderse, en principio, realizadas con dolo eventual. En el caso estudiado, el Tribunal Supremo afirma tajantemente la presencia de dolo eventual en ambos homicidios. A diferencia de lo sucedido en otras resoluciones, ello no deriva de la consideración del robo con homicidio como delito cualificado por el resultado. Esta apreciación se confirma por la mención que la sentencia hace de la Reforma Urgente LO 8/1983 de 25 de junio: «... al encuadrar el robo con homicidio doloso, tanto directo como eventual, en el núm. 1 del art. 501 CP y el culposo al ser desplazado al núm. 4 del mismo artículo, erradicando de una vez, y para siempre, el homicidio episódico y meramente fortuito...». Sin embargo, lo anterior parece tener el carácter de una mera declaración teórica. En efecto, a continuación, el Tribunal Supremo contradice su previa argumentación al señalar que: «... cuando se planea el robo violento, quienes han decidido robar, aceptan preordenadamente la consecuencia de matar, admitiendo así tanto el dolo directo como el eventual o la culpa...» (1). Con ello se excluye la posibilidad de homicidio fortuito. Es decir, se vuelve a consideraciones de contenido versarista. No es eso todo. Una segunda contradicción se produce cuando se afirma que la aceptación del resultado puede dar lugar a culpa. Con ello se niega expresamente la teoría del consentimiento (*infra* III, 1), que el TS sostiene, según la cual hay dolo eventual, y no culpa, desde el momento en que el autor acepta un resultado que le aparece como posible. Por último, al examinar los hechos para probar la existencia de dolo, el TS tiene en cuenta más los actos precedentes y la actitud interna de los sujetos, que la propia peligrosidad objetiva de la conducta y el conocimiento que los autores tenían sobre su virtualidad para predecir la muerte de las víctimas. Con ello, el TS se hace acreedor de las repetidas críticas de la doctrina a los juicios sobre la actitud interna: con ellos, se hace responsable al autor no por los hechos realizados, sino en base a su personalidad (2). Lo que en todo caso resulta evidente es que el TS no entra en el análisis del conocimiento del autor sobre la peligrosidad real de su conducta; en particular, no tiene en cuenta si ese conocimiento podría verse afectado por la situación de semiimputabilidad del autor.

(1) El TS alude a una larga y reiterada jurisprudencia que mantiene esta tesis: STS 15 enero 1981; STS 14 abril 1982; STS 22 junio 1982; STS 15 julio 1982; STS 22 octubre 1982; STS 28 octubre 1982; STS 17 noviembre 1982; STS 15 enero 1983; STS 25 febrero 1983; STS 20 mayo 1983; STS 27 junio 1983.

(2) ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlín 1930, pág. 193: se examina la culpabilidad por el carácter no por el hecho.

En el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Trad. Mir Puig-Muñoz Conde). Barcelona 1981, pág. 408: no se valora el hecho sino el autor.

GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho Penal», 2.ª ed., Madrid 1981, pág. 187.

III. Posición jurisprudencial

1.—El TS mantiene unánimemente una doctrina, para distinguir entre los hechos susceptibles de ser considerados como dolosos o imprudentes: la llamada teoría del consentimiento. En consecuencia, exige la aceptación, por parte del autor, del resultado lesivo producido, como requisito esencial de la apreciación de dolo eventual (3). En particular, la acogida es la teoría hipotética del consentimiento, de acuerdo con la primera fórmula de Frank (4). Según ella, la aceptación, por parte del autor, del resultado podrá darse de forma inicial y positiva o formularse por el juez en juicio de prognosis posterior. En este juicio «ex post» se obtiene la convicción de que el autor hubiera obrado de igual forma en caso de representarse el resultado como seguro (5). Parcialmente discrepante respecto a lo anterior se muestra la STS 3 mayo 1982 (A 2625), ponente Castro Pérez, en la que se considera que: «... la gran probabilidad del resultado sin que el agente desista nos prueba su consentimiento...» (6). Con ello se pone más el acento en el elemento intelectual.

2.—Lo anterior se sitúa, sin embargo, en el ámbito de las meras «declaraciones doctrinales» o de «principios», que luego el TS no emplea a la hora de resolver sobre el caso concreto. Para esto último se sirve de criterios de oportunidad o conveniencia, que tienen dos manifestaciones particulares. La primera de ellas se produce a propósito de la distinción entre conductas, en principio, socialmente aceptadas, y las que no lo son. A este respecto es posible constatar la existencia de una presunción de imprudencia en el primer subgrupo y de dolo en el segundo. Representativa en esta línea es la STS 12 noviembre 1976 (A 4702), ponente Castro Pérez, en la que un conductor, viendo que unos peatones cruzan la calzada, continúa la marcha sin parar ni frenar y sin embargo su conducta se califica como imprudente.

La segunda manifestación tiene lugar en el ámbito de los tipos que, según el propio TS, no admiten la comisión imprudente. En ellos se aprecian como dolo-

(3) En este sentido: STS 20 abril 1977 (A 1689); STS 19 diciembre 1978 (A 4229); STS 18 marzo 1980 (A 1160); STS 5 abril 1978 (A 1291).

(4) BOCKELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 1973, pág. 84; Kommentar Schröder 190, BGH 14, 256; la propone como fórmula de prueba de la existencia de dolo.

En el mismo sentido: HIPPEL, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, pág. 111: es la llamada teoría hipotética del consentimiento.

(5) En sentido crítico: CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 2.ª ed., tomo I, Madrid 1981, pág. 439; GIMBERNAT ORDEIG *Acerca del dolo*, pág. 187; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz*, pág. 193; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín 1983, pág. 224; JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 408.

A favor: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1949, pág. 200; BOCKELMANN, *Strafrecht*, pág. 87; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 18.ª ed., Barcelona 1980, pág. 444; DÍAZ PALOS, *Dolo penal*, «Nueva Enciclopedia Jurídica» (NEJ) Seix, pág. 96; HIPPEL, *Vorsatz* pág. 111; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, 2.ª ed., Buenos Aires 1963, pág. 585; MAURACH/ZIPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1, 5.ª ed., Heidelberg 1977, pág. 328; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, 6.ª ed., Madrid 1983, pág. 280.

(6) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*: III, 3.ª ed., Valencia 1982, pág. 167: ello se corresponde con la segunda fórmula de Frank de 1929, que pasará a ser el medio de prueba de la llamada Teoría positiva del consentimiento.

sas conductas que, con características análogas pero respecto a tipos en que cabe la comisión imprudente, se calificarán de culposas. Un ejemplo de ello lo proporciona la comparación entre el tratamiento de la violación y de los abusos deshonestos. En efecto, dado un error vencible sobre el elemento típico edad de la víctima, común a ambos, la calificación penal es diferente. En la violación, tipo respecto del cual el TS admite la comisión imprudente, tal error se estima constitutivo de violación por imprudencia (7). En cambio en los abusos deshonestos, tipo en el que para el TS no cabe la comisión imprudente por contener un elemento subjetivo del injusto, se niega relevancia al error apreciándose la presencia de dolo (8). Otro tanto sucede con respecto al delito de omisión del deber de socorro, tipo respecto del cual el TS tampoco admite la comisión imprudente (9).

3.—En resumen, cabe distinguir dos planos. En el teórico, el TS, que sitúa el dolo en la culpabilidad, pone especial énfasis en el elemento volitivo para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Esta tendencia se acentúa al no haber sido totalmente abandonada la concepción psicológica de la culpabilidad (10). La exigencia de querer el resultado es, pues, congruente con la ubicación y concepto de dolo jurisprudencial que mantiene connotaciones propias del llamado «dolos malus» (11). En la práctica, sin embargo, sigue la teoría de la probabilidad (infra IV, 2.3), en base a los conocimientos del autor sobre la posibilidad de producción del resultado, junto a los que hemos denominado criterios de oportunidad que restringen o amplían el campo del dolo. Estos son, como se ha visto, de dos clases:

a) Criterio de oportunidad «extensivo»: Se da en aquellos supuestos en que para el TS no cabe la comisión imprudente, y, en aquellos otros de conductas con significado antisocial, respecto a las cuales pasa a enjuiciarse la personalidad del autor (12). Así, en la sentencia objeto de este comentario no se prueba en ningún momento la voluntad de realización del resultado, sin que por ello se cuestione la existencia de dolo.

b) Criterio de oportunidad «restrictivo»: Se acoge en los supuestos de actividades peligrosas aceptadas, por su utilidad, como el tráfico rodado, la medicina, la

(7) STS 11 abril 1977 (A 1549).

(8) STS 30 mayo 1967 (A 2554).

(9) GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 171: Comenta una sentencia con referencia al dolo eventual en un delito de omisión del deber de socorro. El TS sigue en ella la teoría de la probabilidad, examinando el conocimiento del autor sobre las circunstancias del hecho. Con ello el TS adopta el que denominamos «criterio de oportunidad», para evitar la impunidad de la conducta que resultaría al no admitir el propio TS la posibilidad de comisión imprudente de este tipo penal.

(10) DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español (Parte General)*, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1972, pág. 147: El dolo como forma de culpabilidad ha de identificarse con el «dolos malus».

(11) ROSS, *Über den Vorsatz*, Baden Baden 1979, pág. 19: Considera la exigencia de querer el resultado como un residuo del concepto tradicional del dolo como «dolos malus».

(12) HAFT, *Die Lehre von bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs*, «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW), 88 (1976), págs. 365-392, pág. 382: Distingue dos supuestos, aquellos en que el autor realiza una actividad normal y generalmente aceptada, en los que se niega la conformidad con el resultado; y otros, en los que el autor realiza una actividad no aceptada socialmente, en los que se supone la conformidad con el resultado.

construcción, la industria, etc. (13). En estos casos se excluye previamente la calificación de los hechos como dolosos sin que, en sentido contrario, se entre a cuestionar la posible aceptación del resultado lesivo por parte del autor.

IV. Posiciones doctrinales

1.—Antes de pasar a describir las diferentes posturas doctrinales, importa poner de relieve la decisiva influencia que en los criterios de distinción de dolo e imprudencia tienen las concepciones mantenidas acerca del contenido de ambos conceptos (14). En este sentido, cabe advertir la existencia de aspectos sobre los que la doctrina se muestra pacífica y otros, en cambio, en torno a los cuales ésta mantiene posiciones encontradas.

1.1.—Dentro de los aspectos sobre los que existe unanimidad doctrinal, se halla la relación de las distintas clases de dolo posibles. Estas, como se saben son:

— Dolo directo de primer grado.—Requiere que el autor persiga la realización del resultado, así pues, en esta clase de dolo predomina el elemento volitivo (15). El sujeto quiere el resultado producido o que ha intentado realizar.

— Dolo directo de segundo grado.—Exige que el autor se represente el resultado como consecuencia necesaria o inevitable de su actividad (16). En esta clase de dolo, pues, no se exige la voluntad dirigida al resultado y, sin embargo, nadie discute el carácter doloso de los hechos cometidos (17).

— Dolo eventual.—Como tercera clase de dolo no se discute, pero las divergencias surgen a la hora de determinar su concepto o mejor el contenido de éste e incluso respecto de su punición (infra IV, 3.2). Ello es debido a que el dolo eventual constituye el concepto básico de dolo, mientras que en los otros dos se trataría de «dolos cualificados». En consecuencia, el problema no consiste en encontrar una frontera entre dolo e imprudencia sino, más bien, en lograr un concepto de ambos que sea satisfactorio.

1.2.—La distinción entre dolo e imprudencia se centra siempre en la delimitación de los conceptos de dolo eventual y culpa consciente. Ambos tienen en común, en efecto, el conocimiento por parte del autor del peligro que entraña la

(13) Demostrativo de lo anterior resulta la STS 12 noviembre 1976 (A 4702).

(14) JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 221: Propone la regulación de un concepto legal de dolo para facilitar la distinción entre dolo e imprudencia.

(15) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 200: «... este dolo es el que en Alemania se denomina «Absicht» (intención), palabra que expresa perfectamente la característica de esta clase de dolo...»; JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 402: «... el autor persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo...»; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona 1984, pág. 202: «... el autor persigue la realización del delito...».

(16) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 201: «... el resultado está necesariamente unido a la actividad...»; JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 403: En Alemania se le denomina dolo directo y es aquél en el que el autor prevé como segura la realización del resultado típico; MIR PUIG, *Derecho Penal*, pág. 202: Al autor se le presenta como consecuencia necesaria (o prácticamente necesaria) la comisión del delito.

(17) GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 191: El no requerir voluntad, en sentido estricto, respecto al resultado en el dolo directo de segundo grado, elimina la principal objeción a la teoría de la probabilidad.

conducta y de la posibilidad de producción del resultado lesivo. Sin embargo, este último aspecto, al que también se extiende el acuerdo doctrinal, es el origen de las posteriores divergencias. Tales discrepancias se centran, esencialmente, en el contenido del dolo eventual, es decir, en qué elementos han de concurrir necesariamente para poder calificar unos hechos como dolosos. Ello resulta, indudablemente, de difícil determinación, como se demuestra, fehacientemente, por la falta de acuerdo doctrinal.

1.3. En la clasificación de las distintas posturas doctrinales es usual una bipartición. Las opciones particulares se encuadran bien en la teoría del consentimiento, o bien en la teoría de la probabilidad (18). En la primera lo relevante es el aspecto volitivo del dolo y en la segunda el intelectual (19). Por algunos autores se ha añadido, no obstante, un tercer grupo que se conoce como teoría del sentimiento o de la indiferencia. Descrito de esta manera el panorama doctrinal, no cabe considerar a ninguna de estas doctrinas, en sentido estricto, como dominante. Ello se debe en parte a la proliferación de una serie de posturas que habría que calificar como eclécticas. En ellas se parte de la probabilidad, pero sin eliminar la exigencia de un elemento volitivo en relación con el resultado (20).

2.—Sentadas las anteriores afirmaciones generales conviene proceder a analizar con cierto detalle el estado actual de la doctrina. En dicho análisis se seguirá el esquema ya anunciado.

2.1. *Teoría del consentimiento.*—En ella se incluyen todas las posiciones que otorgan un papel preponderante al elemento volitivo. Para estos autores, pues, el querer es lo esencial para la existencia de dolo (21). Dicho querer aparece representado en el dolo eventual por la aprobación, aceptación o ratificación del resultado (22). Pero en todo caso concurre el requerido aspecto volitivo «en relación con el resultado». A propósito de esto, conviene realizar alguna observación. En efecto, la exigencia de un momento volitivo respecto al resultado lesivo en el dolo eventual, convierte a éste en una subespecie de dolo directo de primer

(18) En este sentido: BAUMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Berlín 1977, pág. 377; COBO/VIVES, *Derecho Penal*, pág. 167; GIMBERNAT ORDEIG, *Acercas del dolo*, pág. 177; MIR PUIG, *Derecho Penal*, pág. 203; MAURACH, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München 1971, pág. 261.

(19) En sentido crítico: ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pág. 694-730. «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 80 (1968), pág. 703; por considerar que estas clasificaciones no reflejan el verdadero sentido del problema. Propone una división de las teorías acerca de la frontera entre dolo eventual y la culpa consciente en dos grupos: 1.—Plantea la pregunta: ¿Cómo valora el autor la posibilidad del resultado?, las respuestas serán de dos tipos: lo tiene por probable, por posible, por improbable... 2.—Plantea la pregunta: ¿Cómo siente el autor la producción del resultado?, y las respuestas: él la aprueba, está de acuerdo, le es indiferente, no la desea.

(20) JESCHKECK, *Derecho Penal*, pág. 407. Establece una división tripartita de las distintas teorías, en sentido crítico respecto de las tres; defiende una cuarta posición que él considera dominante y que se encuentra muy cerca de la teoría positiva del consentimiento (utiliza como método de prueba del dolo la segunda fórmula de Frank).

(21) CÓRDOBA RODA, traducción del *Tratado de Derecho Penal de Maurach*, Barcelona 1962, pág. 319, nota 34: Considera el elemento volitivo como momento emocional «el dolo como dirección de la voluntad».

(22) Exigiendo la aceptación del resultado: CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, pág. 444; DÍAZ PALOS, *El dolo penal*, pág. 97; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal* pág. 280.

grado. Paradójicamente nada de esto sucede con el dolo directo de segundo grado. Para éste, lejos de exigir un querer, se estima suficiente que el autor haya conocido la producción del resultado como inevitable (23). Esto supone una contradicción, pues una variación *cuantitativa* —la mayor probabilidad de producción del resultado característica del dolo directo de segundo grado— no puede significar una transformación *cualitativa* de los elementos del concepto de dolo.

La teoría expuesta se conoce también como «teoría hipotética del consentimiento». En ella se utiliza, como medio de prueba del consentimiento, la primera fórmula de Frank. Este es, además, el sistema tradicionalmente seguido por el TS (supra III, 1). Sin embargo, otros autores se sirven de la segunda fórmula de Frank (24), para probar la existencia de dolo eventual. Con todo, existen discrepancias sobre la real naturaleza de esta última. Ello, hasta el punto de que hay autores (25) que, negando expresamente ser partidarios de la teoría del consentimiento, la utilizan (infra IV, 2.4). Todavía alguna matización más. En ocasiones, autores que estimamos seguidores de la teoría del consentimiento, por exigir el elemento volitivo para la existencia de dolo eventual, parten del conocimiento del sujeto sobre la probabilidad de producción del resultado para apreciar su existencia. De este modo, si, pese a advertir el peligro de producción del resultado, el sujeto no hace nada por evitarlo, se presumirá que lo quería (26), (27). En consecuencia, lo que se exige es un querer meramente presunto que debería estimarse ineficaz en el ámbito penal. Algo, en cierta manera similar sucede con la sentencia que examinamos. En efecto, el TS no duda en apreciar que unas personas que se dedican al tráfico de drogas y que planean su robo, aceptan cualquier otro tipo de resultado lesivo que pueda producirse. Se presume, así, la existencia de una voluntad criminal general.

2.2 *Teoría del sentimiento*.—En ella se atiende a la actitud interna del sujeto frente a la probable producción del resultado lesivo. A tal fin, juzga la situación emocional del sujeto, y se afirma que la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante implica dolo (28). La mencionada

(23) JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 408: La teoría del consentimiento convierte el dolo eventual en un dolo directo hipotético.

(24) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.ª ed., 1931, pág. 190: «Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa».

(25) CEREZO MIR, *Curso*, pág. 439; COBO/VIVES, *Derecho penal*, pág. 167; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 178: Incluyen tanto la teoría hipotética del consentimiento, como la teoría positiva del consentimiento en la teoría del consentimiento. Este tratamiento es válido si se dividen las diversas teorías en dos grupos. Con la clasificación aquí propuesta es preferible incluir la segunda fórmula de Frank en el apartado 2.4, Corrección de la teoría de la probabilidad. Con criterio similar: JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 406: Incluye la primera fórmula de Frank en la teoría del consentimiento rechazándola; en tanto que estima válida la segunda para la postura que él defiende.

(26) La fórmula de Armin Kaufmann: «exclusión del dolo a través de la objetiva manifestación de la voluntad de evitación» sería otra forma de presunción del querer.

(27) QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona 1981, pág. 125: «... el dolo eventual como querer meramente presunto», exige para la apreciación del dolo este querer presunto, que sería el elemento que diferencie el dolo y la imprudencia.

(28) JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 224: engloba la teoría del sentimiento o la indiferencia dentro de las teorías que aquí situamos en el apartado 2.4.

indiferencia se considera una característica negativa de la voluntad, es decir, un aspecto del elemento volitivo (29). Con ello se rebasa incluso el ámbito del querer, que tiene una interpretación más neutra respecto del estado anímico del autor; se puede querer un resultado aun cuando éste nos desagrade (30).

2.2.—*Teoría de la probabilidad.*—Es característico de esta doctrina partir del elemento intelectual, el conocimiento. Junto a ello, se niega la necesidad de querer el resultado como requisito esencial del dolo (31). De acuerdo con ello, lo decisivo para estimar unos hechos como dolosos, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Los iniciadores de esta teoría afirman la existencia de dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y culpa consciente cuando sólo la cree posible (32). Sin embargo, esta formulación estricta de la teoría de la probabilidad es muy imprecisa en la práctica, ya que en la mayor parte de los supuestos en que se plantea el problema, no puede el autor «ex ante», conocer si un resultado se presenta como posible o como probable. Así ocurre en la sentencia examinada, puesto que al no ser la utilización de algodones empapados en cloroformo un medio usual para causar la muerte, no podrá probarse si el resultado fue aprehendido por los autores como probable o tan sólo como posible (33).

La exposición anterior refiere lo que se denomina teoría estricta de la probabilidad. Sobre ella, no obstante, pueden efectuarse ciertas precisiones. Así, la distinción según probabilidad o posibilidad, puede resultar más satisfactoria si,

(29) ENGISCH, *Untersuchungen*, pág. 223: «... la indiferencia como característica de la voluntad». Pero a continuación considera como correcto la combinación de la teoría de la representación y la teoría del sentimiento, en pág. 234.

(30) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, pág. 129: «situación pasiva de los sentimientos del autor frente al resultado».

(31) HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, New York 1976, pág. 12: Afirma que el querer en el dolo no tiene ningún significado; en el mismo sentido: KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, págs. 1-35, «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW) 96 (1984), pág. 22: el querer no tiene ninguna función ni en el dolo directo (en España de segundo grado), ni en el dolo eventual; se tratará por tanto del elemento que caracteriza el «Absicht» (dolo directo de primer grado).

(32) En este sentido: GROSSMANN, *Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1924; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, pág. 16; GRÜNWALD, *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts*, *Festschrift für Mayer*, Berlín 1965, pág. 281-303, pág. 288; H. MAYER, *Studienbücher Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín 1967, pág. 121: «... más que una mera posibilidad y menos que una prevalente realidad...»; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, pág. 618; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, «Juristische Arbeitsblätter» (JA), 1975, págs. 435-792, pág. 789; SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, *Festschrift für Sauer*, 1949, págs. 207-286, pág. 243: «... habrá imprudencia cuando el autor descarta un desenlace desgraciado»; STRATENWERTH, *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit* «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW) 71, 1959, página 51, página 56.

(33) SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und «bewusste Fahrlässigkeit»)*, «Juristische Schulung» (JuS), 1980, págs. 241-252, pág. 249: lo básico es el conocimiento que el autor tenga de la peligrosidad de la conducta. Distingue entre conocimiento de un peligro concreto y de un peligro abstracto: si existe conocimiento concreto de lesión del bien jurídico, concurrirá dolo; por el contrario, estaremos ante un hecho imprudente cuando se conoce el peligro abstracto que supone una determinada conducta.

además, se exige un momento de decisión a favor de la conducta en cuanto peligrosa: es decir, que se quiera la conducta como peligrosa para un determinado bien jurídico (34), (35). El objeto del querer no es ya, pues, el resultado, sino la conducta. A otro nivel, cabe añadir un nuevo criterio de valoración: no sólo tener en cuenta la cantidad de riesgo, sino también la cualidad de éste. Con ello se introduce un principio normativo, en tanto en cuanto la valoración se realice de forma objetiva y no subjetivamente por el autor. Se trata de decidir si el riesgo es o no permitido. La dificultad para admitir como dolosas conductas realizadas en el ámbito de la circulación viaria, procede de la gran amplitud otorgada al riesgo permitido en este sector de actividad (36), (37). Si aplicamos estos criterios de valoración a los hechos aquí examinados, no ofrece ninguna duda que todo el riesgo creado en ellos es un riesgo no permitido: la conducta no es en ellos en modo alguno adecuada socialmente. Esta clase de peligros no se justifican por su utilidad o necesidad para la vida social. La cualidad del riesgo creado en este caso favorecerá la calificación de la conducta como dolosa (38).

2.4.—*Corrección de la teoría de la probabilidad: búsqueda de un elemento volitivo.*—En esta corriente doctrinal, se parte de la existencia del elemento intelectual: conocimiento de la posible producción del resultado lesivo. Sin embargo, se afirma la necesidad de que concurra también el elemento volitivo para que se aprecien unos hechos como dolosos. Pese a ello, en la representación del citado elemento volitivo, se sustituye el término querer por diversas acepciones que, sin duda, tienen un significado distinto del inherente al querer (39). Aspecto común a todas las variantes de esta línea doctrinal es la primacía del elemento intelectual sobre el volitivo. Ello se advierte en que las diversas acepciones que sustituyen al querer tienen un significado más intelectual que aquél (40). Jescheck

(34) MIR PUIG, *Derecho Penal*, pág. 206: «No importa la sola conciencia de la probabilidad, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular».

(35) En sentido similar: JAKOBS, *Strafrecht*, págs. 222 y 226: Existirá dolo eventual cuando el autor juzga, en el momento de la acción, que como resultado de ésta no es imposible la realización del tipo.

(36) JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 226: El grado de probabilidad para que la decisión sea relevante depende del peso del bien afectado y de la amplitud del riesgo.

(37) PHILIPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW) 85 (1973), pág. 27: Existe dolo eventual cuando el autor se decide conscientemente por una conducta que legalmente supone un riesgo máximo y antisocial. En sentido similar: RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personellen Unrechtslehre*, «Festschrift für Maurach», Karlsruhe 1973, págs. 51-73: afirma que hay que tener en cuenta la antisocialidad de la conducta peligrosa; igual: BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Wien 1974, pág. 147.

(38) SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, pág. 19: la adecuación social limita la antijuricidad, pues el legislador no puede prohibir conductas adecuadas socialmente.

(39) KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 25: Considera que la frontera entre dolo eventual y culpa consciente está, en estos supuestos de error sobre la capacidad de evitación: «el autor parte de que de U se sigue W, pero que está en situación de haciendo U impedir W: Error sobre la capacidad preventiva, el autor valora erróneamente sus posibilidades».

(40) ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingten Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, «Juristische Schulung» (JuS), 1964, pág. 13: El sentido más intelectual que volitivo de la propuesta de Roxin adquiere mayor precisión en pág. 66: «de-

considera estas teorías como doctrina dominante y estima válida para ellas, como medio de prueba, la segunda fórmula de Frank. Es la también denominada «teoría positiva del consentimiento» (41).

Dentro del amplio abanico de posibilidades, cabe atribuir un particular significado a la postura de Welzel. Según ella, existe dolo cuando el autor cuenta con la realización del resultado, y será, por el contrario, imprudencia si el autor confía en su ausencia. Para la determinación de cuándo concurre lo uno o lo otro, propone, a su vez, la división de los posibles casos en dos grupos:

a) En el primero de ellos, el autor considera el resultado lesivo como *dependiente de su conducta*. De ser así, no habrá dolo cuando el autor confía en que a través de su habilidad, su presencia de ánimo, etc., puede evitar el resultado. Será, sin embargo, dolosa su conducta cuando no atribuye a sus posibilidades ninguna «real Chance» para evitar el resultado y su evitación depende de la casualidad del azar. Si el peligro es muy grande el autor puede esperar pero no confiar, porque la confianza no es independiente de la representación del peligro (42).

b) En el segundo grupo, el autor considera la producción del resultado como *independiente* de sus actos, o es consciente de que no puede contrarrestar la futura consecuencia de la acción. Si esto es así, su conducta será dolosa cuando cuenta con el resultado, e imprudente cuando en vistas a ello sólo tiene una remota duda (43). Los hechos relatados en la sentencia comentada se sitúan en este segundo grupo. Como la producción del resultado no ofrece remota duda, sino que los autores tenían que contar con ella, habrá que clasificar los homicidios como dolosos.

2.5. *Posición que se estima preferible*.—En las anteriores teorías se busca la fijación de una frontera entre dolo e imprudencia. Con este fin, los autores, a partir de su particular concepto de dolo, examinan los requisitos que creen necesarios para que éste concorra. Tal vez sea útil invertir el planteamiento y partir del concepto de imprudencia en lugar del de dolo. Así, cabe preguntar si, dada una misma conducta y un mismo conocimiento de su peligrosidad, puede hallarse algún elemento que, de concurrir, implique imprudencia, en vez de buscar uno que deba concurrir para el dolo. En este sentido cabe observar que en todo hecho imprudente subyace un error: no se quiere el resultado lesivo y éste se produce. Por lo tanto si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta el autor cree, erróneamente, que puede evitar la producción del resultado, concurrirá im-

cisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos», si falta este momento de decisión la conducta será imprudente.

(41) COBO/VIVES, *Derecho Penal*, pág. 167: se declara a favor de la teoría positiva del consentimiento. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 178, y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid 1981, pág. 446: tratan conjuntamente la teoría hipotética y la positiva.

(42) En este punto se aprecia cómo pese a exigir la presencia del elemento volitivo para el dolo, éste queda supeditado al elemento intelectual —conocimiento.

(43) CEREZO MIR, *Curso*, pág. 439: se adhiere a la postura de Welzel. MEZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 8.ª ed., München-Berlín 1958, pág. 173: plantea una teoría similar pero más cercana a la teoría del consentimiento: si el resultado se representa como dependiente de la voluntad del sujeto, habrá que acudir a la teoría del consentimiento; si como independiente de ella: acudir a la teoría de la probabilidad.

prudencia y no dolo (44). Muchos hechos imprudentes —con culpa consciente— son tales y no dolosos, por la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control. El error sobre la propia capacidad de evitación es el elemento que permite, de concurrir, la calificación de unos hechos como imprudentes. Sin embargo, no será posible cuando el autor no tiene ningún control sobre las posibles consecuencias de la acción. Así sucede respecto de los hechos de la sentencia examinada. Los autores, una vez introducidos los algodones y atadas las víctimas a la cama, abandonan la casa y no cuentan con ningún medio propio o de terceros, para poder evitar el resultado. En estos casos, tanto Schmidhäuser como Kindhäuser, siguen la teoría estricta de la probabilidad: siempre que se conozca la concreta peligrosidad de la conducta, ésta será dolosa. Sin embargo, para evitar esta ampliación del ámbito del dolo eventual, y las consecuentes críticas a la teoría de la probabilidad, cabe también considerar imprudentes los supuestos en los que se aprecie un error sobre la real peligrosidad de la conducta. En ellos el autor yerra sobre el grado de probabilidad de producción del resultado (45). En relación con los hechos examinados, sólo sería posible afirmar la existencia de un error de esta clase: por desconocer los autores la virtualidad real de su conducta (46).

En definitiva, con base en el error, como elemento determinante de la imprudencia, cabe trazar una frontera entre dolo eventual y culpa consciente. Este error puede fundamentarse en:

- a) la capacidad del autor sobre su posibilidad de evitar el resultado, en los casos en que mantiene un control sobre el curso causal;
- b) el conocimiento, por el autor, de la real peligrosidad de su conducta, en aquellos casos en que no mantiene dicho control.

3.—Junto a las anteriores teorías, que buscan una frontera para delimitar los hechos imprudentes y dolosos, existen otras, que ante la dificultad de encontrar estos límites, optan por obviar el problema.

3.1. Entre ellos se encuentra la propuesta de suprimir el dualismo dolo-imprudencia, añadiendo una tercera vía: la «Leichtfertigkeit» (negligencia). En todos los supuestos de concreto conocimiento del peligro, sin seguridad sobre la producción de la lesión y sin intención de lesionar, es decir, en todos los casos tanto de culpa consciente como de dolo eventual, esta postura pretende la estimación de la

(44) En sentido crítico a esta sustitución: KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 23: Considera que no tiene ningún significado exigir un elemento en el dolo que luego no puede ser apreciado. Incluye en su crítica todas las diversas acepciones que se han ido proponiendo como sustitutivos del *querer* para los supuestos de dolo eventual: *billigen, in kauf nehmen, einverstanden sein, sich abfindet mit, einwilligen, rechnen mit...*

(45) KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 26: «Erróneo o falso conocimiento de la capacidad productiva: el autor no parte de que de U se sigue W y que está en situación de haciendo U realizar W. Hace U y se produce W». Esto sería para Kindhäuser un supuesto de culpa inconsciente, a sensu contrario, cuando no haya posibilidad de evitación y se conozca la situación será siempre la conducta dolosa.

(46) Para SCHMIDHÄUSER todos los casos de culpa consciente son de dolo eventual pues no tiene en cuenta la existencia de un posible error. En lugar de apreciar el posible error sobre la verdadera peligrosidad de la conducta, distingue entre el conocimiento de la peligrosidad *abstracta* y *concreta*. Cuando el autor conoce la peligrosidad abstracta, pero niega la concreta posibilidad estaremos ante una forma de imprudencia inconsciente con apariencia de culpa consciente. En consecuencia, propone sustituir «dolos eventualis» por «unsicheres Tatbewusstsein» y «bewusste Fahrlässigkeit» por «scheinbar bewusste Fahrlässigkeit».

citada figura intermedia (47). Esto, sin embargo, no pasa de ser un desideratum de «lege ferenda».

3.2.—Otra posición doctrinal propone la clasificación como imprudentes de todos los hechos en que se aprecia dolo eventual (48). Ello se debe a que estima inaceptable castigar de igual forma hechos cometidos con dolo directo y hechos cometidos con dolo eventual. Sin embargo, para evitar esto, se califica de igual forma hechos dolosos y otros imprudentes. En sentido contrario a lo anterior se hallan las doctrinas que extienden el dolo eventual a todo el ámbito propio de la culpa consciente, con ello, serían dolosos todos los casos en que existe conciencia del peligro concreto respecto del objeto de la acción (49). Ello significa, sin embargo, una ampliación del ámbito del dolo contraria a la función y límites del Derecho penal.

4.—Tan diversos y contradictorios enfoques por parte de la doctrina se deben no sólo a la dificultad que entraña delimitar dolo e imprudencia. Ello es también consecuencia de que contradice el sentido de la justicia y la función preventiva del Derecho penal, el que unos hechos realizados con intención de lesionar un determinado bien jurídico determinen la misma responsabilidad penal que estos mismos hechos sin intención de lesionar. En este segundo caso siempre será menor la peligrosidad y en consecuencia también la necesidad de prevención. Ello podría tener alguna solución. En este sentido, la posibilidad de atenuación para hechos cometidos con dolo eventual sería una medida a considerar en el plano político-criminal (50). Sin obviar la necesidad de delimitar los campos propios del dolo y la imprudencia, se eliminaría con ello el rechazo que surge al castigar del mismo modo hechos cometidos con dolo directo y los cometidos con dolo eventual.

(47) WEIGEND, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW), 93 (1981), págs. 657-700, págs. 657 y 687. En el mismo sentido: CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, 2.ª ed., Barcelona 1976, pág. 22: «... imprudencia y malicia no agotan las modalidades de conexión entre sujeto y acto». En sentido similar: ESER, *Strafrecht, Studienkurs*, I, núm. 3, 2.ª ed., München 1976, pág. 53: propone reunir el dolo eventual y la culpa consciente en una «especial forma de culpabilidad».

(48) BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht: Die Schuld nach dem Strafgesetze*, tomo II, 1907, pág. 322; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia 1946, pág. 33; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho*, pág. 449; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Mezger*, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1955, pág. 166.

En contra: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 206: Alega que en ese caso habría de excluir también los supuestos de dolo directo de segundo grado «... lo que sería demasiado estrecho y contrario tanto de la justicia como de la defensa social». BUSTOS RAMÍREZ, *Política criminal y dolo eventual*, «Revista Jurídica de Cataluña» (RJCAt), 1984, págs. 309-328, pág. 324: Califica el dolo eventual como imprudencia añadiendo un nuevo elemento: «En definitiva el dolo eventual es culpa. Pero con un agregado, es un comportamiento culposo con un elemento subjetivo agravatorio del injusto».

(49) SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal español*, tomo I, 5.ª ed., Madrid 1950, pág. 184; SCHMIDHÄUSER, *JuS* 1980, pág. 438; SCHRÖDER, *Sauer-Festschrift*, pág. 243.

(50) MIR PUIG, *Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal*, «Revista Jurídica de Cataluña» (RJCAt), 1979, núm. 1, pág. 99: «Si se admite que el dolo eventual desborda la intención, el artículo 9, 4.º, pudiera emplearse también para atenuar la pena, cuando concorra esta clase de dolo, matizando la diferencia de gravedad que supone respecto del dolo directo».

V. Conclusiones

1.—El TS (supra II), no duda de la existencia de dolo eventual con respecto al homicidio del matrimonio A y B. No tiene en cuenta, al efectuar esta apreciación, el conocimiento que puedan tener los autores sobre la peligrosidad de su conducta, ni siquiera si pudieron prever el alcance de sus actos. Fundamenta, por el contrario, la calificación de homicidio doloso en el carácter y condición de los autores, traficantes de drogas y con intención de robar. En base a estos datos presume el dolo en el sentido de aprobar o aceptar el resultado de muerte. Ello significa un juicio sobre la personalidad de los autores, no sobre los hechos por ellos cometidos (51).

2.—Si seguimos la teoría de la probabilidad, hemos de examinar la peligrosidad «ex ante» de la conducta. Ello se corresponde con el fundamento del injusto: «el núcleo de lo prohibido» es la peligrosidad objetiva «ex ante» de una conducta (52). Si el autor conoce el peligro objetivo que representa su conducta y ésta es voluntaria, resulta que quiere la acción en cuanto peligrosa para un determinado bien jurídico. Con ello estaremos ante un hecho doloso, aunque el autor no quiera, no acepte, no apruebe o no se conforme con el concreto resultado lesivo. La medida del peligro que supone la conducta y el examen de los conocimientos del autor sobre aquél han de realizarse «ex ante». El grado de peligro objetivo concreto debería determinarse por medio de perito.

3.—En la Sentencia que comentamos representa un problema la dificultad de determinar el grado de peligro concreto que entrañan los hechos: introducir algodones empapados en cloroformo en la boca de las víctimas y, tras ello, atarlas a la cama sin posibilidad de moverse o pedir auxilio (53). En todo caso, aun no siendo una forma usual de matar, el peligro creado es muy grande y el riesgo en su totalidad no permitido.

Atendiendo a los hechos probados no cabe fundamentar la imprudencia en un error sobre la posibilidad de evitación; los autores pierden el control del peligro por ellos creado (Supra N. 39), por lo que no pueden errar sobre su capacidad para evitar el resultado. Únicamente se podría fundamentar la imprudencia en base a un error sobre la real peligrosidad de la conducta (Supra N. 45): para ello habría que tener en cuenta el conocimiento de los autores sobre la efectiva virtualidad de los hechos que realizaban.

X, tiene antecedentes psiquiátricos desde su juventud y profunda dependencia de la heroína. Esto merma su voluntad y libertad de decisión. Sin embargo, estos trastornos no afectan a su inteligencia, ni por tanto a sus conocimientos, sino que incluso pueden agudizarla. Por ello no se puede fundamentar un erróneo conocimiento de la peligrosidad de su conducta en base a tales trastornos psíquicos. Los antecedentes psiquiátricos, al disminuir su capacidad de motivación personal, atenuarán la culpabilidad, pero no afectarán a la antijuricidad del hecho.

4.—En definitiva, es correcta la aplicación, por parte del TS, de la eximente

(51) GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 187: «culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho».

(52) MIR PUIG, *Función de la pena y Teoría del delito*. 2.ª ed., Barcelona 1982, pág. 75: «La voluntariedad de la conducta es el límite del injusto, pues no se puede motivar a no efectuar un comportamiento involuntario».

(53) JAKOBS, *Strafrecht*; pág. 226: Plantea el problema que representa el que la latente peligrosidad de unos hechos sólo se acusa por la gran cantidad de sucesos similares.

incompleta de trastorno mental transitorio. Esto, sin embargo, contradice la fundamentación de la existencia de dolo que realiza el propio TS. En efecto, examinando el aspecto volitivo de la conducta, no considera la posibilidad de que tales trastornos de la voluntad que sufre X puedan afectar al dolo. Sobre ello cabe efectuar alguna observación. Según la teoría del consentimiento, predomina en el dolo el elemento volitivo sobre el intelectual. De seguir los razonamientos hasta las últimas consecuencias procedería, pues, la calificación de estos hechos, al menos respecto de X, como imprudentes. Por el contrario, en base a la teoría de la probabilidad se determina exactamente su carácter doloso (54), pues el conocimiento del agente no resulta afectado por la ingestión de drogas (55).

5.—La calificación que de los hechos realiza el TS es correcta, pero no así su fundamentación. Lo mismo sucede en la STS 4 julio 1980 (A 3126), ponente Sr. Díaz Palos. En esta última, la autora viene acusada de un parricidio doloso, con la atenuante de enajenación mental incompleta. El TS casa la sentencia de la AP y califica los hechos como parricidio cometido por imprudencia temeraria. La eximente incompleta de enajenación mental es la determinante de la calificación de los hechos como imprudentes.

La autora, que tenía trastornos oligofrénicos y esquizofrénicos, suministró a su hija, de pocos meses, varios biberones de agua y leche en corto espacio de tiempo. Ello provocó la obstrucción de las vías respiratorias y, consiguientemente, el fallecimiento. En los Considerandos, el TS hace un planteamiento inicial de las diversas teorías acerca del dolo eventual y la culpa consciente. Así estima que la teoría del consentimiento es la válida: «... el dolo exige un aliud estrictamente volitivo constituido por la aceptación o ratificación del evento representado como seguro en la mente de la procesada...». A continuación y atendiendo a la oligofrenia que padece la acusada aprecia que: «... existe adecuación del acto a la personalidad del autor que tanta resonancia tiene en el juicio de culpabilidad...». Siendo que en el último momento la procesada avisó al médico, el TS considera que: «... ello excluye la aceptación o ratificación del evento mortal...».

Igual que en la sentencia que aquí comentamos, es correcta la solución e incorrecta la fundamentación. El hecho de que la autora avise al médico en el último momento no significa que no acepte el resultado. En todo caso podríamos estar ante un arrepentimiento activo. Lo que sí puede suceder es que, hasta ese momento, y, debido precisamente a la oligofrenia que sufría, la autora no hubiera advertido la peligrosidad de la conducta. De acuerdo con el criterio que mantenemos, la oligofrenia podrá dar lugar a un conocimiento erróneo de la peligrosidad objetiva de la conducta (56).

(54) KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 26: Sería el supuesto II: «Conocimiento en torno de la capacidad no preventiva: el autor parte de que de U se sigue W y que no está en situación de realizando U impedir W. Hace U y se produce W, conducta dolosa en la que el autor es consciente de la falta de control».

(55) KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 27: Estaríamos dentro de los casos que incluye en V: «Erróneo conocimiento en torno de la capacidad productiva», siendo considerado como un caso de culpa inconsciente.

(56) MIR PUIG, *Función de la pena*, nota pág. 97: El trastorno mental o una oligofrenia no sólo son relevantes en la culpabilidad, como causas de inimputabilidad o, en su caso, de atenuación de la culpabilidad, sino que pueden ser trascendentes en el sentido de impedir o distorsionar el mismo conocimiento de la peligrosidad de la conducta. Igualmente es posible, en casos extremos, que una situación de este tipo determine la ausencia de acción, por no existir una conducta en cuanto «conducta humana».

Con todo ello surge la posibilidad de que la enfermedad mental, determinante, por un lado, de una causa de inimputabilidad o semi-inimputabilidad pueda, también, afectar al fundamento del injusto: «el conocimiento del peligro concreto que supone la conducta realizada» (57). Con la teoría de la probabilidad, no entendida en sentido estricto, no se amplía el ámbito del dolo, como se le ha reprochado, sino que cabe fundamentar correctamente su presencia o ausencia. Para ello se enjuician los hechos y no el autor, evitando dejar la calificación a la oportunidad o conveniencia o, en ocasiones, a la mera intuición del Tribunal.

