

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sección dirigida por el Prof. Dr. Luis Gracia Martín

ARGUMENTACIÓN Y PRUEBA EN LA DETERMINACIÓN DEL DOLO (Comentario a la STS 24-10-1989, Pte. Sr.: García Ancos*)

El recurso de casación que dio lugar a la STS 24-10-1989 (A. 7744), aquí comentada, impugnaba la condena que la Audiencia Provincial había dictado contra Juan F. como autor de un delito de violación, otro de homicidio y un tercero contra la salud pública. Los hechos enjuiciados consistían en que Juan F. consiguió, mediante el empleo de la intimidación, apoderarse de una mujer, Montserrat, a la que ató los pies a la parte anterior de la cama, colocándole un esparadrapo que le tapaba la boca. No obstante, durante el transcurso de la violación, y no habiendo alcanzado aún el orgasmo el violador, la mujer logra desprenderse de la mordaza y empieza a gritar, momento en el que Juan F. le aplica la almohada sobre la cara, oprimiendo fuertemente sobre ella, con tal presión que obstaculizó sus vías respiratorias, ocasionándole con ello la muerte, de la que Juan F. no se llegó a percatar hasta que había eyaculado. Cerciorado Juan F. de la muerte de Montserrat, procedió a trasladar el cadáver a muchos kilómetros de

* El presente trabajo fue elaborado, evidentemente, bajo la vigencia del Código Penal ya derogado. Distintas circunstancias, que ahora no vienen al caso, han dado lugar a un considerable retraso en la publicación. Sin embargo, puesto que la mayor parte de la argumentación que en él se contiene hace referencia a un delito, cual es el de homicidio, que en nada ha variado bajo la nueva regulación, y dado que los problemas que en general plantea la determinación del dolo -especialmente en los delitos puramente resultativos- siguen estando de permanente actualidad, los autores hemos pensado que seguía mereciendo la pena proceder a la publicación de las páginas que siguen, que valen tanto como comentario a la sentencia que se cita cuanto, en general, a toda una línea jurisprudencial consolidada en la materia. Por lo demás, resultará también obvio que los problemas que plantea el llamado «dolo específico» siguen en pie, por más que el art. 345 CP-1944/73 haya sido derogado.

distancia, depositándolo en el suelo, rociándolo con gasolina y prendiéndole fuego.

A este respecto, el recurso, presentado por la defensa, alegó motivos de carácter procesal (en los que aquí no entraremos) y otros de naturaleza sustantiva, que eran: primero, la calificación de la conducta de homicidio como dolosa, considerada errónea, pues debería haber sido la de imprudente; y segundo, la indebida aplicación del art. 345 CP-1944/1973 (exhumación o traslado ilegal de restos humanos)**.

PRIMER COMENTARIO

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

(Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de León)

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

(Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León)

JAVIER DE VICENTE REMESAL

(Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo)

I

Centraremos nuestro comentario a la sentencia sobre aquello que constituye el núcleo central —por lo que al Derecho sustantivo se refiere— del recurso de casación en ella resuelto, a saber, la calificación o no como dolosa de la conducta del procesado en relación con los actos por él cometidos y la forma en que ello ha de ser fundamentado en las resoluciones judiciales. Ello nos llevará (II) a examinar, en general, la cuestión del enjuiciamiento de conductas dolosas (en este caso, en relación con la muerte de la víctima); y (III) a realizar algunas consideraciones acerca de la exigencia de dolo —el mal llamado «*dolo específico*»— cuando se convierte en condición necesaria para la afirmación de la tipicidad de la conducta (aplicadas aquí a la cuestión de si concurrió en el caso un delito contra la salud pública, de exhumación y traslado ilegal de cadáveres —art. 345 CP—1944/1973—).

Dejamos, por tanto, a un lado otras cuestiones acerca de las cuales el TS, en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*, no entró a conocer en la sustanciación del recurso de casación, pero que, sin

** Hoy derogado.

embargo, podrían haber sido consideradas por el Tribunal de instancia: así, la discutible consunción de la sanción que en principio le correspondía al acto de penetración anal (abusos deshonestos, conforme a la legislación vigente en el momento de los hechos —hoy, agresiones sexuales cualificadas—) en la sanción de la penetración vaginal; y la posibilidad de aplicar el tipo de asesinato, y no el de homicidio, en virtud de la concurrencia de la circunstancia de alevosía.

II

1. La STS objeto del presente comentario, aplicando lo que parece constituir una práctica habitual en nuestra jurisprudencia, resuelve la cuestión de si ha de calificarse como dolosa o como imprudente la acción del procesado Juan que condujo a la muerte de su víctima, Montserrat (en síntesis: colocar un almohadón sobre el rostro de ésta, quien se encontraba atada de pies y manos, y mantenerlo así mientras consumaba la violación, asfixiándola y ocasionándole la muerte) a través de los siguientes pasos:

a) Se reconoce la dificultad de hallar, en abstracto, un criterio suficientemente diferenciador entre conductas dolosas —en concreto, con dolo eventual— e imprudentes —en concreto, con imprudencia consciente—.

b) Se alude, de forma harto genérica, a (algunas de) las teorías que doctrinalmente se han venido defendiendo para practicar esta distinción, englobadas todas ellas bajo las etiquetas de «teoría del consentimiento» y «teoría de la probabilidad o de la representación» (se añade aquí la «teoría de la peligrosidad»).

c) Se afirma que cualquiera de tales teorías es válida para establecer «en abstracto» dicho criterio definitorio, dándose a entender con ello que todas llevarían a soluciones similares, variando tan sólo su formulación. Se evita así tomar partido por una u otra interpretación.

d) Se argumenta que, de cualquier modo, la cuestión ha de solucionarse atendiendo fundamentalmente a las circunstancias del caso concreto (a la «propia mecánica del hecho»).

e) Así, en este caso, esas circunstancias en las que el Tribunal fija su atención son los actos anteriores y posteriores realizados por el sujeto activo: entre los primeros, la violencia empleada para retener y aprisionar a la víctima y los ataques a su libertad sexual; entre los segundos, su conducta tendente a hacer desaparecer el cuerpo del delito (contra la vida).

f) Sin solución de continuidad, «se deduce» de la mera descripción fáctica de estos actos anteriores y posteriores que «el encausado tuvo que representarse, además del peligro en concreto de su acción, su final resultado, con aprobación o aceptación previa del mismo» (otras resoluciones judiciales afirman, en los propios Antecedentes de Hecho, y también sin fundamentación alguna, que el sujeto estaba «decidido» a realizar la actuación, de lo que «se deduce» el carácter doloso de la misma). Habrá de considerarse, pues, que en la conducta concurre dolo, «aunque sea de carácter indirecto o eventual».

2. Pues bien, hay que afirmar con rotundidad que esta forma de aplicar el Derecho Penal sustantivo en materia de dolo e imprudencia resulta gravemente lesiva a principios básicos de nuestro sistema jurisdiccional penal, por lo que es inadmisibile *per se*, con independencia de que en ocasiones —en algunas— pueda conducir a resultados satisfactorios desde el punto de vista de la justicia material (como tal vez en este caso), aunque nunca desde el de la verdad procesal —único válido—. Pues un criterio de interpretación y de aplicación del Derecho positivo ha de caracterizarse, si no pretende ser una inútil fórmula (o, lo que es peor, un lugar común vacío de contenido y con una función meramente justificatoria), por su coherencia interna, la claridad de su estatuto epistemológico, su compatibilidad con el conjunto del sistema en el que se integra —aquí, el de la Teoría del Delito— y su contenido semánticamente significativo; y, como colofón de todos estos rasgos, por su controlabilidad por vía fáctica —si de un elemento fáctico se trata— y por vía argumentativa. Precisamente, todo aquello de lo que carece el método descrito. De este modo, en los casos límite (aquellos para los que tales criterios son imprescindibles) la calificación de una conducta como dolosa o como imprudente, con las implicaciones que ello tiene en cuanto a las consecuencias jurídicas, se convierte en una cuestión que se resuelve por pura intuición, mediante un soterrado recurso al «Derecho Penal de autor» —inconstitucional— o a las más burdas e inmediatas necesidades funcionales del sistema penal (poniéndose así frecuentemente en peligro la vigencia del principio de igualdad), o a través de cuestionables (por no fundamentadas suficientemente desde el punto de vista jurídico) «leyes de la experiencia o del sentido común»; con cualquiera de estos métodos se produce una flagrante violación del derecho a la presunción de inocencia, derecho que obliga, como una reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado, al tribunal que pretenda pronunciar un fallo condenatorio (aquí, agravatorio de la responsabilidad penal del reo) a realizar la actividad probatoria racionalmente necesaria para ello y, en sede de valoración de la prueba, a razonar (claro está, *de forma aceptable y suficiente*) esa

«apreciación según su conciencia» a la que se refiere el art. 741 LECr. Y, en todo caso, si realmente no se recurre a estos recusables métodos, sino que se llega a la calificación por vías más correctas, esta forma de justificar en la resolución judicial dicha calificación elimina toda posibilidad de réplica (de un recurso coherentemente formulado) al respecto, con lo que se genera indefensión.

Por ello, se impone dar algunas indicaciones, en el reducido espacio que nos permite el presente comentario, para una reconstrucción, metodológicamente fundamentada, del procedimiento por el que puede llegarse a la calificación como dolosa de una conducta o, alternativamente, a su consideración como actuación imprudente. Y, concretamente, ello se hará en relación con los supuestos —como el presente— en los que (a) no aparece clara desde el primer momento la voluntad del sujeto activo de realizar el tipo de homicidio, sino que la misma aparece, en su caso, en el curso de los acontecimientos, y (b) dicha voluntad se lleva a la práctica empleando medios que no garantizan con seguridad dicha realización. Es decir, aquellos casos en los que la solución resulta, en la práctica, más dudosa.

3. Punto de partida de esta reconstrucción ha de ser en todo caso el reconocimiento de que, tal y como señala la resolución comentada, la línea de demarcación entre conductas dolosas e imprudentes resulta, en los casos límite, «tenue». Al menos lo es por lo que se refiere al perfil psicológico otorgado a ambas categorías de conducta: cualquiera que sea la fórmula que se propugne para definir el dolo (eventual), la «aceptación», «aprobación», «toma en consideración», «indiferencia» o «consentimiento» de la posibilidad de realizar el tipo, la «decisión en contra» del bien jurídico o «en favor» de realizar la conducta peligrosa, la «falta de voluntad de evitación», el «conformarse» con la realización del tipo,... (teorías volitivas), pero también el conocimiento de la existencia de un riesgo, de un peligro concreto, de un peligro no permitido o no controlado (teorías cognoscitivas), cualquiera de ellas resulta difícilmente separable del conocimiento del peligro y exclusión de la posibilidad de su realización, o conocimiento de esa posibilidad, pero no de la elevada probabilidad, que caracterizarían a la imprudencia consciente. O mejor: resulta difícil, *en la aplicación al caso concreto (esto es, en el contexto del proceso penal)*, aplicar fórmulas generales como las indicadas, sobre todo si se pretende al tiempo satisfacer las exigencias de prueba y de argumentación suficientes a las que antes nos hemos referido.

Hay que admitir en primer lugar, por lo tanto, que las teorías elaboradas doctrinalmente para definir el dolo y diferenciar los casos

de comisión dolosa eventual de los de actuación meramente imprudente adolecen generalmente de falta de concreción suficiente y, sobre todo, de una llamativa ausencia de referencias precisas a su aplicabilidad práctica (de «paráfrasis» del concepto han sido calificadas). Ello es especialmente grave en este caso, dado que el dolo, según doctrina generalmente admitida, es un elemento fáctico del delito, sometido por ende a la exigencia de prueba (en el que no basta, por tanto, la emisión de simples juicios de valor).

Lo dicho no significa, sin embargo, que tales teorías carezcan de validez, ni mucho menos, como pretende la sentencia comentada, que todas ellas conduzcan a resultados idénticos (lo cual es imposible, si son aplicadas con rigor). Al contrario, lo que implica únicamente es la necesidad de atender también, en estos casos, a la perspectiva metodológica y procesal, y combinarla con las fórmulas definitorias y diferenciadoras del dolo propuestas desde el lado dogmático, para obtener así auténticos criterios de aplicación del Derecho positivo en este campo.

4. Cuando se atiende a esta tarea, lo primero que hay que advertir, porque de ahí surge toda la problemática existente en materia de diferenciación entre conductas dolosas e imprudentes, es que el dolo, como característica de la acción típica, pertenece conceptualmente al grupo de los que se suele denominar *conceptos de disposición*: aquellos conceptos (aquí, una característica de la acción) que poseen la propiedad de carecer de verificabilidad empírica. Si ello es así, podemos extraer ya una *primera tesis*: no es posible demostrar directamente, por vía de prueba, la existencia o ausencia de dolo en una conducta, sino que ello ha de ser inferido mediante argumentación.

Naturalmente, esto no quiere decir que la calificación de «dolosa» o de «imprudente» haya de serle otorgada a la conducta arbitrariamente; ni tampoco que dicha calificación se deba obtener a través de un juicio de valor, como lo es, por ejemplo, el de «infracción del deber de cuidado». Al contrario, ya dijimos que el dolo es un elemento del delito —del tipo de injusto—, que ha de ser probado. Así, la única vía posible (por la que, al menos en teoría, han optado siempre tanto la doctrina como la jurisprudencia) para dicha demostración es la habitual en el caso de conceptos de disposición: la verificación de aquellos datos empíricamente verificables a partir de los cuales puede ser inferida la presencia de dolo. A estos datos les llamamos *indicadores* del dolo. *Segunda tesis*, por tanto: la demostración de la existencia de dolo puede hacerse a través de la demostración de la presencia de sus indicadores —estos, sí verificables— (prueba indiciaria).

5. Ahora bien, para llegar a esa inferencia válidamente son necesarias dos cosas: primero, una selección de los indicadores adecuados; y segundo, la aplicación de unas correctas leyes de inferencia. Nada diremos respecto de esta segunda cuestión, puesto que la misma ha de ser solucionada conforme a las reglas que regulan usualmente el conocimiento inductivo en la vida cotidiana y en las ciencias empíricas. Por lo que se refiere a la primera, los indicadores que pueden ser aceptados para la investigación acerca de la existencia de dolo habrán de caracterizarse por su observabilidad y por su relevancia y plenitud demostrativa.

Con estas características en mente, podemos volver ahora a la definición dogmática del dolo, para seleccionar en la misma aquellos elementos que puedan operar como indicadores: en otras palabras, cuáles de ellos pueden ser probados empíricamente, y qué combinación de los mismos permite la inferencia válida de la existencia de dolo en la conducta realizada por el sujeto.

6. El primer elemento que habrá de estar presente para que pueda afirmarse la existencia de dolo en la conducta es su objeto. En este sentido, puede afirmarse —*tercera tesis*— que allí donde no exista (donde no sea demostrable) un desvalor objetivo de la conducta (un peligro concreto, previsible *ex ante* y no permitido, para el bien jurídico protegido) subsumible en el tipo legal no habrá dolo —*cogitationis poenam nemo patitur*—. En nuestro caso, dicho desvalor era evidente, por lo que no nos detendremos en ello.

7. Supuesto que lo anterior se cumpla, como sucede en el caso que examinamos, la cuestión se complica al entrar en el ámbito de los elementos internos (esto es, de aquellos más directamente relacionados con la función de motivación que la norma penal pretende desempeñar). En este ámbito, se suelen manejar dos factores distintos, conocimiento y voluntad, como elementos constitutivos del dolo; la exigencia de ambos, o solamente del primero de ellos, es precisamente lo que marca la diferencia entre teorías volitivas y meramente cognitivas, respectivamente, acerca del concepto de dolo.

Ya dijimos antes, sin embargo, que la cuestión varía sustancialmente cuando descendemos del terreno de las formulaciones abstractas al del examen de casos concretos; y ello, en el caso del dolo, de forma especialmente relevante. Pues —*cuarta tesis*—, en virtud del carácter de concepto de disposición que el mismo posee, es posible y necesario distinguir entre aquellos elementos que a un nivel abstracto (no verificable empíricamente) han de predicarse en la definición del dolo como elementos constitutivos del mismo y aquellos otros cuya presencia

ha de probarse en el caso concreto, y a partir de los que ha de argumentarse —inferirse— la presencia de dolo en la actuación del sujeto. En pocas palabras: para considerar probada dicha presencia, o para argumentar válidamente sobre ello, basta con hacerlo sobre aquellos elementos que constituyen condición necesaria y suficiente para la afirmación de la calificación dolosa, no siendo necesario referirse a los restantes (lo que no empece para que los mismos estén presentes).

En este sentido, es necesario referirse a una importante diferencia entre elementos cognoscitivos y volitivos. Superada ya, desde el punto de vista filosófico (no, al parecer, en el terreno jurídico), la distinción aristotélico-tomista entre entendimiento y voluntad en su versión fuerte, esto es, en su consideración de dos realidades ontológicas -psíquicas- diversas, en la actualidad parece que hay que acudir a otro modelo, de corte más funcional, para explicar la vertiente interna de (motivación de) las actuaciones penalmente relevantes. Y este modelo funcional nos dice que, mientras que los actos cognoscitivos constituyen un sustrato imprescindible de nuestra acción, las voliciones no son sino actos de otorgamiento de sentido a dicha acción. Lo que, dicho en otros términos, significa que un sujeto —primero— actúa, y además en ocasiones —segundo— conoce lo que hace; y que en algunas de tales ocasiones, a esa actuación con conocimientos suficientes le podemos atribuir el carácter de «querida».

8. Lo hasta aquí dicho nada aporta en favor de una o de otra concepción del dolo, sino que tan sólo da algunas pistas para la aplicación de las mismas a casos concretos. Entendemos que la opción por una u otra de tales concepciones es una cuestión que depende fundamentalmente, no de datos ontológicos, sino de argumentos de índole valorativa, acerca de los límites en que debe hacerse valer la pretensión de motivación de conductas que las normas penales llevan implícita. Por nuestra parte, y precisamente en virtud de tal argumentación, consideramos más acertada una concepción de corte volitivo, que exija en todo caso una toma de posición en contra del bien jurídico, consistente —como mínimo (en los casos de dolo eventual)— en la asunción (*aceptación*) del hecho de que la propia actuación crea un peligro concreto (previsible *ex ante* y no permitido) para dicho bien. Y ello, porque entendemos —aunque no corresponda aquí argumentarlo en profundidad— que solamente una conducta a la que se pueda otorgar tal calificación alcanza el suficiente grado de merecimiento y de necesidad de pena: sólo cuando existe una decisión consciente (directa o simplemente eventual) tendente a poner en peligro o a lesionar el bien jurídico se justifica la elevación del grado de injusto respecto de aquél que la conducta ya merece por su desvalor objetivo.

9. Pero de lo que se trata ahora es de precisar las condiciones de aplicación práctica de dicha fórmula (o de cualquier otra que esté dotada de la suficiente coherencia interna), y de aclarar en qué casos se puede afirmar la existencia de tal decisión en contra del bien jurídico. Pues, de acuerdo con lo dicho —*quinta tesis*—, en el lado interno de la actuación solamente pueden actuar como indicadores adecuados de la existencia de dolo los datos acerca de la actividad cognoscitiva del sujeto. Y, precisamente, porque la «actividad volitiva» carece de presencia real, constituyendo una mera dotación de sentido a la conducta, inverificable empíricamente y sólo susceptible de ser verdadera o falsa dentro del contexto del sistema conforme al cual se considera que la acción tiene o no el sentido de «querida»; de manera que —*sexta tesis*— la existencia de voluntad de realizar el tipo (en la fórmula arriba propuesta) ha de deducirse de la presencia de los indicadores del dolo, que se refieren únicamente a su objeto —los actos externos— y a la actividad cognoscitiva que sobre él recae.

10. Precisamente —*séptima tesis*—, la diferencia entre el dolo eventual y la mera imprudencia consciente estriba en que en esta última, el grado de conocimiento del sujeto acerca del peligro concreto *ex ante* inherente a la conducta no permite inferir una decisión contraria al bien jurídico y favorable a su lesión o puesta en peligro. Ello se deberá generalmente a un deficiente grado de conocimiento del grado de peligro concreto (esto es, conocimiento tanto del grado de peligrosidad potencial de la conducta como del grado control del riesgo mediante la aplicación de medidas de cuidado) que la conducta crea para el bien jurídico. En tales casos, la función de motivación de conductas, a la que va dirigida el enjuiciamiento de los elementos internos del delito, y entre ellos, del dolo, no se ve defraudada en la misma medida que en los supuestos de conductas dolosas, mereciendo por ello la conducta realizada un reproche menor.

Ciertamente, no se nos oculta que, con esta fórmula (que pretende descartar casi por completo el aspecto meramente «emotivo» que se ha venido predicando de los actos de volición), nuestra solución se aproxima mucho, en la práctica, a aquellas que proponen algunos defensores de conceptos puramente cognoscitivos del dolo. Sin embargo, es posible, en nuestra opinión, marcar aún algunas diferencias, que hablan en favor de nuestra tesis. La principal de ellas es la de que nuestra definición continua recalcando la importancia que posee el significado como «decisión antijurídica» de la conducta dolosa: por más que ello haya de ser inducido necesariamente a partir de datos cognoscitivos o externos, resulta esencial que el juez esté obligado a demostrar, por vía argumentativa, que tales datos pueden ser

globalmente interpretados como un acto de volición en favor de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; obligación de argumentar de la que, en las concepciones puramente cognoscitivas, se le descarga.

Además, hay otras ventajas adicionales, que, aunque no unidas necesariamente a una definición de corte volitivo, sí que aparecen en nuestra definición de modo más claro que en las concepciones cognoscitivas. Así, en segundo lugar, creemos que aquí se asume con mayor coherencia que en otras concepciones la distinción entre grado de peligro y grado de conocimiento del mismo, y se destaca la relevancia de este último, huyendo así de toda tendencia objetivista en la diferenciación entre dolo eventual e imprudencia consciente, tentación que siempre ha estado latente en muchas concepciones cognoscitivas. En tercer lugar, pensamos que la exigencia de que, para calificar como dolosa a una conducta, haya de poderse hablar de una decisión contra el bien jurídico facilita la diferenciación entre los dos aspectos del conocimiento del peligro concreto a los que hemos aludido (conocimiento de la peligrosidad abstracta de la acción y conocimiento del grado de control del riesgo); distinción que es esencial (porque con frecuencia el grado de conocimiento del sujeto será distinto para cada uno de ellos en el caso de la imprudencia consciente, mientras que será prácticamente idéntico en el caso del dolo eventual) y que, sin embargo, se olvida fácilmente cuando no es necesario demostrar que el sujeto «quería» lesionar el bien jurídico.

11. Así, si volvemos ahora al caso concreto que estamos comentando, podremos decidir ya cuáles eran los indicadores que el juzgador debería haber tenido en cuenta para calificar o no la conducta como dolosa, y el modo en que debería haberlo hecho. Como vimos, dos son los ámbitos a los que tales indicadores han de hacer referencia: al objeto del dolo (la conducta típica), y a los actos cognitivos dirigidos a la misma. Nada diremos, de nuevo, respecto del primer ámbito: es claro que en este caso tales indicadores estaban todos presentes. Limitando, por lo tanto, nuestro análisis en los indicadores referidos al segundo ámbito, la atención de los órganos jurisdiccionales (aquí, del Tribunal de instancia) debería haberse centrado, en primer lugar, en verificar —probar— la presencia en el psiquismo de Juan de conocimientos suficientes acerca de la situación de peligro para la vida de su víctima que su conducta, la colocación con fuerza del almohadón en la boca de la misma, creaba (el conocimiento de que no concurría ninguna circunstancia que autorizase dicha conducta parece caer aquí por su propio peso); y en segundo lugar, en inferir —argumentar— a partir de dichos datos probados que los conocimientos eran de tal calibre que la decisión de

realizar, pese a ello, la conducta significaba una toma de posición —volitiva— en contra del bien jurídico, aceptando la creación de dicho peligro no permitido.

Parece que en el caso concreto ambas cosas eran relativamente fáciles de hacer, puesto que se trataba de una conducta atentatoria contra las más elementales reglas de prudencia (reglas de conducta) para preservar la vida, lo que hace difícil pensar que el sujeto desconociera sus posibles consecuencias. De cualquier forma, ello nada tiene que ver con lo que el Tribunal hace: ni los actos anteriores contra la libertad de movimientos y de actuación y contra la libertad sexual, ni tampoco los posteriores contra la salud pública, son indicadores relevantes acerca de la actuación dolosa del sujeto en su conducta homicida. La presencia de dolo queda así sin fundamentación alguna, dado que se acude a datos y a argumentos que carecen de relevancia explicativa alguna al respecto y se ignoran, sin embargo, tanto a efectos de prueba como de argumentación, aquellos indicadores que sí debían haber sido examinados.

12. Digamos algo ahora acerca de la forma de probar suficientemente la presencia de los indicadores del dolo relacionados con la actividad cognoscitiva. Naturalmente, la cuestión resulta compleja: salvo casos infrecuentes en los que es posible recurrir a la confesión del propio reo, a testimonios de terceros o a pruebas documentales, el grado de conocimiento del sujeto acerca de la situación y del significado de su actuación no puede ser demostrado de forma directa, sino solamente mediante indicadores. Así, en el caso que nos ocupa, resultaba imposible probar directamente que Juan sabía que en esas circunstancias su actuación creaba un riesgo —con elevada probabilidad— de muerte por asfixia para Montserrat, y que actuó a pesar de la presencia de dicho conocimiento; y, de este modo, si no se alcanzaba dicha prueba por otra vía, el sujeto debería haber sido sancionado como reo de un homicidio imprudente, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Para evitar una conclusión de esta índole, materialmente injusta y disfuncional para el sistema penal si fuese la habitual, parece acertado tener en cuenta lo siguiente —*octava tesis*—: la proposición por la que se califica una conducta como dolosa (o como meramente imprudente) es una proposición de naturaleza atributiva, y no simplemente descriptiva. Quiere ello decir que la calificación de «dolosa» es, de nuevo, una atribución de sentido que se hace a la acción. Descriptivas son sólo aquellas proposiciones que afirman la existencia comprobada de ciertos conocimientos en el sujeto. Pero, en la mayoría de los casos, cuando dicha comprobación no es

posible, ha de bastar con dicha atribución de sentido: es decir — *novena tesis*—, que no es necesario (aunque sí deseable) verificar empíricamente la existencia de dichos conocimientos, sino que basta con comprobar que el sujeto se encontraba de hecho en una situación, tanto personal como circunstancial, en la que, conforme a las «leyes de experiencia», había de tenerlos. De este modo, lo que se hace en realidad es atribuir a la conducta del sujeto un sentido psíquico, más que verificar auténticamente el contenido psíquico real de la misma (por ser imposible).

Naturalmente, la cuestión problemática puede ser aquí la de la legitimidad de las «reglas de experiencia» como fundamento suficiente para esta atribución de sentido. A este respecto, habría que distinguir entre dos géneros de reglas: primero, las propias de la Psicología, acerca de pensamiento, aprendizaje, memoria, etc.; y luego, otras, de “sentido común”, que dicen que, cuando ciertos conocimientos se pueden dar por comprobados, puede ser atribuida una determinada voluntad. Respecto de las primeras, nada tenemos que decir: el juez ha de apoyarse aquí en los conocimientos propios de la Psicología (que, desgraciadamente, serán casi siempre —cuando existan— meramente probabilísticos), sin poder separarse de los mismos.

Respecto del segundo tipo de reglas de experiencia, debemos observar que, en realidad, el problema no es ya específico del dolo: el mismo problema existe en todos los casos en los que la determinación de la responsabilidad penal —y cualquier otra valoración humana de conductas— ha de basarse en juicios atributivos de sentido (autoría, imputación objetiva del resultado,...). En este sentido, hay que reconocer que se trata de un problema necesitado de ulterior concreción. No obstante, es importante destacar en cualquier caso cuál es el género de razonamiento que ha de realizar el juez al respecto: primero, un razonamiento de valoración de las pruebas (de las pruebas psicológicas), que argumente sobre el valor atribuible a las mismas; y además, un razonamiento basado en argumentos de sentido común, acerca de lo que es dable esperar que “quiera” un sujeto con una cierta clase y cantidad de conocimientos.

Si todo esto es así, parece que en el caso de referencia el TS debió haber entrado a considerar si, dada la situación en la que Juan se encontraba, era lógico pensar que había de poseer los conocimientos suficientes acerca del peligro que con su actuación creaba para que dicha actuación, pese a ello realizada, pudiera interpretarse como dolosa (dirigida volitivamente —en el sentido antes indicado— a lesionar de forma subsumible en el tipo legal el bien jurídico protegido) y dolosa.

13. Para acabar, nos referiremos brevemente a aquellos casos en los que existen discrepancias entre la realidad externa y el contenido del conocimiento que el sujeto posee acerca de dicha realidad (*casos de error*); y concretamente, a los supuestos —como podría haber ocurrido aquí— en los que dicha discrepancia afecta al grado de peligro de la propia actuación para el bien jurídico. Como decíamos, se trata de casos de error, y de error de tipo, además. La cuestión a debate, claro está, estriba en determinar si dicho error merece o no relevancia, y si dicha relevancia alcanza a excluir la calificación de dolosa para la conducta. En este sentido, hay que decir —*décima tesis*— que el error acerca de la peligrosidad de la conducta excluirá la calificación de la conducta como dolosa cuando, en virtud del mismo, el grado de conocimiento del sujeto sobre el peligro no permitido inherente a su actuación se reduzca de tal modo que su actuación no pueda ser interpretada ya como una manifestación de haber aceptado tal hecho; o, en otras palabras, cuando no se pueda afirmar ya la existencia de un conocimiento suficiente de la existencia de dicho peligro concreto elevado y no permitido. Y, naturalmente, para determinar esto serán aplicables cuantas consideraciones han sido hechas a lo largo de este comentario.

En el caso concreto, por lo tanto, solamente si no se demostrase que Juan conocía que de su conducta se derivaba un peligro concreto, elevado y no permitido para la vida de Montserrat, y que, pese a ello, la llevó a cabo, cabría excluir la calificación dolosa. Si se demostrase lo contrario, es decir, el desconocimiento del peligro hasta ese punto, estaríamos ante un error excluyente del dolo.

14. Recordemos ahora, a modo de breve síntesis, algunas de las *conclusiones* que hemos ido extrayendo a lo largo de la exposición, acerca del método correcto de prueba y argumentación para la calificación de una conducta como dolosa, especialmente en aquellos casos en las que resulta dudosa la existencia de dolo eventual o de mera imprudencia consciente:

a) No es posible demostrar directamente, por vía de prueba, la existencia o ausencia de dolo en una conducta, sino que ello ha de ser inferido mediante argumentación.

b) La demostración de la existencia de dolo sólo puede hacerse a través de la demostración de la presencia de sus indicadores —estos sí verificables— (prueba indiciaria).

c) Allí donde no exista (donde no sea demostrable) un desvalor objetivo de la conducta (un peligro concreto, previsible *ex ante* y no permitido, para el bien jurídico protegido) subsumible en el tipo legal no habrá dolo.

d) Es posible y necesario distinguir entre aquellos elementos que a un nivel abstracto (no verificable empíricamente) han de predicarse en la definición del dolo como elementos constitutivos del mismo y aquellos otros cuya presencia ha de probarse en el caso concreto, y a partir de los que ha de argumentarse —inferirse— la presencia de dolo en la actuación del sujeto.

e) En el lado interno de la actuación solamente pueden actuar como indicadores adecuados de la existencia de dolo los datos acerca de la actividad cognoscitiva del sujeto.

f) La existencia de voluntad de realizar el tipo ha de deducirse de la presencia de los indicadores del dolo, que se refieren únicamente a su objeto —los actos externos— y a la actividad cognoscitiva que sobre él recae.

g) La diferencia entre el dolo eventual y la mera imprudencia consciente estriba en que en esta última, el grado de conocimiento del sujeto acerca del peligro concreto *ex ante* inherente a la conducta no permite inferir, conforme al procedimiento indicado, una decisión contraria al bien jurídico y favorable a su lesión o puesta en peligro.

h) La proposición por la que se califica una conducta como dolosa (o como meramente imprudente) es una proposición de naturaleza atributiva, y no simplemente descriptiva.

i) Por consiguiente, para calificar una conducta como dolosa basta con comprobar que el sujeto se encontraba de hecho en una situación, tanto personal como circunstancial, en la que, conforme a las «leyes de experiencia», había de tenerlos.

j) El error acerca de la peligrosidad de la conducta excluirá la calificación de la conducta como dolosa cuando, en virtud del mismo, el grado de conocimiento del sujeto sobre el peligro no permitido inherente a su actuación se reduzca de tal modo que su actuación no pueda ser interpretada ya como una manifestación de haber aceptado tal hecho.

k) Si *aplicamos lo dicho al caso* que nos ocupa, nuestras conclusiones concretas habrán de ser dos. La primera de ellas es que la actividad probatoria realizada por el Tribunal de instancia y la argumentación tanto de aquél como del TS resultan absolutamente inadecuadas para poder llegar a ninguna conclusión suficientemente fundada sobre si existía dolo —eventual— o no por parte del sujeto en relación con la muerte de su víctima en el momento de actuar. En segundo lugar, nos atrevemos, no obstante lo anterior, a aventurar una respuesta intuitiva a

esta cuestión: en nuestra opinión —y, repetimos, con los escasos datos relevantes que la sentencia aporta—, es bastante posible que, de haberse hecho la correspondiente investigación, se pudiera haber llegado a la conclusión de que la conducta del sujeto fue dolosa; pues, como hemos dicho, resulta altamente improbable que en el caso concreto el sujeto no se haya representado, siquiera sea de modo no plenamente consciente (co-consciente), el elevado grado de peligro concreto de muerte en el que ponía a la víctima con su actuación, de tal modo que se pueda decir que con ello aceptaba (se decidía por) la posibilidad de lesionar el bien jurídico vida —dolo eventual—. Respuesta esta, la nuestra, que, aunque coincidente sustancialmente con la que dio el TS, en nada le excusa, como hemos visto, de la absoluta ausencia de fundamentación adecuada; una ausencia de fundamentación que hubiera debido obligarle a calificar la conducta, alternativamente, como imprudente, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

III

La Sentencia comentada aceptaba, en su último Fundamento de Derecho, uno de los motivos de casación alegados por el recurrente, y consideraba inaplicable en este caso el tipo recogido por el art. 345 CP-1944/1973, de exhumación y traslado ilegal de cadáveres. Dejando a un lado lo discutible que era la posibilidad de subsumir la conducta objetiva efectivamente realizada por Juan en el tenor literal del precepto indicado, si el mismo era interpretado atendiendo a su sustrato teleológico, debemos centrarnos aquí en la argumentación del TS: aceptando la alegación del recurrente, el Tribunal consideró que el tipo del art. 345 CP-1944/1973 exigía un «dolo específico» en cuyo contenido se incluía la finalidad de «atentar contra normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública».

Y, sin embargo, dicha interpretación carecía de base legal o dogmática alguna. Como debería resultar obvio, la calificación como dolosa de una conducta que, desde el punto de vista objetivo, resultara subsumible en el tipo del art. 345 CP-1944/1973 exigía única y exclusivamente que el sujeto conociera las circunstancias típicas con aquel grado de conocimiento al que antes nos hemos referido. Estas circunstancias típicas eran, en el precepto que nos ocupa, básicamente tres: la acción («exhumación» o «traslado»), el objeto material («restos humanos») y un elemento de remisión normativa («con infracción de las disposiciones sanitarias»). Sin adentrarnos en cada uno de estos aspectos, lo único que nos interesa resaltar ahora es que la argumentación judicial confundió el dolo con un elemento subjetivo

adicional del injusto (la finalidad de atentar contra normas protectoras de la salud pública), inexistente en el tipo legal (no hay, pues, tal «dolo específico»): así, conforme a la primera interpretación —correcta—, bastaría con que el sujeto supiese que su conducta atentaba contra dichas disposiciones sanitarias; conforme a la —incorrecta— segunda, sería necesario que además su conducta fuese internamente dirigida de forma principal a dicha infracción.

Por lo demás, la cuestión a la que el Tribunal quería dar solución era perfectamente solventable por la vía del concurso de leyes: pues nos hallábamos, precisamente, ante un caso de «acto posterior copenado», en virtud del principio de consunción, y de las razones valorativas que el mismo TS enuncia («sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado»).

SEGUNDO COMENTARIO

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho penal. Universitat Jaume I de Castelló

JAVIER MIRA BENAVENT

Profesor Titular de Derecho penal. Universitat de València

En el presente comentario nos vamos a ceñir exclusivamente a aquellos motivos del recurso referidos a cuestiones penales sustantivas de Parte General, dejando al margen los problemas procesales. A nuestro juicio, los temas a desarrollar pueden concretarse en los siguientes puntos: A) Delimitación entre homicidio con dolo eventual y homicidio imprudente; B) Concurrencia de eximente incompleta de enajenación mental; C) Aplicación en su caso de un delito contra la salud pública consistente en trasladar restos humanos con infracción de las disposiciones sanitarias; y D) Apreciación de un delito de violación o de abusos deshonestos*.

* Somos conscientes de que, como consecuencia de los años transcurridos desde que redactamos estas líneas, las dos últimas cuestiones a las que se extiende nuestro comentario han quedado obsoletas, de una parte, porque los artículos 339 y 345 del anterior CP referidos a inhumaciones ilegales y a traslado de restos humanos ya no están vigentes, y de otra, por las sucesivas modificaciones que han sufrido los delitos contra la libertad sexual desde entonces. Sin embargo, hemos decidido conservarlos íntegros en la presente publicación por la siguiente razón: nuestra intención al comentar la STS de 11 de octubre de 1989 era realizar un análisis crítico de dicha reso-

Consideramos oportuno precisar, antes de comenzar nuestro comentario a la STS de 11 de octubre de 1989, el estricto acatamiento a los hechos declarados probados, con lo que expresamente renunciamos a formular hipótesis, conjeturas o cualquier suerte de aventura creativa más allá de la rigurosa proclamación fáctica realizada por el órgano jurisdiccional.

A) Homicidio con dolo eventual y homicidio imprudente

En el supuesto enjuiciado, la opción entre su calificación como homicidio con dolo eventual u homicidio imprudente ha de deducirse necesariamente de la relación de hechos probados. Y en éstos consta únicamente la siguiente declaración: “el procesado, entre tanto, como quiera que aún no había alcanzado el orgasmo que pretendía, tomó un almohadón colocándolo sobre la cara de Montserrat, oprimiendo fuertemente sobre ella con tal presión que obstaculizó sus vías respiratorias ocasionándole con ello la muerte de la que no llegó a percatarse hasta que sus pasiones quedaron satisfechas tras la eyaculación”. Pues bien, tanto para la Audiencia Provincial como para el Tribunal Supremo la conducta es constitutiva de un delito de homicidio con dolo eventual. Por el contrario, la defensa del acusado entiende que su representado no actuó con dolo de matar y que la muerte se produjo tan solo por imprudencia.

Elegir entre una u otra solución no es en absoluto sencillo. En realidad supone adentrarse en una de las cuestiones más escurridizas de la Parte General del Derecho penal, y en consecuencia de una gran complejidad dogmática. Por tanto, cualquier solución será siempre discutible, y no sólo respecto de un caso concreto sino incluso en abstracto.

Con el fin de intentar resolver adecuadamente este problema, es decir, delimitar la frontera que debe existir entre el dolo eventual y la culpa consciente, la doctrina ha elaborado diversas teorías.

En primer término, nos encontramos con las que podríamos denominar “teorías negativas”, por cuanto incardinan a todos los efectos el dolo eventual en el ámbito de la imprudencia. Para sus

lución desde la perspectiva del estado de la doctrina científica y del Derecho vigente en aquellos momentos; y desde dicha óptica, la Sentencia nos parecía criticable en los dos puntos mencionados por los motivos que luego se expondrán. El paso del tiempo puede cambiar muchas cosas, entre ellas el Derecho vigente, pero no puede convertir en buena una resolución judicial que, a nuestro modo de ver, nunca lo fue (al menos respecto de las dos cuestiones referidas).

defensores, el dolo eventual no se diferencia de la culpa por cuanto en sentido estricto no comporta la existencia de una voluntad preordenada a un fin. Es decir, en el dolo eventual no existiría *intención*, pues el resultado antijurídico no aparece como la finalidad perseguida por la voluntad del autor. Aceptar semejante planteamiento conlleva necesariamente la negación del problema planteado, habida cuenta de la falta de necesidad de delimitar ambas categorías, al proceder en su tratamiento de una forma unitaria e indiferenciada.

En segundo lugar, debemos referirnos a las llamadas “teorías del consentimiento”. Y a su vez, dentro de ellas, es preciso distinguir entre la “teoría hipotética del consentimiento” de un lado y la “teoría positiva del consentimiento” de otro. La primera traza la línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa consciente mediante la formulación de un juicio hipotético en el que se toma como parámetro lo que el autor hubiera hecho en el caso de haberse representado como seguro la producción del resultado antijurídico: si no obstante hubiera actuado de igual manera a como lo hizo habrá dolo eventual; si por el contrario se hubiera abstenido de llevar a cabo la conducta apreciaríamos tan solo culpa. La segunda teoría trata de alcanzar la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente recurriendo al comportamiento efectivo del sujeto: así, si actuó a toda costa, con independencia y sin importarle la producción del resultado, concurrirá dolo eventual; sin embargo, si de su conducta se puede deducir la intención de esquivar o eludir la producción del resultado, entonces sólo se le podrá imputar dicho resultado a título de culpa.

En tercer lugar, nos encontramos con las denominadas “teorías de la probabilidad”, las cuales establecen la línea divisoria entre dolo eventual y culpa consciente en el grado de probabilidad con el que el sujeto se representó la producción del resultado: si se representó como probable su causación habrá dolo eventual; pero si en su representación el resultado apareció sólo como posible, entonces concurrirá únicamente culpa consciente.

Por último, la STS comentada de 11 de octubre de 1989 alude a una llamada “teoría de la peligrosidad”, en virtud de la cual se establece la frontera entre dolo eventual y culpa consciente acudiendo a la distinción entre peligro representado en concreto, que daría lugar a la forma dolosa, y peligro representado en abstracto, que haría aparecer la modalidad culposa.

No nos queda, pues, otra vía que acoger una de estas teorías y aplicarla después al supuesto de hecho de la STS de 11 de octubre de 1989. A nuestro juicio, las soluciones más satisfactorias las aporta la

“teoría positiva del consentimiento”, y aunque no es este el lugar idóneo para justificar esta decisión, al menos conviene resaltar muy brevemente algunas de las razones que nos inclinan por dicha teoría.

Tradicionalmente, las clases de dolo (y entre ellas, el dolo eventual) se han establecido atendiendo al grado de intención del sujeto. Y en nuestra opinión, sólo la “teoría positiva del consentimiento” sigue manteniendo la distinción entre dolo eventual y culpa consciente sobre la base exclusiva del elemento volitivo que es definitorio del dolo en general. En efecto: dicha teoría trata de verificar la existencia de la intención con la que actuó el sujeto, y trata de verificarla a partir de su comportamiento externo. Es decir: se trata de captar el sentido real del querer del sujeto expresado a través de su comportamiento externo, pues sólo atendiendo al conocimiento que tenía el sujeto y a su actitud emocional materializada en la ejecución concreta de su conducta, estaremos en condiciones de determinar si el sujeto efectivamente ha asumido o no la producción del resultado. Si el sujeto era consciente de lo que podía pasar y actuó a pesar de todo, sin importarle la producción del resultado, podremos decir que lo *quería* y que por tanto obró con dolo eventual; en cambio, si trató de evitar el resultado, si confió fundadamente en que no se produciría, no podrá decirse que lo *quería*, y en consecuencia sólo podremos decir que actuó con culpa consciente. La “teoría positiva del consentimiento” mantiene, por tanto, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente sobre la base de la existencia o no de intención en el sujeto, es decir, sobre la base del elemento volitivo necesario en cualquier clase de dolo.

Los seguidores de las “teorías negativas”, que equiparan el tratamiento de dolo eventual y culpa consciente, olvidan precisamente que el dolo siempre comporta, por definición, la existencia de un elemento volitivo, que es el que marca la diferencia con la culpa. Por ello, el dolo eventual, en cuanto supone una conducta de alguna forma intencional, será siempre dolo.

Tampoco la “teoría hipotética del consentimiento” resulta convincente, desde el momento en que se apoya en una mera hipótesis o conjetura acerca de lo que supuestamente hubiera hecho sujeto en el caso de representarse como segura la producción del resultado. Y ciertamente, lo importante no es lo que hubiera hecho, sino lo que efectivamente hizo.

De igual modo, las “teorías de la probabilidad”, al no tomar como punto de partida el elemento volitivo sino únicamente el intelectual del dolo, no consiguen efectuar una nítida separación respecto de la culpa consciente. Y por ello, se arriesgan a sustentar la imputación dolosa

sobre una frágil hipótesis: la diferencia entre probable y posible. Diferencia que, como ya advertíamos, afecta no a la intención sino sólo a los conocimientos que tiene el sujeto de la situación.

Quizás por todos estos inconvenientes, algunos autores han acudido recientemente a posiciones mixtas. Entre ellas la sugerida la propia STS que estamos comentando, donde se propone acudir a la idea de tratar de averiguar si el sujeto obró con una representación de “peligro abstracto” o de “peligro concreto”. Sin embargo, pensamos que este criterio no es en absoluto novedoso, pues sigue anclado en el expediente de no analizar cómo actuó efectivamente el sujeto (con o sin intención), sino que utiliza una hipótesis aparentemente nueva consistente en indagar la intensidad o el grado de peligro con el que el sujeto se representó los hechos. Se trata, pues, de una teoría que sigue sin abandonar el elemento intelectual del dolo como eje principal para resolver la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente. En nuestra opinión, no deja de ser sino una versión más de la “teoría de la probabilidad”.

Centrándonos ya en el relato fáctico de la STS de 11 de octubre de 1989 que estamos comentando, y aunque éste ofrece muchas zonas de duda, pues se trata de un ejemplo casi insuperable de caso fronterizo, parece que aplicando la “teoría positiva del consentimiento” debe apreciarse la existencia de dolo eventual en la conducta del autor, ya que actuó siempre y en todo momento sin importarle la producción del resultado de muerte: su comportamiento aparece guiado en todo momento por la satisfacción de un deseo de carácter sexual, lo que le hizo actuar a toda costa y con independencia de que se produjera o no cualquier consecuencia derivada de su proceder. Así las cosas, puede decirse que al sujeto, con tal de satisfacer sus deseos sexuales, le daba igual lo que ocurriera, asumía lo que pudiera suceder: hay dolo eventual porque el resultado de muerte aparece como *querido* en tanto en cuanto el sujeto lo ha *asumido* como una consecuencia probable de su acción, aunque no fuera ésta la finalidad última de su conducta. En este sentido, coincidimos con la STS de 11 de octubre de 1989.

B) Concurrencia de eximente incompleta de enajenación mental

También compartimos la opinión de la STS que estamos comentando al rechazar la aplicación de esta circunstancia. Y ello porque cualquier circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y una eximente incompleta aún más, ha de estar tan probada como los hechos que dan lugar a la apreciación del delito. Y en este

caso, ni del relato fáctico ni de los informes periciales se deduce la existencia de una enajenación mental. Así pues, ha de sostenerse su inaplicación por no concurrir en el caso comentado.

C) Aplicación de un delito contra la salud pública consistente en trasladar restos humanos con infracción de las disposiciones sanitarias**

Del mismo modo, también nos parece correcta la decisión de la STS comentada en el sentido de rechazar la aplicación del delito contemplado en el artículo 345 del Código penal a los hechos enjuiciados. De esta manera, además, se rompe con una larga y criticable trayectoria jurisprudencial que, con alguna aislada excepción, venía admitiendo la existencia de un concurso real de delitos entre las inhumaciones ilegales y los diversos tipos de homicidio, apoyándose para ello en el carácter heterogéneo de los bienes jurídicos tutelados por ambas figuras delictivas. Y, si bien es cierto que en el caso enjuiciado por la STS que comentamos se trata de un supuesto de traslado de restos humanos con infracción de las disposiciones sanitarias y no de una genuina inhumación ilegal, pensamos que los argumentos utilizados tradicionalmente por la doctrina para rechazar el concurso real entre el artículo 339 y los delitos contra la vida, son también predicables respecto del artículo 345 en los mismos casos.

Por eso, aún estando de acuerdo con el fondo, no compartimos los argumentos empleados por la STS que comentamos para rechazar la aplicación del artículo 345 en el supuesto enjuiciado. El TS estima en este caso que en este delito, después sobre todo de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, “es imprescindible la existencia de un *dolo específico o intencionalidad concreta* en quien realiza la acción que se imputa, requisito intencional que no puede ser apreciado en aquellos supuestos (como el presente) en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver es solamente ocultar o disimular la acción homicida y no atentar contra normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública”.

Pensamos, por el contrario, que el delito contenido en el artículo 345 no exige en su redacción actual ningún elemento subjetivo (o dolo específico, como incorrectamente se le denomina en la STS) para delimitar el ámbito del injusto, sino que éste se integra con la simple y única desobediencia a las normas administrativas sanitarias

** Téngase en cuenta que, como ya se ha advertido, el comentario que sigue está referido al Derecho vigente en el momento de dictarse la Sentencia.

a las que se remite el precepto. Es decir: basta con que el sujeto realice la conducta descrita por el tipo sabiendo que no observa lo prevenido en las disposiciones sanitarias sobre la materia, sin que se necesite de ningún otro momento anímico o elemento subjetivo para dotar de sentido antijurídico a la exteriorización de la conducta. El artículo 345 contiene, pues, un tipo sencillamente *doloso*, en el que no se requiere además una adicional intención específica o concretamente dirigida a “atentar contra normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública”. Si así fuera, como pretende la STS comentada, tendríamos que convenir en la irrelevancia penal de conductas como las descritas en el artículo 345, pero guiadas por un ánimo distinto que desplazaría al exigido ahora por el TS en este precepto; como, por ejemplo, aquellos casos en los que un sujeto realiza una exhumación o traslado de los restos humanos de sus familiares más cercanos, sabiendo que con ello infringe las disposiciones sanitarias, pero con la exclusiva intención de conservarlos en el propio hogar para, de esta manera, poder honrarlos directamente sin la incomodidad de tener que desplazarse todos los días al cementerio. Y cuestión distinta es el sinsentido que supone el seguir castigando con una pena este tipo de conductas (sobre este extremo, véase la propuesta despenalizadora a la que nos sumamos, de BOIX REIG, que se muestra partidario de relegar estas conductas al ámbito administrativo; BOIX REIG, J. *Derecho penal, parte especial*, VVAA, 3ª edic., pág. 307).

Para rechazar la tesis del pretendido concurso real entre estas figuras y los delitos contra la vida, no hace falta, por consiguiente, acudir a inexistentes elementos subjetivos o específicos del injusto, sino que para ello sobran los argumentos mantenidos tradicionalmente por la doctrina en esta cuestión. En este sentido, parece más aceptable admitir que “nos encontramos ante un concurso de normas, siendo la inhumación (y pensamos que también, por la misma razón, el traslado de restos humanos) un acto posterior impune” a todos los delitos contra la vida (BOIX REIG, pág. 309), pues “el desvalor que supone está ya incluido en la penalidad de estos delitos” (MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal, parte especial*, 8ª edic., pág. 484). Se trata, en definitiva, de un *acto copenado* que resulta absorbido por la penalidad del precedente delito de homicidio en cualquiera de sus formas. Y es en este marco donde precisamente cobran sentido las palabras de la propia Sentencia que estamos comentando, al admitir que “sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado”.

*D) Apreciación de un delito de violación o de abusos deshonestos****

No queremos acabar este comentario sin hacer antes una breve referencia a una cuestión que, si bien ni es abordada por la Sentencia por las razones que a continuación se dirán, no por ello deja de llamar cuanto menos la atención. Se trata de la calificación que merecen los ataques a la libertad sexual de la víctima llevados a cabo por el autor.

En los Antecedentes de Hecho que acompañan la Sentencia se declara probado que el procesado, por medio de la fuerza, penetró primeramente a la víctima por el ano, que resultó erosionado, para posteriormente colocarse sobre su cuerpo introduciendo su pene en la vagina, iniciando de esta forma una cópula a la que la mujer se negaba con sus movimientos de defensa. Sobre semejante base fáctica, parece que tanto la acusación particular como el Ministerio Fiscal imputaron al procesado la comisión de, además de un delito de violación, otro de abusos deshonestos; delito este último del que fue absuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Sin embargo, este último extremo del fallo no fue recurrido en casación ni por la acusación particular ni por el Ministerio Fiscal, ni obviamente por la defensa, razón por la cual el Tribunal Supremo no entra a dilucidar la cuestión relativa a la calificación de los ataques a la libertad sexual llevados a cabo por el procesado. A pesar de ello, no nos resistimos a comentar brevemente este punto, dada la importancia del tema, sobre el que, además, existen datos suficientes para llegar a una conclusión.

De los Antecedentes de Hecho que obran en la Sentencia comentada se desprende claramente, como ya hemos apuntado, que el procesado llevó a cabo dos ataques perfectamente diferenciados contra la libertad sexual de la víctima: un coito anal y un coito vaginal, ambos consumados por haber logrado en los dos casos la penetración. Pues bien: aunque no es objeto del presente comentario, no estamos de acuerdo con la decisión de la Sentencia de la Audiencia Provincial al calificar la conducta del procesado, sobre las bases de la regulación de estas figuras anterior a la reforma de 21 de junio de 1989, como un único delito de violación, absolviendo de otro de abusos deshonestos del que venía siendo acusado por las otras partes en el proceso. Desconocemos, por las razones antedichas, los argumentos que condujeron al tribunal "a quo" a semejante calificación; pero es fácil

*** Téngase en cuenta que, como ya se ha advertido, el comentario que sigue está referido al Derecho vigente en el momento de dictarse la Sentencia

suponer que estimara, como hace gran parte de la doctrina, que el delito de violación absorbe a los abusos deshonestos cuando ambos concurren en unos mismos hechos. Se recurre así al principio de consunción, al entender que el desvalor que comportan los abusos deshonestos resulta absorbido por el delito de violación.

Si bien esto es cierto cuando se trata de abusos deshonestos consistentes, por ejemplo, en tocamientos dirigidos directamente a lograr el acceso carnal, o que sólo tienen sentido en función de éste, o le son inherentes, no creemos que suceda lo mismo con un ataque a la libertad sexual de las características y la gravedad del coito anal, pues éste no forma parte del *iter* del posterior yacimiento por vía vaginal, ni constituye una actividad preparatoria del mismo, ni tampoco se trata de un acto sexual que vaya indisolublemente unido a la conducta propia del antiguo delito de violación. El coito anal constituye, por el contrario, una actividad sexual autónoma y absolutamente separable del coito vaginal; y, además, de tanta gravedad como éste, por lo que el legislador decidió finalmente llevarlo al ámbito del delito de violación castigándolo con la pena de reclusión menor. Esta es, por otra parte la posición del propio Tribunal Supremo, de la que por tanto se separa la Sentencia de la Audiencia Provincial a la que nos estamos refiriendo; así, por ejemplo, en un caso similar al aquí comentado en el que el sujeto penetró a la víctima primero por vía vaginal, y después por vía anal y bucal, la Sentencia de 5 de mayo de 1989 (R.A. 4949) entendió que “no cabe decir, por tanto como pretende la parte recurrente, que los actos posteriores al yacimiento deben quedar subsumidos en la violación. Es preciso entender, por el contrario, que constituyen unos abusos deshonestos autónomos”, pues suponen “una ulterior agresión sexual a la víctima y una notable agravación de su natural aflicción, que se compagina mal con la subsunción pretendida y con el necesario respeto al principio de proporcionalidad de las penas”.

Todo ello nos inclina a mantener que en los hechos enjuiciados por la Sentencia aquí comentada nos encontramos ante un concurso real de delitos. Estimamos, por consiguiente, que el procesado, de acuerdo con la regulación legal de estas figuras anterior a la reforma de 21 de junio de 1989 (Ley aplicable a los hechos), es autor tanto de un delito de violación del art. 429 (por el coito vaginal) como de otro de abusos deshonestos el artículo 430 (por el coito anal).

La calificación, sin embargo, tendría que ser forzosamente distinta con arreglo a la vigente redacción de ambas figuras delictivas, al haber sido trasladado el acceso carnal por vía anal del ámbito incriminatorio del antiguo delito de abusos deshonestos al de la violación. La cuestión entonces se centraría en tratar de dilucidar si el procesado en el caso

que comentamos ha realizado uno o dos delitos de violación, al haber llevado a cabo dos de los accesos carnales que hoy castiga el actual artículo 429. Y si aceptáramos una criticable y contradictoria línea jurisprudencial que, a pesar de negar la aplicación del delito continuado en la violación por afectar ésta a bienes eminentemente personales, considera sin embargo que cuando se producen varios accesos carnales bajo la misma situación de fuerza o intimidación, entre unos mismos sujeto activo y pasivo, y en el ámbito de una misma ocasión de tiempo y lugar deben considerarse constitutivos de una sola acción punible, tendríamos que llegar forzosamente a la conclusión de que la reforma de 1989 vendría a suponer un beneficio para el procesado que respondería en este caso por un solo delito de violación, y le beneficiaría porque dejaría de responder por los abusos deshonestos que, a nuestro juicio, eran aplicables antes de la reforma. Pero ello constituye un problema que escapa a los límites del presente trabajo y que merecería un comentario independiente.
