



El "desprecio" como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de León

SUMARIO: 1. Introducción: el "desprecio" como elemento de los tipos penales. 2. Conducción temeraria: conducción "con consciente desprecio por la vida de los demás" (art. 384 CP): 2.1. Aplicación jurisprudencial del precepto. 2.2. Posibilidades de delimitación en la parte objetiva del tipo. 2.3. Posibilidades de delimitación a través del dolo. 2.4. "Consciente desprecio por la vida de los demás": ¿elemento objetivo o subjetivo? 2.5. ¿Es el "desprecio" una emoción? 2.6. El "desprecio" como disposición emocional. 2.7. "Desprecio" y motivación de la conducta. 2.8. "Desprecio" y principio de responsabilidad por el hecho. 2.9. Conclusiones. 2.10. Posibles interpretaciones alternativas (contra legem). 3. Delitos contra el honor, acusación y denuncia falsas, injurias discriminatorias: "temerario desprecio hacia la verdad" (arts. 205, 208, 456.1 y 510.2 CP). 4. Seis conclusiones generales.

1. Introducción: el "desprecio" como elemento de los tipos penales

A la hora de describir la conducta delictiva, el CP español vigente recurre en cinco ocasiones a dos expresiones similares:

— En el art. 384 CP, se castiga al sujeto que conduzca temerariamente "con consciente desprecio por la vida de los demás" con una pena agravada respecto de la establecida para el tipo básico del art. 381 CP.

— Y en los arts. 205 (calumnias), 208 (injurias), 456.1 (acusación y denuncia falsas) y 510.2 (injurias con finalidad discriminatoria) CP se tipifican como delictivas las correspondientes conductas cuando sean realizadas "con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad".

Aparece, pues, en ambos grupos de preceptos una expresión —"desprecio"— que, con estar evidentemente cargada de connotaciones valorativas (muchas de ellas extrapenales, extrajurídicas incluso), sin duda requiere una cuidadosa interpretación a la luz de la *ratio* de cada uno de los tipos penales en cuestión, así como de los principios fundadores y limitadores de la responsabilidad penal, para poder ser aplicada. Pues, en efecto, de otro modo las expresiones de este calibre acaban actuando, en tanto que filtros de selección de las conductas a inculpar, en el mejor de los casos, como instrumentos de una selección meramente casuística, indeterminable *a priori* (y generando con ello una inseguridad jurídica inaceptable: violación del mandato de determinación de los tipos penales)¹; y, en el peor, como una forma de selección más propia del Derecho Penal de autor.

1. De cualquier modo, y antes de entrar en cuestiones interpretativas, me permitiré observar que delitos configurados como lo han sido éstos constituyen ejemplos paradigmáticos de violación de dicho mandato de determinación. Pues, en efecto, si tal mandato se sustenta en el principio de legalidad penal, que a su vez se apoya en la necesidad de otorgar certeza del Derecho punitivo, entonces es claro que tipos penales de esta índole no cumplen con esta exigencia: ¿cómo podría saber el ciudadano medio —el conductor medio, el periodista medio,...— si algo es una conducción "con consciente desprecio por la vida de los demás" o tan sólo una conducción temeraria común, si es la imputación falsa de delitos con "temerario desprecio hacia la verdad" o únicamente una imputación sin haberse cerciorado bien de dicha falsedad, etc.? Y, si tal determinación resulta *a priori* casi imposible para el ciudadano medio, entonces estamos ante un Derecho incierto. En sentido semejante, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3.ª ed., Barcelona, J. M. Bosch, 1996, pp. 244, 759; TAMARIT SUMALLA, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 1093. No obstante, en lo que sigue prescindiré de esto, para concentrarme exclusivamente en las posibilidades —e imposibilidades— de interpretación de elementos subjetivos de esta índole.

En este sentido, no hace falta insistir en la cercanía entre lo que significa constatar la presencia de elementos típicos como los mencionados y lo que ya es propiamente un juicio acerca del carácter o la personalidad del delincuente, acerca de sus motivos y de sus finalidades. Por ello, me parece —y es ésta mi inquietud de fondo al emprender este estudio— que en elementos de esta índole se pone a prueba de manera palmaria, en el plano de los elementos subjetivos del injusto, tanto la vigencia del principio de responsabilidad por el hecho como la vinculación entre elementos típicos y fundamentos materiales de la antijuridicidad penalmente relevante. Dicho en otros términos: interpretar elementos típicos como el de “desprecio” obliga a llegar hasta la frontera de lo que, en el plano subjetivo, puede fundamentar un juicio jurídico-penal de desvalor; y, por ende, marcar con claridad dicha línea infranqueable, explicitando lo que queda más allá de ella y consiguientemente resulta ilegítimo.

2. Conducción temeraria: conducción “consciente desprecio por la vida de los demás” (art. 384 CP)

2.1. Aplicación jurisprudencial del precepto

En primer lugar, comenzaré por el art. 384 CP. En el mismo, tal y como se ha dicho, la exigencia de “consciente desprecio por la vida de los demás” constituye el elemento típico que fundamenta la agravación (hasta la de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho de conducción de seis a diez) de la pena del delito de conducción temeraria (art. 381 CP: pena de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho de conducción de uno a seis años). Por ello, con independencia de cuál fuera la voluntad expresa del legislador², a efectos interpretativos nos importa analizar el tenor literal del tipo, así como la praxis jurisprudencial en la materia, para intentar establecer ese límite entre las conductas subsumibles en el art. 384 CP y aquellas otras que, por el contrario, han de reconducirse al art. 381 CP. Y acaso convenga comenzar precisamente por dicha praxis jurisdic-

cial, para detectar cómo se está interpretando y aplicando realmente el precepto. En este sentido, el examen de la jurisprudencia indica que el delito del art. 384 CP —o su equivalente en el código anterior: art. 340 bis d) CP-1944/1973— se ha aplicado a los siguientes casos:

— En un aparcamiento, un sujeto montado en una motocicleta la dirige a toda velocidad contra un grupo de personas, aunque no conste si existía ánimo de atropellarlas o únicamente de llamar su atención. De resultas de lo ocurrido ninguna de dichas personas resultó herida, pues fueron capaces de esquivar el vehículo. No obstante, el ciclomotor se estrelló contra un murete, destrozándolo. (STS 25-10-1999, A. 7586)

— Un conductor circula en sentido contrario por el carril de deceleración de una autovía. (SAP-Almería 25-3-1999, A. 1620)

— Dos conductores llevan a cabo una persecución a alta velocidad en una autopista, circulando uno de ellos por uno de los carriles de sentido contrario a aquel en el que se movía. Además, uno de ellos llega a abrir en marcha una de las puertas del vehículo. Y la persecución continúa a lo largo del caso urbano, acabando por embestir a un tercer vehículo. Todo ello, bajo la influencia de bebidas alcohólicas. (STS 11-4-2001, A. 2973)

Por el contrario, y pese a que la acusación así lo había solicitado, no se aplicó este delito a estos otros dos supuestos:

— Enzarzados en una discusión acerca de su respectiva forma de conducir, dos sujetos colocan durante un buen rato sus vehículos en paralelo, aunque sin entrar en el carril contrario. Luego, cuando se detienen, uno de ellos da marcha atrás contra el otro, chocando intencionadamente con él. (SAP-Cantabria 16-11-1994, A. 46)

— Un sujeto se agarra a un vehículo que intenta huir y éste le lleva colgado sobre el capó del coche durante varios metros, hasta que cae finalmente al suelo. (STS 19-2-1996, A. 1050)

Las razones por las que se ha excluido la aplicación del precepto han sido básicamente dos. La primera sería la menor peligrosidad de la acción

2. Es sabido que este tipo agravado fue introducido por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal. En su exposición de motivos se afirmaba: “Recientes experiencias han puesto de manifiesto la necesidad político-criminal de aumentar las sanciones penales para los supuestos de conducción temeraria, algunos de los cuales, entre los que ha causado especial alarma social el de los llamados conductores homicidas, alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio, valoración que explica su particular tipificación y la pena que se establece. Con ella, por otro lado, se refuerza la función preventiva y la capacidad correctora de comportamientos gravemente antisociales que se producen con ocasión de la circulación de vehículos de motor. Razones análogas, aunque en otro ámbito de problemas, han aconsejado la introducción de un tipo especial de delito de riesgo”. Por su parte, en el código actualmente vigente la expresión aparecía ya desde el proyecto de ley remitido por el Gobierno y, pese a que hubo enmiendas para suprimir el precepto, precisamente de quienes entendían que carecía de espacio propio entre el delito de peligro y los correspondientes delitos de lesión (Enmienda núm. 419 del Grupo Popular del Congreso de los Diputados y Enmienda núm. 639 del Grupo Popular del Senado), sin embargo, el mismo se mantuvo inalterado —prácticamente sin discusión— hasta su aprobación final en la versión que conocemos.

realizada: así, entendió el tribunal juzgador que, si no consta la invasión del carril contrario, colocarse durante varios metros en paralelo con otro vehículo al que se está adelantando no es una conducta lo suficientemente peligrosa. En segundo lugar, en los dos supuestos en los que se rechazó la aplicación del art. 384 CP se emplea el mismo argumento: a saber, que, aunque la conducta haya lesionado algún bien jurídico individual, ha faltado la afectación a la seguridad colectiva del tráfico, lo que impediría la subsunción en este delito.

Por su parte, a la hora de subsumir una conducta en el tipo, los tribunales emplearon varios argumentos. El primero es de índole objetiva, referido a la entidad del peligro creado: la existencia de "un foco de grave peligro actual, dada la previsible entidad lesiva de las consecuencias", el "especial riesgo para la vida". En segundo lugar, dicha temeridad y dicho peligro deben resultar "patentes para su protagonista". Y, por último, todo ello debe resultar revelador de un "total desprecio por la salvaguarda de la vida", de un "total desprecio hacia la vida y la integridad de las personas" que participan en el tráfico³.

Resumiendo, pues, según nuestra jurisprudencia, para que un hecho resulte subsumible en el art. 384 CP parece que debe reunir los siguientes requisitos: a) constituir una conducta de conducción temeraria que afecte no sólo un sujeto, sino a una pluralidad indeterminada de ellos, la formada por todos los intervinientes en el tráfico rodado en el lugar y el momento del hecho; b) ser una conducta especialmente peligrosa; c) resultar conocida —"patente"— la especificidad del peligro para el sujeto actuante; y d) ser todo ello revelador de un "total desprecio" por la salvaguarda de la vida y la integridad de las personas.

2.2. Posibilidades de delimitación en la parte objetiva del tipo

Antes de ahondar en la significación de este último requisito (en su verdadera o sólo aparente independencia respecto de los restantes), conviene detenerse en los otros, para clarificar el género de conductas de las que estamos hablando. Comenzando por los elementos objetivos, parece existir consenso en la doctrina jurisprudencial acerca de

que las conductas subsumibles en el art. 384 CP no son, desde este punto de vista, las mismas que las que pueden encajarse en el art. 381 CP; y en que, antes al contrario, sólo cuando existe un "especial riesgo" resulta posible la subsunción en el tipo más grave. La idea resulta intuitivamente adecuada: en efecto, si una conducta ha de conllevar "*consciente desprecio por la vida de los demás*", como demanda el tipo, ello parece exigir además una base objetiva idónea, de manera que no cualquier comportamiento objetivamente peligroso, aun objetivamente contrario al deber de conducta, pueda satisfacer dicha exigencia⁴.

Así, un sujeto profundamente racista que conduzca por una conocida zona de encuentro de inmigrantes latinoamericanos de Madrid, si, pese a todo, y aun deseando fervientemente que "*alguno se ponga en mi camino*", se limita a superar levemente las limitaciones de velocidad para la conducción en ciudad, no podrá ser inculcado por el delito del art. 384 CP incluso si se pudiera demostrar —mediante testigos, por ejemplo— que antes de salir había declarado sinceramente su manifiesto desprecio por la vida de sus potenciales víctimas.

Es decir, al igual que ocurre en relación con el dolo, también respecto de otros elementos subjetivos del tipo vale la limitación de que los mismos tengan que ir referidos a alguna suerte de base objetiva. Sin embargo, surgen dudas cuando se intenta precisar cómo ha de ser dicha base: en concreto, no está claro que la misma tenga que ser diferente para los comportamientos subsumibles en el art. 381 CP y para los subsumibles en el art. 384 CP. Pues, en efecto, aun cuando los tribunales hablen del "*especial riesgo*" como elemento diferencial de estos segundos, tres advertencias son necesarias en relación con este concepto. La primera se refiere al hecho de que, en realidad, la graduación del desvalor objetivo de una conducta de conducción temeraria no depende sólo del riesgo que la misma cree para la vida o la integridad física de las personas (esto es, de su lesividad), sino que también podría depender de otros factores: a saber, a igualdad de riesgo creado, del grado de desviación entre conducta efectivamente realizada y el deber de conducta (de la antinormatividad

3. Entresaco expresiones empleadas en las sentencias antes reproducidas. Restaría aún otro dato que se emplea en la argumentación a favor de la aplicación del delito: la "*amplitud subjetiva del riesgo creado*". Sin embargo, cualquiera que sea la posible definición de esta confusa expresión (en el mismo sentido, RAGUÉS I VALLÈS, R.: "Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1997, p. 801), parece que ha de poder reconducirse a alguno de los argumentos ya expuestos en el texto.

4. En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: "Delitos contra la seguridad del tráfico", en LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, pp. 445-446.

de la conducta)⁵, determinada por la entidad de la(s) infracción(es) de las reglas de conducta (de la ausencia de medidas de cuidado —de control de riesgos—)⁶.

Así, dos conductas imprudentes de adelantamiento que acaban haciendo igualmente que un coche que circulaba en sentido contrario esté a punto de salirse de la carretera (igualdad de riesgo), sin embargo, pueden y deben ser valoradas de manera diversa según que el riesgo haya sido ocasionado por un mal cálculo en las distancias —imprudencia relativamente leve— o por una total desatención por parte de quien se lanzó a adelantar hacia el hecho de que venía un vehículo de frente (imprudencia claramente más grave).

De este modo, parecería que, si ha de existir en el plano de la tipicidad objetiva alguna forma de delimitar el ámbito de aplicación del art. 384 CP, la misma debería basarse más bien en el conjunto de los criterios de enjuiciamiento del desvalor objetivo de la conducta, y no únicamente en uno solo.

En segundo lugar, y limitándonos ahora ya a la cuestión de la magnitud del riesgo creado, ha de observarse que son tres los factores que determinan la magnitud mayor o menor del riesgo que una acción (contraria a deber, objetivamente disvaliosa) crea. El primero es sin duda la entidad de la infracción del deber de conducta: *ceteris paribus*, una infracción más grave de dicho deber creará un riesgo mayor que otra de menor entidad. No obstante, junto con este primer factor, otros dos deben ser tomados en consideración, de manera que puede suceder que el riesgo efectivamente creado no se atenga a la ley acabada de enunciar. Pues, en efecto, el segundo factor condicionante es el conjunto de circunstancias concurrentes: esto es, el conjunto de eventos y estados

de cosas que existen en el lugar y en el momento en el que la acción en cuestión tiene lugar.

En este sentido, es obvio que un sujeto, violando la misma regla de conducta del tráfico rodado, la que ordena mirar a derecha e izquierda antes de arrancar en un cruce señalizado con una señal de *stop* y entrar en la nueva vía, puede crear peligros concretos gravísimos o, pese a todo, un riesgo concreto desdeñable, casi sólo abstracto: ello dependerá en buena medida tanto de las características del cruce como del momento en el que su acción tenga lugar.

Finalmente, al tratarse, en el caso de los delitos contra la seguridad del tráfico, de delitos de peligro contra un bien jurídico intermedio⁷, un tercer factor condicionante será el número de sujetos pasivos —de la acción— afectados: así, una acción que causa una cantidad de peligro *n* es tanto más peligrosa cuantos más sujetos pasivos se hayan visto afectados por dicha cantidad de peligro.

Por ello, la conducta de ese sujeto que sale del cruce sin mirar ni a derecha ni a izquierda resulta tanto más concretamente peligrosa cuantos más vehículos circularan en el momento de su acción por aquel lugar. Y tanto más abstractamente peligrosa cuantos más vehículos pudieran haber estado circulando, aunque no lo hicieran efectivamente.

Si esto es así, entonces se plantea la duda de si siempre puede atribuirse responsabilidad por el riesgo (en nuestro caso, por el riesgo extraordinario) así creado; o, dicho en otros términos, si la atribución de responsabilidad por dicho riesgo no conculcaría a veces el principio de responsabilidad por el desvalor de la acción (o principio de responsabilidad subjetiva). Ya que, en efecto,

5. Sobre los conceptos de lesividad y antinormatividad como factores de graduación del merecimiento de pena, *vid.*, con carácter meramente preliminar, PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 75, n. 9; el mismo, "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales", en MIR PUIG, S./ MODOLELL GONZÁLEZ, J. L./ GALLEGOS SOLER, J. I./ BELLO RENGIFO, C. S. (coords.): *Estudios de Derecho Penal económico*, Caracas, Livrosca, 2002, pp. 101-102.

6. Manejo aquí conceptos que expliqué en detalle ya en PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, pp. 109 y ss.: el desvalor objetivo de la acción se fundamenta en la creación de un riesgo no permitido; y el carácter no permitido del riesgo, a su vez, en (el grado de) la desviación entre la conducta efectivamente realizada y el deber de conducta. Deber que consiste, en relación con los delitos comisivos, en el de abstenerse de actuar, o en el alternativo de actuar adoptando al tiempo (realizando, pues, con carácter previo o simultáneo, otras acciones) medidas de cuidado, de control de riesgos, conforme a reglas de conducta preestablecidas.

7. Pese a ello, el riesgo en cuestión será un riesgo para la vida o la integridad física de las personas, puesto que entiendo que los delitos contra la seguridad del tráfico son de aquellos delitos que sólo pueden justificarse como instrumentos de protección de un bien jurídico intermedio, las condiciones de seguridad —en el tráfico rodado— de los mencionados bienes jurídicos individuales: en este sentido, BARRÓN DE BENITO, J. L.: *Derecho Penal de la circulación*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 17-18; GIL HERNÁNDEZ, A.: "Aproximación dogmática al bien jurídico seguridad del tráfico en el nuevo Código Penal", en *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 4 (1997), pp. 158-160; MOLINA FERNÁNDEZ, F., en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, pp. 707-709; ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T. S. et al.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 698; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, p. 1078. Me ocupo en general de esta cuestión en PAREDES CASTAÑÓN, en MIR PUIG, S./ MODOLELL GONZÁLEZ, J. L./ GALLEGOS SOLER, J. I./ BELLO RENGIFO, C. S. (coords.): *Derecho Penal económico*, 2002, pp. 88-96, con ulteriores referencias.

cuando la magnitud especialmente alta del riesgo ocasionado dependa primordialmente de cualquiera de los dos últimos factores (circunstancias concurrentes y número de sujetos pasivos afectados —otra modalidad de circunstancias, en suma—), parece cuestionable que pueda fundamentarse un juicio de desvalor objetivo especialmente riguroso sólo sobre esa base, eminentemente casual. Por el contrario, parece que el único caso en el que dicho juicio más duro puede tener fundamento bastante es aquel en el que el incremento extraordinario del riesgo ha sido ocasionado precisamente por una infracción especialmente grave del deber de conducta.

Por lo tanto, a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del art. 384 CP, no cabría, en mi opinión, recurrir a la idea de un "especial nivel de riesgo", sino en todo caso más bien a la de una extraordinaria temeridad. O, si se quiere, a la combinación de ambos elementos, temeridad especial más riesgo extraordinario (puesto que, obviamente, puede haber también casos en los que a una temeridad extraordinaria no le siga —precisamente, por las circunstancias— un riesgo también extraordinario); pero no sólo este último.

Con ello, quedaría descalificado como criterio diferenciador el del número de sujetos pasivos afectados (más para que pudiera aplicarse el art. 384 CP, menos para que pudiera aplicarse el art. 381 CP). Y también el del puro peligro, el de la pura probabilidad de lesión, efectivamente existente.

Así pues, si se quiere delimitar en el plano objetivo la conducta típica propia del art. 384 CP, ello habrá de hacerse sobre la base de dos elementos, riesgo y temeridad⁸. Sin embargo, debo decir, en tercer lugar, que resulta dudoso que dicha delimitación sea factible y adecuada. Y ello, por dos razones. Primero, porque el tenor literal del tipo del art. 384 CP no lleva a cabo ningún género de delimitación en el plano objetivo: de hecho, la conducta se describe precisamente mediante una remisión a la descrita en el art. 381 CP⁹. En estas condiciones, deberían existir muy buenas razones para justificar que, contra lo expresamente indi-

cado en el tipo, la conducta objetiva en ambos delitos debiera ser entendida de modo diverso. Pero es que, además, no parece haber motivos para dicha interpretación restrictiva del art. 384 CP. Pues, en efecto, ocurre que la restricción objetiva ya ha sido efectuada previamente, en la interpretación del propio art. 381 CP: en el mismo, suele entenderse que la expresión "*condujere (...) con temeridad manifiesta*" incluye tan sólo conductas gravemente imprudentes, y no cualesquiera otras¹⁰. Y, entonces, la conveniencia de restringir aún más la tipicidad objetiva en el tipo del art. 384 CP respecto de la interpretación, ya restrictiva, que se maneja en el art. 381 CP parece inconveniente. Especialmente si, como se ha indicado, dicha restricción tendría que realizarse mediante una distinción de diferentes niveles de riesgo y de negligencia, y no sólo en función de lo primero: la interpretación del art. 384 CP como un delito de "super-peligro" y de "super-negligencia" (en comparación con el peligro relevante y la "*temeridad manifiesta*" propios del delito del art. 381 CP) no se corresponde ni con el tenor literal de los tipos¹¹, ni con la voluntad del legislador; ni tampoco con las necesidades político-criminales, por cuanto no parece que exista un espacio propio, desde el punto de vista valorativo, para tal género de delito. De hecho, si aceptamos que "*temeridad manifiesta*" equivale a imprudencia grave, entonces la introducción de una nueva limitación en el ámbito objetivo de aplicación del art. 384 CP debería llevar a una especial forma de imprudencia, gravísima, que resulta difícil de delimitar y que en todo caso es extraña a las categorías usuales en nuestro Derecho Penal¹². Y, sobre todo, eso significaría que hechos realizados con "mera" imprudencia grave, pero con una actitud que se corresponde notablemente con la descripción de "*consciente desprecio por la vida de los demás*" quedarían fuera del tipo agravado.

En efecto, si se interpretara la parte objetiva del tipo del art. 384 CP en el sentido hiperrestrictivo que se acaba de apuntar, entonces una conducta imprudente, mas no gravísimamente imprudente (por ejemplo, adelantarse cuando venía de frente alguien a una distancia

8. Algo semejante proponen —aunque respecto del CP-1944/1973— la Circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado y MIR PUIG, S.: "Conducción temeraria y el nuevo art. 340 bis d) del Código Penal", en VV.AA.: *Derecho de la circulación*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 193-194.

9. VARGAS, B.: "Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas", en *Poder Judicial* 14 (1989), p. 85.

10. Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 13.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 656.

11. RAGUÉS I VALLÉS, ADPCP 1997, p. 800.

12. Puede pensarse que a lo que más se asemejaría un concepto de "imprudencia gravísima" como el apuntado en el texto es a los conceptos de "*recklessness*" y de "*Leichtfertigkeit*" de las doctrinas penales anglosajona y alemana, respectivamente. Sin embargo, aun si admitiéramos dichos puntos de referencia, en nada se alteraría la cuestión de fondo, que seguirá siendo si hay que delimitar dicho concepto conforme a parámetros objetivos, con las dificultades que ello conlleva y que en el texto se señalan; o bien hay que hacerlo más bien conforme a criterios subjetivos.

no excesiva), nunca podría encajar en dicho precepto: esto es, incluso aunque se demostrase que el conductor en cuestión lleva a cabo ese tipo de comportamiento de modo habitual, cruzando apuestas sobre si será capaz o no de adelantar a tiempo para no chocar. Solución que resulta hartamente discutible, a la vista del tenor literal del tipo, de la voluntad del legislador y de las necesidades político-criminales.

Y es que, desde el punto de vista político-criminal, parecería que la especial magnitud del peligro y de la infracción del deber de conducta no son datos que puedan explicar —y menos aún justificar— suficientemente la existencia de este precepto (de hecho, si ésta fuera su única explicación y posible justificación, resultarían aún más cuestionables tanto la necesidad de pena como el respeto al principio de proporcionalidad, especialmente al tratarse de un delito de peligro). Y, por lo tanto, parece preferible no emplearlos como criterios de interpretación del tipo¹³.

En síntesis, opino que no es correcta la afirmación, contenida en la doctrina sentada por nuestra jurisprudencia, de que las conductas subsumibles en el delito del art. 384 CP hayan de ser, desde el punto de vista objetivo, más peligrosas que aquéllas subsumibles en el art. 381 CP; y que tampoco es cierto que deban ser más imprudentes. Por el contrario, creo que debe entenderse que la conducta objetiva es o puede ser exactamente la misma en ambos delitos. Y ello, tanto por respeto al tenor literal de ambos tipos penales como, sobre todo, por las razones de índole valorativa y teleológica que se han expuesto. Así pues, la diferencia entre ambos delitos deberá ser hallada en otro lado.

2.3. Posibilidades de delimitación a través del dolo

El segundo requisito que introducen los tribunales a la hora de interpretar el art. 384 CP es que la espe-

cificidad del peligro resulte conocida (“patente”) para el sujeto. O, dicho en términos más exactos (a la luz de lo indicado antes), que el sujeto en cuestión sea consciente de qué peligro va a ocasionar su conducta negligente¹⁴. Esto significa, en definitiva, que una peculiaridad del delito contenido en el art. 384 CP, en contraposición con el del art. 381 CP, estribaría en su tipo subjetivo. Sin embargo, no queda tan claro en qué consiste realmente la peculiaridad, por lo que deberemos detenernos a aclararlo.

En este sentido, lo que resulta obvio es que se habla de conocimiento; y de conocimiento sobre el riesgo. No obstante, con ello quedan aún demasiadas cosas por precisar. Señaladamente, una: a saber, si dicho conocimiento es diferente, por su objeto o por su naturaleza, del que constituye el contenido interno del dolo de peligro necesario para cualquiera de los delitos de peligro (y, consiguientemente, para los delitos contra la seguridad del tráfico)¹⁵. Pues, en efecto, el delito de conducción temeraria del art. 381 CP, en virtud de la regla de *numerus clausus* en la incriminación de conductas imprudentes (art. 12 CP), exige en el plano subjetivo la presencia de dolo para que una conducta resulte subsumible en su tipo¹⁶. Y, en tanto que delito de peligro concreto¹⁷, dicho dolo será precisamente un dolo de peligro: esto es, el conocimiento (y subsiguiente aceptación)¹⁸ del hecho de que la acción realizada pone en concreto peligro la vida o la integridad física de algunas personas; conociendo, para ello, de un modo aproximado que hay efectivamente alguna persona cuyos bienes jurídicos —vida o integridad física— se pueden llegar a lesionar, las circunstancias espaciotemporales en las que la acción (y la concurrencia de dichas personas susceptibles de resultar lesionadas) tiene lugar, la inmediatez temporal de la posible lesión y la incapacidad del autor para asegurar que la misma no va a producirse¹⁹.

13. En sentido similar, RAGUÉS I VALLÈS, ADPCP 1997, p. 802.

14. Por el contrario, el propio conocimiento del carácter negligente de su conducta carece siempre de relevancia en sede de antijuridicidad, pudiendo afectar únicamente a la culpabilidad del sujeto: PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo*, 1995, pp. 374-375, n. 109, con ulteriores referencias.

15. Ignoran esta cuestión QUERALT JIMÉNEZ, PE, 1996, pp. 759-760; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, p. 446, cuando entienden que la parte subjetiva del tipo del art. 384 CP es, sin más, un dolo de peligro sin dolo de lesión. Esto es, sin duda, cierto, pero, entonces, no se comprende dónde estriba la diferencia con el tipo básico del art. 381 CP.

16. Ésta es la opinión absolutamente mayoritaria: *vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, PE, 2001, p. 657. No obstante, hay que advertir que cabría, incluso hoy, otra interpretación diferente: entendiéndose que la descripción legal de la conducta típica que aparece en el art. 381 CP, como conducir “con temeridad manifiesta”, es precisamente uno de los casos en los que —según dicción del art. 12 CP— “expresamente dispone la Ley” el castigo de acciones imprudentes. De todas formas, ello significaría inculpar en un mismo precepto y con la misma pena conductas (de peligro) dolosas e imprudentes, lo que se compadece mal con el principio de proporcionalidad, y debería tener un fundamento muy sólido, que aquí no parece existir. O bien, alternativamente, implicaría reconducir todos los casos de conductas peligrosas dolosas al ámbito de la tentativa del correspondiente delito de lesión, solución que resulta hartamente problemática. Por todo ello, y por razones de intervención mínima, parece preferible la interpretación dominante.

17. *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, PE, 2001, p. 657.

18. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1994, pp. 165-168.

19. *Vid.*, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 161-165. Una argumentación similar a la mantenida en el texto valdría también para la interpretación del párrafo segundo del art. 384 CP, aunque referida aquí, claro está, al concepto de dolo de peligro en los delitos de peligro abstracto: *vid.*, al respecto, en general, *op. cit.*, pp. 310-319, 338-340.

¿Qué otra cosa puede ser, entonces, el conocimiento "patente" del que hablan los tribunales? Dos posibilidades de interpretación saltan a la vista. La primera es la de entender que el tipo del art. 384 CP exige dolo de lesión allí donde el del art. 381 CP sólo pide dolo de peligro. Así, el tipo agravado exigiría al menos dolo eventual de lesión: el conductor peligroso y temerario debería aceptar en aquel supuesto la probabilidad relevante de llegar a causar daño en la vida o la integridad física de otros conductores²⁰; no bastando, pues (como sí basta, por el contrario, en los casos subsumibles en el art. 381 CP), con que conozca que su conducta es peligrosa y con que no pueda asegurar que la lesión es imposible²¹. Esta interpretación podría, por lo demás, armonizar bien con la interpretación del elemento típico "consciente desprecio por la vida de los demás"²². Sin embargo, la pregunta que surge inmediatamente es por qué debería privilegiarse una tentativa dolosa (doloso-eventual) de homicidio o de lesiones —o, más aún, un concurso de varias de ellas— mediante la aplicación del art. 384 CP, en detrimento de las reglas generales para la punición de la tentativa y del concurso de delitos²³. Pregunta esta a la que difícilmente puede darse una respuesta coherente^{24,25}, por lo que esta alternativa (al menos, plan-

teada en unos términos tan tajantes) debería quedar descartada²⁶.

Una segunda posibilidad de interpretación consiste en concebir el conocimiento necesario para que se dé la parte subjetiva del tipo del art. 384 CP como un conocimiento "especialmente claro". A esta idea parece corresponder precisamente la expresión "conocimiento patente" que emplea la jurisprudencia. No obstante, en mi opinión, esta interpretación tampoco resulta adecuada. Pues, si se intentan llenar de contenido las expresiones "conocimiento patente" o "conocimiento claro", y no se emplean simplemente como expedientes retóricos para encubrir un decisionismo judicial sin motivación suficiente, entonces nos estaremos refiriendo a aquellos casos en los que la persona que actúa tiene dolo de peligro (en los términos ya descritos) y, además, el conocimiento que sustenta dicho dolo es especialmente detallado, porque se basa a su vez en un conocimiento, de circunstancias o de leyes fenoménicas, especialmente amplio²⁷. Es decir, según esta interpretación, el art. 384 CP castigaría al autor temerario y doloso —con dolo de peligro— especialmente bien informado. Sin embargo, hay al menos tres objeciones que hacer. La primera es, desde luego, la de que en nada parece responderse la interpretación al tenor literal del tipo; pues, en efecto, sólo mediante una argumenta-

20. En este sentido, BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ VIVES ANTÓN, T. S.: *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, pp. 65-66, 69-71; GÓMEZ PAVÓN, P.: "Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 340 bis d), del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal* 1989, p. 717; VARGAS, P. J. 14 (1989), p. 85; MORILLAS CUEVA, L.: "Conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás", en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios a la legislación penal*, XIV, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1992, pp. 155-157; LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad de legislador*, Madrid, 1996, p. 169; CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial, II*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 203; GANZENMÜLLER, C./ ESCUDERO, J. F./ FRIGOLA, J.: *Delitos contra la seguridad de tráfico*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 224, 225, 233-234, 239-240; MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), PE, II, 1998, p. 730; VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN et al., PE, 1999, pp. 708-709; RAMOS TAPIA, M. I.: "Sobre la imputación subjetiva en el delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás", en *La Ley* 2000-IV, pp. 1543-1544; MUÑOZ CONDE, PE, 2001, pp. 662-663.

21. Acerca de la diferenciación entre dolo de peligro y dolo de lesión, *vid.*, en general, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 77-79, 103.

22. *Vid. infra* 2.6, 2.7.

23. Salvo, claro está, que se sostenga que la tentativa con dolo eventual no es punible conforme a la regla general del art. 16.1 CP, hipótesis en la que, ciertamente, el art. 384 CP vendría a introducir una excepción a dicha impunidad general: *vid.*, en este sentido, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, p. 1093 (apoyándose en el mismo, "La tentativa con dolo eventual", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1992, pp. 551-556). Pero si se asume la posición ampliamente mayoritaria en la materia, que niega dicha impunidad general de la tentativa doloso-eventual (y entiendo que hay buenas razones, formales y materiales, para hacerlo), entonces la objeción se mantendrá en pie.

24. MIR PUIG, en VV.AA., *Circulación*, 1993, pp. 192-193; RAGUÉS I VALLÈS, ADPCP 1997, pp. 794-796; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, p. 446. Señala el problema MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), PE, II, 1998, pp. 730-731, aunque no extrae las conclusiones oportunas.

25. No lo es, desde luego, aducir las dificultades probatorias, indudablemente arduas en materia de elementos subjetivos (cf., sin embargo, MUÑOZ CONDE, PE, 2001, pp. 662-663; RAMOS TAPIA, II 2000-IV, p. 1540): pues, si éstas existen, y si el art. 384 CP hubiera de interpretarse en los términos expuestos, las mismas afectarían tanto a la tentativa de homicidio o de lesiones como a la propia aplicación del art. 384 CP, que no podría emplearse sin probar indubitadamente la existencia de dicho dolo eventual. En sentido similar, RAGUÉS I VALLÈS, ADPCP 1997, pp. 796-797.

26. Por otra parte, existiría aquí un argumento histórico —aunque siempre secundario— adicional: que, precisamente, el legislador español introdujo el precepto en 1989 por no tener claro que los hechos en cuestión pudieran subsumirse directamente en la tentativa de los correspondientes delitos de lesión.

27. Desde el punto de vista psicológico, ello se tendría que concretar en mayor cantidad de información (relevante) codificada en la memoria a largo plazo del sujeto actuante: *vid.* RUIZ-VARGAS, J. M.: *Psicología de la memoria*, Madrid, Alianza Editorial, 1991 (reimpr. 1994), pp. 151 y ss.

ción especialmente sinuosa puede deducirse de la tipificación de una conducta de conducción temeraria “con consciente desprecio por la vida de los demás” que lo que se castiga es al sujeto temerario y bien informado. En segundo lugar, más relevante es todavía el hecho de que no parece haber argumentos valorativos o teleológicos sólidos para seleccionar dicho género de conductas como aquéllas, de entre las de conducción temeraria, que deben ser castigadas de modo agravado²⁸: en principio, el fundamento para la incriminación de la conducta dolosa se da en idéntica medida cuando el sujeto está más informado y cuando no lo está tanto, no siendo fácil apreciar dónde estribaría la diferencia valorativa entre la una y la otra; y menos aún por qué podría haber más necesidad de pena en el primer caso que en el segundo. Finalmente, no debería ignorarse la dificultad procesal que conlleva necesariamente tomarse en serio esta distinción: sin duda, diferenciar entre sujetos con conocimiento normal (incriminables solamente a través del art. 381 CP) y sujetos con conocimientos extraordinarios resultaría enormemente difícil desde el punto de vista probatorio.

Resumiendo, pues, no parece que, contra lo que opina nuestra jurisprudencia, puedan hallarse peculiaridades dignas de reseña en cuanto al contenido del dolo en el tipo penal del art. 384 CP, en comparación con el del art. 381 CP²⁹. Por el contrario, en ambos tipos su parte subjetiva estaría conformada —en lo que al dolo se refiere— por un mismo dolo de peligro (salvo en el caso del párrafo segundo del art. 384 CP, que exigiría únicamente dolo de peligro abstracto), en los términos expuestos. A no ser que se entienda que el art. 384 CP castiga la(s) tentativa(s) doloso-eventual(es) de homicidio y/o de lesiones, lo que sólo tendría sentido si se proclamase —equivocadamente, a mi entender— que las mismas son impunes conforme a las reglas generales.

2.4. “Consciente desprecio por la vida de los demás”: ¿elemento objetivo o subjetivo?

Si todo lo anterior es así, entonces acabamos por volver al punto de partida: parece, en efecto,

que (como, por cierto, se deduce ya de la simple lectura del tenor literal de los tipos) la única diferencia entre las conductas subsumibles en el art. 381 CP y las que lo son en el art. 384 CP estriba en que en estas últimas el sujeto actúa “con consciente desprecio por la vida de los demás”. El problema, claro está, es que resulta difícil realizar una interpretación de este elemento típico que, al tiempo, respete su tenor literal, preserve —como, según hemos visto, parece imperativo— su autonomía (frente a los conceptos de riesgo, temeridad y dolo) y no infrinja límites básicos al ejercicio del poder punitivo.

A este respecto, la primera cuestión que surge es la de si dicho elemento típico debe ser interpretado como elemento objetivo o como elemento subjetivo³⁰. Pues, en principio, también sería posible defender lo primero: entender que la conducción temeraria “con consciente desprecio por la vida de los demás” consiste en conducir temerariamente y, al tiempo, manifestar de alguna manera pertinente el desprecio que se siente hacia la vida de los demás.

En esta interpretación, el delito del art. 384 CP sería un tipo compuesto³¹ que poseería dos acciones típicas: conducir temerariamente y, además, expresar “desprecio” por las personas puestas en peligro —abstracto o concreto— por la primera acción. Por ejemplo: un conductor que, estando a punto de atropellar a varios peatones debido a su forma alocada de conducir, sacase la cabeza por la ventanilla para gritar “¡La próxima vez no fallo!”. Por el contrario, si ese mismo conductor se mantuviera callado, su conducta se subsumiría en el art. 381 CP (o en las correspondientes tentativas de delitos de lesión), pero no en el art. 384 CP.

A esta interpretación posible hay que oponerle, sin embargo, dos argumentos que obligan a descartarla (además del argumento histórico, de cuál fue la intención del legislador). El primero es que la misma es más difícil de compatibilizar con el tenor literal del tipo que la interpretación de que se trata de un elemento subjetivo: en efecto, el art. 384 CP

28. Por lo demás, podría repetirse aquí el argumento histórico antes enunciado: no parece que estuviera en la intención del legislador de 1989 la selección y agravación de las conductas temerarias en el tráfico rodado de los sujetos más informados, sino más bien otra cosa.

29. En sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 253; BARRÓN DE BENITO, *Circulación*, 1997, pp. 41-42 (aunque confusamente); TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, p. 1092; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, p. 446.

30. Podríamos plantearnos todavía una cuestión previa: si es un elemento normativo o descriptivo. Sin embargo, me parece que en un Derecho Penal que se atenga a la incriminación de acciones no es posible defender lo primero, ya que ello significaría que se pueden dar por supuestas características (íntimas) de la acción y emplearlas como presupuestos de la sanción penal. Cf., sin embargo, MUÑOZ CONDE, F., en el mismo (coord.): *La reforma penal de 1989*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 57-58, quien parece defender algo similar: el “desprecio” como criterio normativo de delimitación —vale decir, de restricción— de la función limitadora de la tipicidad penal que cumple el dolo. En mi opinión, esta interpretación no sólo es ontológicamente incorrecta (vid. *infra* 2.5.2.7), sino contraria al principio de responsabilidad por el hecho.

31. Vid. LUZÓN PEÑA, D. M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid, Universitas, 1996, p. 311.

habla de conducir "con desprecio", no de conducir y expresar desprecio; parece, pues, que lo relevante es la existencia del desprecio, no su expresión. Pero más decisivo resulta el segundo argumento³²: desde el punto de vista de la seguridad del tráfico, la expresión de desprecio hacia las víctimas no parece añadir lesividad al hecho (la inseguridad de los bienes jurídicos finales —vida, integridad física— en peligro no es mayor)³³; desde la perspectiva de la necesidad de pena, tampoco parece justificarse la selección de tales casos como más necesitados de sanción penal; y, en fin, la mayor expresión de enfrentamiento al orden jurídico que indudablemente conllevan algunas conductas de conducción temeraria no parece que dependa de su expresión abierta. Por el contrario, si puede hallarse alguna justificación político-criminal a la agravación de la responsabilidad penal para ciertos casos de conducción temeraria (por el mayor merecimiento de pena, debido a una actitud del sujeto especialmente enfrentada al orden jurídico, y por la mayor necesidad de intervención punitiva, a causa de la frecuencia de dichos comportamientos) en atención al "desprecio" que conllevan hacia las víctimas, dicha justificación tiene que afectar a todos los comportamientos realizados con ese "desprecio", y no sólo a aquellos en los que el mismo se expresa. Se trata, en suma, de que en todo caso la razón para agravar la pena ha de tener que ver con el estado de motivación del sujeto (su especial reticencia a dejarse motivar por las normas penales primarias en materia de tráfico rodado) y no con los efectos causales de su comportamiento. Y, por ello, el "desprecio" ha de ser interpretado como un elemento subjetivo

del tipo³⁴ (se entiende que diferente del propio dolo)³⁵.

2.5. ¿Es el "desprecio" una emoción?

Planteadas las cosas en estos términos, parece obvio que el aspecto más problemático de la interpretación de este elemento típico como elemento subjetivo estriba en interpretar la palabra "desprecio". En este sentido, podemos comenzar por la perspectiva estrictamente lingüística³⁶: desde este punto de vista, "desprecio" puede ser definido como "desestimación, falta de aprecio"; o también como "desaire, desdén". Y, a su vez, "desdén" se puede definir como "indiferencia y despego que denotan menosprecio"³⁷. Es decir, que el espacio semántico en el que dicho término se mueve se caracteriza por rasgos como los siguientes: indiferencia, falta de aprecio, menosprecio³⁸. Más exactamente: aquella indiferencia que indica falta de aprecio o menosprecio. Más interesante a nuestros efectos es que con ello el concepto de "desprecio" se ubica, dentro de la red conceptual que une a todos los conceptos relativos a la acción³⁹, entre los referidos a los sentimientos.

En el uso que el término tiene en la "psicología de sentido común"⁴⁰, podemos definir —aunque, necesariamente, sólo de un modo aproximado— "sentimiento" como un concepto que permite describir bajo un único término conjuntos interrelacionados de estados mentales intencionales⁴¹; conjuntos cuya característica distintiva consiste en incluir siempre entre ellos alguna emoción (descrita en los términos que lo hace la Psicología⁴²: esto es, como un estado mental desencadenado por la valoración

32. Vid. *supra* 2.2, y especialmente n. 5.

33. Sobre el bien jurídico protegido, vid. *supra* n. 7.

34. Sobre la distinción entre elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales, vid. PAREDES CASTAÑÓN, Riesgo, 1995, pp. 347-353.

35. Vid. *supra* 2.3. Como a continuación se intentará demostrar, en la clasificación doctrinal de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, el elemento que estudiamos se ubicaría entre los elementos de la actitud interna (*Gesinnungsmerkmale*): vid. ROXIN, C.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3.ª ed., Munich, Beck, 1997, pp. 261-262.

36. Se emplea aquí una caracterización informal y poco rigurosa del análisis semántico, que obviamente necesitaría mayores precisiones para poder proporcionar resultados (más o menos) exactos: cf., al respecto, por todos, HURFORD, J. R./ HEASLEY, B.: *Curso de Semántica*, trad. De Miguel Aparicio/ López Fraguas, 2.ª ed., Madrid, Visor, 1997, pp. 189 y ss.; LYONS, J.: *Semántica lingüística*, trad. Alcoba, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 129 y ss.; MORENO CABRERA, J. C.: *Curso universitario de Lingüística general*, II, 2.ª ed., Madrid, Síntesis, 2000, pp. 274 y ss.; SIMONE, R.: *Fundamentos de Lingüística*, trad. Rodríguez Reina, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 2001, pp. 400-423, todos ellos con ulteriores referencias. Pese a ello, espero que pueda coincidirse aproximadamente en la interpretación lingüística que en el texto se propone (que, como se verá, es tan sólo el punto de partida de mi interpretación global del elemento típico en cuestión).

37. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

38. En sentido similar, MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios*, 1992, p. 153.

39. Me refiero, claro está, a la teoría "de sentido común" —folk— de la acción, no a las teorías jurídico-penales: cf. CRUZ, M.: *¿A quién pertenece lo ocurrido?*, Madrid, Taurus, 1995, *passim*.

40. Sobre el lenguaje propio de la "psicología de sentido común" y las dificultades para emplearlo con rigor, vid. PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: "Problemas metodológicos en la prueba del dolo", en *Anuario de Filosofía del Derecho* 2001, pp. 76-80, con ulteriores referencias.

41. Sobre el concepto de intencionalidad de los estados mentales, vid. SEARLE, J. R.: *Intencionalidad*, trad. Ujaldón Benítez, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 17-20.

42. FERNÁNDEZ-ABASCAL, E. G.: *Psicología de la motivación y de la emoción*, en el mismo, *Psicología general: motivación y emoción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997 (reimpr. 1999), p. 35.

cognitiva de una situación y que produce una alteración en el estado de activación del organismo y de la propia mente)⁴³. Esto, por lo que se refiere al "sentimiento" como evento (ejemplo: enfadarse). Si, por el contrario, se emplea el término "sentimiento" para referirse a estados de cosas prolongados en el tiempo (ejemplo: estar enfadado), entonces la característica de los conjuntos de estados mentales que pueden ser descritos de este modo (que, en esta segunda acepción del término, serán más bien conjuntos de conjuntos: esto es, conjuntos de estados mentales que se van sucediendo en el tiempo) es la existencia, en alguno de los momentos abarcados aún por la descripción de dicho estado de cosas, de alguna emoción.

Ahora bien, ocurre que, como en tantas otras ocasiones, el lenguaje propio de la "psicología de sentido común" resulta notoriamente impreciso, de manera que resulta difícil determinar a qué entidades (de naturaleza psicológica) se refiere aquí el término "*sentimiento de desprecio*". Concretamente, existe una ambigüedad fundamental: "*sentimiento de desprecio*" podría referirse, de una parte, a lo que en la terminología de la Psicología se identifica como emoción; y, por lo tanto, podría entenderse como un evento mental real del sujeto en el momento de actuar.

Desde este punto de vista, obraría "*con consciente desprecio*" quien en el momento de actuar —de conducir temerariamente con dolo de peligro— tuviera una determinada emoción (de indiferencia) hacia la eventualidad de causar daño a la vida o integridad física⁴⁴ de otros participantes en el tráfico.

Debe observarse, sin embargo, que lo realmente relevante aquí no es la existencia de un evento

mental, sino la ausencia del mismo: a saber, la ausencia de una emoción negativa⁴⁵ ante dicha eventualidad de que tenga lugar un daño en la vida o integridad física de otras personas. Es decir, se daría el "sentimiento" si el sujeto procesa cognitivamente de modo efectivo tal eventualidad (lo hará, por actuar con dolo de peligro) y, pese a ello, la emoción que se considera deseable —y la activación que conlleva— no surgen⁴⁶.

Las consecuencias de esta interpretación serían dos. La primera es que habría que probar que, efectivamente, el sujeto no sufrió dicha emoción (que, por supuesto, debería definirse en términos más claros, operativos desde el punto de vista de la experimentación psicológica)⁴⁷ en el momento de actuar y que la misma influyó sobre su comportamiento. Ello obligaría a llevar a cabo estudios de las reacciones emocionales del sujeto, lo cual es posible en principio⁴⁸, pero impracticable en las condiciones reales del proceso penal⁴⁹. Y, en caso de no poder probarse la inexistencia de la emoción en cuestión, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, optar por la subsunción en el art. 381 CP (siempre que concurriera al menos el dolo de peligro). En segundo lugar, incluso si fuera factible (que no lo es), no bastaría con dicha comprobación de las emociones experimentadas por el autor. Haría falta, por el contrario, además una explicación —psicológicamente plausible— de dicha ausencia de emoción, de la indiferencia⁵⁰. Puesto que no sería suficiente, para hablar de "*desprecio*", con cualquier género de indiferencia, sino que sólo sería tal aquella indiferencia ocasionada precisamente por una valoración negativa (o, al menos, no lo suficientemente positiva como el Ordenamiento jurídico pretende imponer) de la vida y de la integridad física de los demás.

43. Vid. GOLDIE, P.: *The emotions*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 12-28, 37-47, con ulteriores referencias. Ejemplo: lo que diferencia al sentimiento "estar enfadado" de lo que no es un sentimiento (por ejemplo, "creer que él jugó con mis sentimientos") es que aquél incluye necesariamente alguna emoción (ira, por ejemplo), mientras que éste puede causarla, pero no la implica necesariamente (analíticamente). En todo caso, no es preciso —aunque pueda ocurrir— que ese conjunto de estados mentales que agrupamos bajo el término "sentimiento" posea una estructura que resulte susceptible de reconstrucción en términos lógicos, de racionalidad práctica: por el contrario, muchas veces los "sentimientos" pueden resultar "irracionales", de tal manera que los distintos estados mentales intencionales que los conforman no resulten bien coordinados entre sí (RORTY, A. O.: *Explaining emotions*, en la misma (ed.), *Explaining emotions*, Berkeley/ Los Ángeles/ Londres, University of California Press, 1980, pp. 103 y ss.

44. Aunque el tenor literal del tipo del art. 384 CP se refiere únicamente a la vida, y no a la integridad física, entiendo que es legítimo interpretar que, al menos desde el punto de vista subjetivo, aquélla incluye a ésta, pues es difícil imaginar que alguien pueda pensar acerca de la causación de una muerte sin plantearse la posibilidad de causar previamente —o sólo, si se fracasa— lesiones. Y, por ello, que pueda adoptar una actitud ante aquélla que no incluya también de algún modo a éstas. En este sentido, BOIX REIG/ ORTOS BERENGUER/ VIVES ANTÓN, *Reforma*, 1989, p. 67.

45. FERNÁNDEZ-ABASCAL, *Las emociones*, en el mismo, *Motivación*, 1999, pp. 174-193.

46. En principio, parecen defender esta interpretación VARGAS, PJ 14 (1989), p. 85; MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, XIV, 1992, p. 154, aunque luego hacen equivaler esa supuesta emoción de "desprecio" al dolo eventual de lesión, con lo cual la misma acaba por perder su condición de elemento típico subjetivo diferenciado (lo que, como intentaré argumentar, resulta poco satisfactorio).

47. Vid. LEÓN, O. G./ MONTERO, I.: *Diseño de investigaciones*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, pp. 14-21.

48. Vid. GRZIB, G./ BRIALES, C.: *Psicología general*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 366 y ss.

49. Vid. PAREDES CASTAÑÓN, AFD 2001, pp. 88-89.

50. Explicación que necesariamente habría de hacerse en los términos de la Psicología de la personalidad: cf. FIERRO, A. (comp.): *Manual de Psicología de la personalidad*, Barcelona, Paidós, 1996, *passim*.

Así, por ejemplo, si se comprobase que un sujeto actuó con indiferencia por mera falta de atención (el sujeto conocía la presencia de peligro, pero estaba más atento a otra cosa que estaba ocurriendo en ese momento: una mujer muy hermosa que pasaba por la acera), no se daría —al menos, no tendría que darse necesariamente— la situación paradigmática del sentimiento de "desprecio".

Existen, sin embargo, serias objeciones que oponer a esta interpretación, en tanto que elemento subjetivo de un tipo penal, del término "desprecio". En primer lugar, ya he indicado que la misma resulta enormemente problemática desde la perspectiva de su aplicabilidad procesal: aunque no imposible, la medición de los estímulos y reacciones emocionales efectivos del sujeto en el momento de realizar la acción típica será ciertamente excepcional. Pero es que hay además objeciones de mayor calado, tanto desde el punto de vista ontológico —filosófico— como desde el valorativo. Desde el primer punto de vista, parece que es erróneo describir el desprecio como un evento mental: en efecto, la persona que desprecia algo o a alguien no necesariamente tiene que estar actualizando constantemente su sentimiento; no tiene por qué tener una emoción efectiva, de desprecio (cualquiera que sea el significado de este término), durante todo el tiempo que siente dicho desprecio. Ello significa que la persona que siente desprecio no tiene por qué tener constantemente alterado el estado de activación fisiológica de su organismo, en virtud de (la base fisiológica de) un evento mental que produzca dicho efecto⁵¹. Puede tenerlo o no tenerlo: lo tendrá cuando, además del sentimiento de desprecio, sienta efectivamente una emoción propiamente dicha (asco, por ejemplo) en un determinado momento. Pero ello no es necesario: puede mantener su sentimiento de desprecio y, sin embargo, experimentar emociones de otro tipo (de alegría, por ejemplo)⁵².

Una persona que desprecia profundamente a los homosexuales no tiene por qué estar constantemente en un estado emotivamente alterado. Ni siquiera cuando se encuentra delante de un homosexual. Esto sólo ocurrirá si en ese caso siente asco, además. Pero, por el contrario, puede despreciar profundamente a los homosexuales, y a ese homosexual, y pese a todo sentir un intenso placer estando delante él (por ejemplo, por

que recuerda en ese momento unas palabras amorosas que horas atrás le dijo su amante).

2.6. El "desprecio" como disposición emocional

La razón de que el sentimiento de desprecio actúe de este modo estriba en que pertenece a aquella categoría de conceptos, de entre los que se clasifican en la "psicología de sentido común" como "sentimientos", que no se refieren realmente a eventos mentales, sino más bien a propiedades de la personalidad psicológica del individuo⁵³: no es, pues, algo que ocurra, sino algo que caracteriza a una clase (de personalidades)⁵⁴. Más aún, se trata de una especie de un género especial de propiedades, como es el de las propiedades de carácter disposicional o disposiciones. Así, el "desprecio" del que habla el art. 384 CP no se representa tanto una propiedad categórica de la personalidad del sujeto cuanto aquella propiedad que podría llevar al sujeto a comportarse de cierto modo. Se puede comprender la diferencia contraponiendo este caso con el de los conocimientos que se suelen considerar necesarios para el dolo: en este último supuesto, no se trata necesariamente de que el sujeto que actúa tenga presentes en el momento de actuar, en su memoria operativa, el conjunto de la información relevante que permanece acumulada en su memoria a largo plazo (lo cual sería imposible, dadas las limitaciones de la memoria operativa), sino que basta con que esté presente en ésta la información más esencial; pero tampoco es suficiente con que toda la información esté almacenada en la memoria a largo plazo —estando, pues, "a disposición" de la mente del sujeto— sin ningún género de actualización efectiva en la memoria operativa (situación que se corresponde más bien con la imprudencia, casi siempre inconsciente)⁵⁵.

Según esto, para que exista el dolo de peligro concreto que resulta necesario para aplicar el art. 381 CP o el párrafo primero del art. 384 CP no será preciso que el sujeto mantenga actualizada, en su memoria operativa, el conjunto de la información relevante que fundamenta el juicio de peligro en relación con su acción (conocimiento sobre leyes causales, sobre el estado del mundo circundante, etc.), sino que será suficiente con que permanezca

51. Sobre estos conceptos, vid. PAREDES CASTAÑÓN, AFD 2001, pp. 80-84, con ulteriores referencias.

52. Vid., sobre todo ello, RYLE, G.: *The concept of mind*, Londres, Penguin, 1949 (reimpr. 1990), pp. 81-90.

53. RYLE, Mind, 1949, pp. 81-111. Vid., FIERRO, "El ámbito de personalidad en psicología", en el mismo (comp.), *Psicología de la personalidad*, 1996, pp. 23-40; ANDREU BAHILLO, Y.: Consistencia comportamental, en op. cit., pp. 57 y ss.

54. FERRATER MORA, J.: "Propiedad", propio, en el mismo, *Diccionario de Filosofía*, ed. rev. por J.-M. Terricabras, Madrid, Alianza, 1994, pp. 2927-2929.

55. Cfr., sobre todos estos conceptos, RUIZ-VARGAS, *Psicología de la memoria*, 1991, pp. 117 y ss.



actualizada en dicha memoria operativa la información de que su acción es concretamente peligrosa, en los términos ya vistos.

Y es que, en efecto, el conocimiento que se suele considerar necesario para el dolo es una propiedad categórica de la mente del sujeto, no meramente disposicional. Por el contrario, en el caso del “desprecio”, ninguna propiedad de la mente del sujeto necesita estar actualizada efectivamente en el momento de su actuación: no es necesario que el sujeto tenga ninguna información actualizada en su memoria operativa, ni —ya lo hemos visto— que sufra ninguna emoción.

Las propiedades disposicionales o disposiciones son aquellas propiedades que caracterizan a una clase de individuos (aquí, de personalidades psicológicas) en virtud de la propensión de los mismos a sufrir determinados eventos⁵⁶. Es decir, son propiedades que pueden ser descritas a través de una proposición condicional contrafáctica: sea la propiedad disposicional *P* la de que tenga lugar la respuesta *r* si tiene lugar el estímulo *e*; entonces, la clase de individuos *C* (y, consiguientemente, los individuos que la componen) poseen la propiedad disposicional *P* si y sólo si, si un individuo perteneciente a dicha clase sufriera el estímulo *e*, la respuesta *r* tendría también lugar^{57,58}.

En el caso que nos ocupa, el “consciente desprecio por la vida de los demás” del que habla el CP puede y debe interpretarse, precisamente, en términos disposicionales. Pues, en efecto, el “desprecio” que puede resultar relevante para el Derecho Penal tiene que ser una actitud, y no un mero

pensamiento actualizable: no valdría, pues, con que se probara la existencia —actual o no— del pensamiento “yo desprecio la vida de los demás”, dado que el mismo, por sí solo, nada aportaría al desvalor de la acción (“*cogitationis poenam nemo patitur*”). Sólo si existe algo más, una auténtica disposición a actuar, la existencia de un mayor desvalor (subjetivo) en la acción podría hallar fundamento (por el mayor merecimiento de pena, en virtud de una capacidad más intensa de enfrentamiento al orden jurídico —antinormatividad—).

Si esto es así, entonces el “desprecio” es una disposición. Disposición que ha de ser definida, como todas, mediante una proposición condicional contrafáctica. El problema estriba en determinar el antecedente y el consecuente de la proposición (*e* y *r*, en la formulación general de más arriba). ¿Qué eventos correlaciona potencialmente la actitud de “desprecio por la vida de los demás”? De acuerdo con el significado usual del término, antes indicado, parece que se trata de una propiedad que correlaciona potencialmente un evento externo con un evento interno, psicológico: correlaciona la eventualidad de la muerte de una persona (“los demás”) con una emoción del propio sujeto; o, como vimos antes, con la ausencia de dicha emoción. De este modo, la definición de “desprecio por la vida de los demás”, en tanto que propiedad disposicional de la personalidad de un sujeto⁵⁹, podría ser del siguiente tenor: un sujeto *S* posee la propiedad *D* (“desprecio por la vida de los demás”) si y sólo si, si una persona (indeterminada)⁶⁰ muriera, el sujeto *S* no experimentaría ninguna emoción negativa.

56. FERRATER MORA, J.: Disposición, disposicional, en el mismo, *Diccionario*, 1994, pp. 919-920.

57. Para mayores refinamientos filosóficos en la definición, vid. LEWIS, D.: “Finkish dispositions”, en el mismo, *Papers in Metaphysics and Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 133 y ss., con ulteriores referencias. Un ejemplo sencillo de propiedad disposicional sería la solubilidad: si una clase de individuos (una subclase de los compuestos químicos) posee la propiedad —disposicional— de la solubilidad, ello es porque si un compuesto de dicha clase fuera echado en agua, se disolvería. Lo que, naturalmente, no exige que el compuesto haya sido arrojado efectivamente (caso en el que no hablaríamos ya —o no sólo— de solubilidad, sino de que el compuesto ha sido efectivamente disuelto: la primera es una propiedad disposicional, la segunda es una propiedad categórica).

58. Es importante notar que las propiedades disposicionales pueden ser reducidas (aunque, como en toda reducción, con ello se pierda en capacidad explicativa). En primer lugar, pueden serlo a propiedades categóricas presentes en el propio momento de hablar (que serían, más propiamente, las que gozarían de la potencialidad causal: PRIOR, E. W./ PARGETTER, R./ JACKSON, F.: “Three theses about dispositions”, en *American Philosophical Quarterly* 19 (1982), pp. 251-253): la solubilidad puede ser descrita, a otro nivel, como una determinada estructura molecular. Pero también pueden ser reducida, como se ha dicho, a condicionales (contrafácticos). De este modo, en realidad las relaciones de causalidad se entablan entre *e* (el estímulo), el conjunto de propiedades categóricas descritas a través de la propiedad disposicional (o, para ser más exactos, los estados de cosas de los entes que se describen mediante los enunciados que predicen dichas propiedades: cf. MUMFORD, S.: *Dispositions*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 116-143, 200-210) —que son las causas— y *r* (respuesta: efecto): LEWIS, en el mismo, *Metaphysics*, 1999, pp. 148-150.

59. Naturalmente, el hecho de que sea una propiedad de la personalidad no quiere decir que dicha propiedad tenga que ser permanente, puesto que también existen propiedades temporales de la personalidad (cf. FIERRO, A.: “La alianza cognitivo-conductual y la psicología de la acción”, en el mismo (comp.), *Psicología de la personalidad*, 1996, pp. 481-484, con ulteriores referencias): basta con que la disposición exista en el momento en el que la acción delictiva tiene lugar.

60. La matización es importante: puesto que el punto de referencia del desprecio ha de ser “la vida de los demás”, puede ocurrir que al sujeto le resulte indiferente (o incluso le alegre) la muerte de alguien en concreto, aun cuando, con esa excepción, no mantenga una actitud de indiferencia hacia la vida humana en general. En mi opinión, en tal caso no existiría la actitud subjetiva requerida por el tipo penal, pues faltaría en ella la expresión de una especial antinormatividad que ha de fundamentar el desvalor agravado. Así, quien se lanza alocadamente con su vehículo por un camino particular,

2.7. "Desprecio" y motivación de la conducta

Ahora bien, no parece que esto resulte suficiente desde el punto de vista valorativo —es decir, del merecimiento de pena— para justificar la existencia de un desvalor más elevado: sin duda, la mera carencia de emociones negativas del sujeto en la eventualidad de la muerte de otras personas constituya un rasgo de personalidad del autor que en sí mismo no puede, en virtud del principio de responsabilidad por el hecho⁶¹, ser enjuiciado por el Derecho Penal. Se debe observar, en este sentido, que el término "actitud", como propiedad de la personalidad de un ser humano, resulta en realidad ambiguo, puesto que admite dos significados diferentes: de una parte, "actitud" significaría disposición —en el sentido ya visto del término— a tener/no tener ciertas emociones; de otra, disposición a hacer/no hacer ciertas cosas (en atención, claro está, a la configuración emocional de la personalidad, pero no sólo de ella). Y, en todo caso, únicamente en esta segunda acepción podríamos plantearnos la duda acerca de si una "actitud" puede llegar a formar parte legítimamente del objeto de valoración del Derecho Penal, mas nunca respecto de la primera.

Por lo tanto, el "*consciente desprecio por la vida de los demás*" —descrito como lo hemos hecho— sólo puede resultar jurídico-penalmente relevante

en la medida en que aparezca conectado a características que, como consecuencia de dicho rasgo de personalidad, adopte la conducta típica; pero nunca por sí solo. A este respecto, hay que tener en cuenta la compleja explicación causal que posee la conducta humana desde el punto de vista psicológico⁶²: dicha conducta, en tanto que manifestación de la personalidad psicológica del individuo, constituye una función de la estructura motivacional del sujeto y de la situación a la que el mismo se enfrenta⁶³. Y, a su vez, la estructura de motivaciones⁶⁴ se configura (prescindiendo ahora de los instintos, que no parecen cumplir un papel importante en casos como el que nos ocupa) en función tanto de la fijación cognitiva de metas y planes de acción como de la estructura emocional de la personalidad⁶⁵ (que condiciona el valor que se otorga a las distintas metas y genera sesgos cognitivos en relación con las expectativas de lograrlas). En cualquier caso, y debido al tenor literal del tipo penal (que sólo hace referencia al "*desprecio*" como circunstancia cualificante), sólo esto último, la estructura emocional, puede tener relevancia para subsumir una conducta en el tipo penal agravado del art. 384 CP⁶⁶. Así pues, no cualquier disposición emocional al "*desprecio*", en los términos más arriba señalados, posee relevancia. Por el contrario, solamente aquella disposición emocional de esta índole que forme parte

sabiendo a ciencia cierta que sólo es posible que aparezca el dueño de la finca, e indiferente ante el riesgo que éste —a quien odia— pueda correr, no comete por ello el delito del art. 384 CP, salvo que se pruebe que su actitud hacia el dueño de la finca es más general y se refiere a todas las vidas humanas. Sí podría, sin embargo, cometer el delito del art. 381 CP, que sólo exige la creación de peligro concreto (en este sentido, no me parece que constituya un obstáculo el hecho de estar ante un delito contra la "seguridad colectiva", puesto que, como ya indiqué, se trata en todo caso de un bien jurídico intermedio, instrumento protector de un bien jurídico final netamente individual). Ciertamente, pueden surgir dudas acerca del punto en el que establecer el límite entre lo que constituye una actitud de desprecio individualizada y lo que es ya una actitud general. Creo, no obstante, que dicha dificultad no es insalvable: constituirá una actitud general de "desprecio por la vida de los demás" (y, por lo tanto, fundamentará la agravación) aquella que podría expresarse a través de una proposición universalizable (del tipo de "Me es indiferente que muera cualquiera", o del tipo "Me es indiferente que mueran los judíos"); mientras que aquella que sólo podría expresarse mediante una proposición del tipo de "Me es indiferente que muera Juan" generalmente no lo será (salvo que la proposición se completase: "Me es indiferente que muera Juan... precisamente porque se llama Juan y me resulta indiferente que se muera cualquier persona que se llame Juan"). Vid., sobre los conceptos de universalización y de universalizabilidad de las proposiciones, BRANDT, R. B.: *Teoría ética*, trad. Guisán, Madrid, Alianza, 1982 (reimpr. 1998), pp. 35-54, con ulteriores referencias.

61. Vid. ROXIN, AT, I, 1997, pp. 131-132, 138-139.

62. BERMÚDEZ, J.: "La personalidad en acción", en FIERRO (comp.), *Psicología de la personalidad*, 1996, pp. 153 y ss.

63. LÓPEZ SOLER, C.: Interacción persona-situación, en FIERRO (comp.), *Psicología de la personalidad*, 1996, pp. 357 y ss.

64. Sobre el concepto de motivación, vid. BECK, R. C.: *Motivation*, 4.ª ed., Upper Saddle River, Prentice Hall, 2000, pp. 26-27.

65. GOLLWITZER, P. M./BARGH, J. A. (eds.): *The Psychology of action*, Nueva York/Londres, Guilford Press, 1996, pp. 1 y ss.; FERNÁNDEZ-ABASCAL, en el mismo, *Motivación*, 1997, pp. 45 y ss.; GRZIB/BRIALES, *Psicología*, 1999, pp. 313 y ss.; BECK, *Motivation*, 2000, pp. 33 y ss., 347 y ss.

66. Quiere ello decir que las metas ulteriores (es decir, las que van más allá de la propia voluntad —dolo— de poner en peligro) que persiga el sujeto con su conducta de conducción temeraria resultan siempre irrelevantes para la tipicidad penal... con una única excepción: cuando dichas metas consistan, precisamente, en lesionar la vida o la integridad física de las personas (dolo de lesión), supuesto en el que —aun siendo también irrelevante dicho dolo a los efectos del tipo del art. 384 CP— la conducta resultaría subsumible también en el(los) correspondiente(s) delito(s) de lesión. Por lo demás, el que el sujeto en cuestión conduzca temerariamente (con consciente desprecio por la vida de los demás o sin él) por razón de una apuesta, por pura satisfacción personal, por deslumbrar a su novia, etc., son todos ellos datos que carecen de importancia para la subsunción en el tipo. Así, e independientemente de cuál fuera la voluntad del legislador de 1989, las conductas de conducir temerariamente a causa de una apuesta sólo encajan en el tipo agravado si se dan las condiciones que en el texto se exponen, pero no en cualquier caso; y, si se deseaba otra solución, debería haberse redactado el tipo en términos diferentes y más explícitos en este sentido.

de la estructura motivacional del sujeto a la hora de actuar: no, pues, cualquier "desprecio", sino únicamente el que pueda contribuir a explicar psicológicamente (al afectar a la motivación) el comportamiento del sujeto.

Así, podría ocurrir —aunque ciertamente será infrecuente— que una persona que siente, en general, ese desprecio por la vida de los demás que antes describí no vea incluido, sin embargo, entre sus motivaciones para una determinada conducta (por ejemplo, de conducción temeraria) precisamente dicho desprecio. Por ejemplo, si en el caso concreto el sujeto que conduce temerariamente, aun teniendo dolo de peligro (conociendo, por lo tanto, la presencia de un riesgo para la vida o la salud de las personas), actúa de tal modo —rápido, casi automatizado⁶⁷, etc.— que la respuesta psíquica que normalmente dicho estímulo debería tener en él, debido a su actitud de desprecio hacia los demás, no tiene tiempo de producirse: si, en una carretera de doble sentido, un vehículo que venía adelantando por detrás quiere volver a su carril, por venir coches de frente, lo usual es frenar para dejarle espacio, o acelerar para dejárselo detrás; sin embargo, un conductor alocado puede, con conciencia del riesgo que con ello crea (y con dolo, por tanto), y estimando que queda aún tiempo, aprovechar para adelantar él al vehículo de delante, generando con ello un riesgo real de colisión con aquellos coches que venían de frente (e incluso con los que circulaban en su mismo sentido). Pese a ello, no puede ser automática la inferencia de que en este caso se ha actuado "con consciente desprecio por la vida de los demás". Por el contrario, ello depende, precisamente, de la actitud del sujeto: si éste, habiéndose planteado varias alternativas, opta por la más peligrosa a conciencia, ello podría ser indicio de dicha actitud; pero si se trata más bien de ese conductor alocado al que aludía, al que sólo se le ocurre,

ante el inesperado incidente, el adelantamiento imprudente, entonces difícilmente podríamos decir que el "desprecio" ha incidido en la motivación de su acción⁶⁸. (Nuevamente hay que recordar que el tipo penal del art. 384 CP no castiga de modo agravado a quien obre de forma especialmente peligrosa o especialmente temeraria⁶⁹, sino a quien actúe con esa actitud de "desprecio".)

No obstante, si queremos aclarar el papel de este elemento subjetivo dentro del tipo penal, es necesario precisar más la función que desempeña una disposición emocional —como lo es el "desprecio"— en la motivación psíquica de las conductas humanas. En este sentido, hay que tener en cuenta que las emociones parecen constituir ante todo mecanismos adaptativos que aumentan el estado de activación del organismo, en principio como reacción frente a alteraciones del ambiente. Dicha adaptación tiene lugar a través de dos procesos diferentes de valoración cognitiva de las alteraciones: apreciación de la alteración ambiental misma y apreciación de la propia capacidad para el afrontamiento de dicha alteración⁷⁰. Dicho en otras palabras, las emociones parecen actuar, dentro del sistema⁷¹ constituido por el conjunto de las motivaciones de la conducta⁷², como un mecanismo interno de refuerzo, positivo o negativo⁷³, de determinadas motivaciones: el sujeto que experimenta una emoción positiva en relación con una meta tenderá a activar específicamente su organismo cuando lleva a cabo una conducta orientada a dicha meta; y, al contrario, si la emoción que experimenta es negativa, tenderá a activar especialmente su organismo en relación con conductas orientadas a evitar dicha meta (orientadas

67. Son procesos psicológicos automatizados aquellos que prácticamente no necesitan consumir recursos de atención, que son realizados sin esfuerzo consciente e interfieren escasamente en el desarrollo de otros procesos (controlados): DE VEGA, M.: *Introducción a la Psicología cognitiva*, Madrid, Alianza, 1984 (reimpr. 1994), pp. 150-151. Estos procesos se automatizan, naturalmente, a través del aprendizaje: así, muchas tareas de nuestra vida cotidiana —del aseo, por ejemplo— las hemos automatizado, de modo que las realizamos prácticamente sin atención y sin esfuerzo consciente alguno.

68. Como he señalado ya en PAREDES CASTAÑÓN, AFD 2001, pp. 83-84, en la interpretación y prueba de los elementos subjetivos del delito —y, por lo tanto, también en este caso— no es posible emplear de manera irrestricta argumentos acerca de las conductas, pensamientos, etc. que resulta "razonable" (sea cual sea el significado de este término) esperar en una persona o situación dada. Pues, en efecto, si algo demuestran las investigaciones psicológicas es que la racionalidad constituye más un postulado normativo que una descripción efectiva de (todos) los procesos mentales de (todos) los seres humanos (GONZÁLEZ LABRA, M. J.: *Introducción a la Psicología del pensamiento*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 105-132). Y, puesto que los elementos subjetivos del delito se conciben como elementos descriptivos, esto es, como elementos que han de poseer una base en hechos (en hechos psíquicos), entonces no es posible prescindir de la posibilidad —no infrecuente— de que los individuos actúen de un modo que desde el punto de vista normativo deba ser considerado como irracional.

69. Vid. *supra* 2.2.

70. CANO VINDEL, A.: "Modelos explicativos de la emoción", en FERNÁNDEZ-ABASCAL, *Motivación*, 1997, pp. 148-154; GRZIB/ BRIALES, *Psicología*, 1999, pp. 462-465.

71. Sistema en sentido fuerte: un conjunto de elementos —los motivos— que mantienen relaciones entre sí, de tal manera que cada uno de ellos produce efectos causales distintos cuando opera dentro de una relación o dentro de otra (dentro de un sistema o dentro de otro): vid. BERTALANFFY, L. v.: *General system theory*, Nueva York, George Braziller, 1968 (reimpr. 2001), pp. 54-80.

72. Vid. DWECK, C. S.: "Implicit theories as organizers of goals and behavior", en GOLLWITZER/ BARGH (eds.), *Action*, 1996, pp. 69 y ss.

73. Sobre el concepto de refuerzo, vid. DOMJAN, M./ BURKHARD, B.: *Principios de aprendizaje y conducta*, trad. Belmonte Martínez, Madrid, Debate, 1990 (reimpr. 1999), pp. 199 y ss.; GRZIB/ BRIALES, *Psicología*, 1999, pp. 272 y ss.

a las metas contrarias). En este contexto, una disposición emocional (o, por mejor decir, las propiedades categóricas —rasgos de la personalidad— a las que dicha disposición puede reducirse) produce el efecto de que el sistema entero de las motivaciones del sujeto para una determinada conducta adquiera, a su vez, una determinada disposición (en mayor o menor medida, dependiendo de la intensidad de la emoción que resultaría si la disposición se actualizara)⁷⁴: a saber, la propensión a motivar preferiblemente unas conductas antes que otras; a motivar con preferencia conductas orientadas a metas que provocan emociones positivas y conductas orientadas a metas contrarias a aquellas que provocan emociones negativas. Es decir, *ceteris paribus* (a igual valoración cognitiva de las metas), éstas y aquéllas será más probable⁷⁵ que tengan lugar, en comparación con las conductas orientadas hacia metas emocionalmente neutras (y, desde luego, más que las conductas orientadas hacia metas que susciten emociones negativas)⁷⁶.

De este modo, para que una conducta (de conducción temeraria y con dolo de peligro) resulte subsumible en el tipo penal del art. 384 CP es necesario, en primer lugar, que la personalidad psicológica del autor posea como rasgo aquella carencia de disposición emocional que hemos caracterizado como "*desprecio por la vida de los demás*", en los términos que más arriba se expusieron. En segundo lugar, dicha carencia de disposición emocional debe resultar relevante para el sistema de las motivaciones del sujeto para actuar de esa manera (conduciendo temerariamente a conciencia). Pero, en tercer lugar, se requiere también que, debido a esa carencia de disposición emocional, el sistema (relevante) de motivaciones del sujeto —el que motiva su conducta de conducción temeraria— posea una disposición específica a producir con mayor probabilidad conductas de conducción temeraria (y usualmente, también con mayor probabilidad, conductas más graves). Es decir, la peculiaridad del sistema de motivación del sujeto en el aspecto emocional debe producir el efecto de que la probabilidad de que a partir del mismo se motiven conductas de conducción temeraria sea significativamente mayor que la probabilidad que suele existir en el

caso de sujetos con sistemas de motivación en esta materia que se puedan calificar de "normales" (esto es, sistemas de motivación con un grado de adecuación bastante a lo que resulta objetivamente —instrumentalmente— necesario para la prevención de hechos típicos a través de la motivación de conductas por las normas penales primarias)⁷⁷. Nos hallaremos, entonces, ante un sujeto especialmente difícil de motivar por las normas penales (aun cuando, si dicha dificultad de motivación le viniera imputada por circunstancias no imputables a él, se produciría al tiempo un déficit de culpabilidad).

2.8. "Desprecio" y principio de responsabilidad por el hecho

Así pues, según su tenor literal, no es necesario que el autor de una conducta subsumible en el tipo agravado del art. 384 CP actúe de modo objetivamente más peligroso que quien realiza una acción subsumible en el art. 381 CP, aunque de hecho ello pueda suceder; en general, no es necesario que haga algo objetivamente distinto (y ya vimos que tampoco necesita tener un conocimiento —un dolo— diferente). En todo caso, en el límite, dos conductas exactamente idénticas desde el punto de vista objetivo —en cuanto al grado de peligro y al grado de negligencia— encajarían en dos tipos penales diferentes, con penas diferentes, según la actitud subjetiva de la que sean indicio: en un caso (art. 381 CP), el sujeto desea crear peligro, no está seguro de poder evitar la lesión, pero no desea que ésta se produzca; en el otro (art. 384 CP), sucediendo lo mismo, el autor no está seguro de poder evitar la lesión, pero dicha eventualidad le resultaría indiferente (o le alegraría: de cualquier modo, no le ocasionaría emociones negativas) en caso de tener lugar. En este último supuesto, podrá suceder, claro está, que las características objetivas de su conducta (creación antijurídica de una elevada probabilidad —no mereo peligro— de lesión de la vida o la integridad física) y sus rasgos subjetivos (conocimiento y aceptación de dicha elevada probabilidad) hagan que la misma resulte subsumible también en la tentativa de homicidio o de lesiones dolosas (doloso-eventuales); caso en el que el delito del art. 384 CP resultaría consumido. Pero puede haber otras

74. Sobre la intensidad de las emociones, vid. CANO VINDEL, en FERNÁNDEZ-ABASCAL, *Motivación*, 1997, pp. 149-152.

75. Como se acaba de apuntar, el aumento de la probabilidad será proporcional a la intensidad de la emoción suscitada: directamente proporcional, si la emoción es positiva e inversamente si es negativa.

76. Naturalmente, no hace falta advertir que la emoción suscitada y la valoración cognitiva de una misma meta no tienen por qué coincidir: una meta valorada desde el punto de vista cognitivo de modo positivo puede, pese a ello, suscitar emociones negativas en el sujeto (una persona convencida de la necesidad de participar en una guerra puede, no obstante, sentir miedo); y viceversa.

77. Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo*, 1995, p. 100, n. 37.

ocasiones en las que no se den las condiciones para hablar de tentativa dolosa del delito de lesión. Y, entonces, el sujeto sólo podría ser castigado (además de por el art. 381 CP) por el art. 384 CP.

Esto significa, en definitiva, que en los casos en los que realmente puede aplicarse el art. 384 CP (aquellos en los que la actitud del sujeto es de indiferencia hacia la eventual lesión efectiva del bien jurídico, pero sin que su conducta objetiva sean tan peligrosa como para hablar de elevada probabilidad de lesión; o cuando, aun existiendo dicha elevada probabilidad, el sujeto no la conoce o no la acepta) la razón de la agravación de la pena no estriba en lo que el sujeto efectivamente hace, sino únicamente en lo que podría llegar a hacer. En efecto, la especial disposición emocional del autor, y la consiguiente disposición peculiar de su sistema de motivaciones, le convierten en alguien especialmente capaz de enfrentarse al orden jurídico (especialmente capaz de comportamientos antinormativos); o, en otras palabras, especialmente difícil de ser motivado por las normas penales primarias. Lo que, a su vez, hace más probable que pueda llevar a cabo conductas más graves que aquellas que ha realizado ya: de hecho, si el "conductor homicida" nos asusta más no es por lo que hace (cualquier conductor negligente podría hacer lo mismo), sino por lo que podría estar dispuesto a hacer⁷⁸.

De este modo, la proposición —también una proposición condicional contrafáctica— que sustenta el juicio de desvalor agravado que recae sobre quien obra "con consciente desprecio por la vida de los demás" es la siguiente: "Dado el carácter de S (su peculiar disposición emocional y la disposición peculiar de su sistema de motivaciones), si se dieran las circunstancias oportunas y hubiera algún motivo, S cometería (probablemente: más probablemente que otros sujetos) la acción A_a" (A_a: acción antijurídica, o más antijurídica). En este caso, A_a equivale a "cometer una tentativa dolosa (con dolo eventual, al menos) de homicidio y/o de lesiones". Ahora bien, debe observarse que esta proposición no se deduce directamente de las que hemos visto con anterioridad. De hecho, ha sido necesario introducir en su formulación una restricción de importancia capital: "si se dieran las circunstancias oportunas y hubiera algún motivo". Es decir, no resulta posible inferir directamente la mayor proba-

bilidad de que un sujeto con la disposición emocional descrita cometa una tentativa dolosa de los delitos de lesión; sino que dicha probabilidad sólo sería mayor en ciertas circunstancias, indeterminadas. Y es que ocurre, de una parte, que la proposición contrafáctica que se acaba de enunciar no constituye ya una proposición descriptiva de la personalidad del sujeto (en la medida en que no se limita a describir las propiedades, categóricas o disposicionales, de ésta), sino un auténtico juicio de peligrosidad criminal sobre el mismo (un juicio sobre la probabilidad de que en el futuro lleve a cabo determinadas acciones)⁷⁹. Y sucede además, de otra parte, que dicho juicio de peligrosidad se realiza sobre una base endeble, insuficiente: puesto que el sujeto sólo ha demostrado un cierto rasgo de carácter (su "consciente desprecio por la vida de los demás"), la mayor probabilidad de que realice ciertas acciones no puede deducirse sólo de él, por lo que ha de condicionarse a que se den "circunstancias" y "motivos" sin precisar. Y, con ello, el juicio de probabilidad —de peligrosidad— queda falseado. Pues, contra lo que parece deducirse de la formulación de la proposición contrafáctica enunciada, la explicación psicológica de la acción humana no puede realizarse con un modelo de mera acumulación de factores (modelo que se plasmaría en la pseudo-ley psicológica: "si un sujeto S tiene una personalidad P que le hace (más) propenso a A_a, entonces las circunstancias y motivos adicionales lo que harán será aumentar su propensión y, por ende, la probabilidad de que A_a tenga lugar"), sino, como se ha apuntado antes, solamente con un modelo más complejo, de interacción de factores dentro de un sistema de motivaciones⁸⁰. Así, las "circunstancias" y los "motivos" pueden, ciertamente, aumentar la propensión derivada de la disposición emocional de la personalidad; pero también podrían contrarrestarla. Y, por ello, sin una especificación de dichas "circunstancias" y "motivos" el juicio de probabilidad —de peligrosidad— realizado carece de sentido.

En efecto, cuando pretendemos determinar la probabilidad de que un conductor de talante desaprensivo llegue a realizar ciertas maniobras aun siendo consciente de que ello muy probablemente acabará en lesiones o muertes (tentativa dolosa de lesiones o de homicidio), necesitamos conocer más datos. Pues, de hecho, lo único que sabemos es lo que ya ha

78. Orillo conscientemente la otra versión posible del fundamento de esa antijuridicidad agravada, que lo vincularía a la problemática de la aplicabilidad procesal del Derecho Penal: desde esta perspectiva, el delito del art. 384 CP sería un delito de sospecha, en el que se estarían castigando, con una pena intermedia, los indicios de que el sujeto hubiera cometido en realidad una tentativa dolosa de homicidio o de lesiones, con un dolo imposible de probar. No hace falta decir que esta interpretación haría al precepto directamente inconstitucional.

79. Vid., por todos, FRISCH, W.: *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, Hamburgo, Decker, 1983, *passim*, con ulteriores referencias.

80. Vid. BERMÚDEZ, en FIERRO (comp.), *Psicología de la personalidad*, 1996, pp. 154 y ss.; FIERRO, en *op. cit.*, pp. 479 y ss.

ocurrido: que el conductor es temerario y que no le importaría que alguien muriera a resultas de su comportamiento. Mas cuándo daría el paso de actuar de modo muy peligroso intencionalmente es algo que se nos escapa. Y se nos escapa, porque depende de un complejo de factores cuya interacción resulta, *ex ante*, imprevisible: así, por ejemplo, ese conductor desaprensivo puede no decidir dar el paso porque teme a las consecuencias penales, o porque teme los riesgos para sí mismo o sus acompañantes, o porque reconoce la identidad de quienes se aproximan en sentido contrario y sufrirían probablemente las consecuencias de su acción,...

Es decir, en estas condiciones (de indeterminación de una parte significativa de los factores condicionantes de la motivación), el pretendido juicio de peligrosidad carecerá de potencialidad predictiva.

2.9. Conclusiones

Resumamos. Hemos concluido que la única diferencia necesaria entre las conductas subsumibles en el tipo penal del art. 381 CP y las subsumibles en el del art. 384 CP estriba en que, en este segundo caso, se exige la presencia de un elemento descrito como obrar —conduciendo temerariamente— "*con consciente desprecio por la vida de los demás*". Es decir, que las conductas subsumibles en ambos tipos penales no se diferencian, por lo demás, ni en su aspecto objetivo (una no tiene por qué ser más peligrosa, o más negligente, que la otra) ni en el subjetivo (ambas han de ser realizadas con dolo de peligro)⁸¹. Teniendo en cuenta que la única interpretación posible de dicho elemento típico es que se trata de un elemento subjetivo, entonces hay que entender que dicha descripción se refiere a una determinada disposición emocional del sujeto, que le haría no sentir ninguna emoción negativa si un evento lesivo para la vida (o integridad física) de las personas tuviera lugar como resultado de su comportamiento. Y que dicha disposición emocional, en la medida en que interviene en el sistema de motivaciones de la conducta del sujeto, hace más fácil que tengan lugar conductas contrarias a las normas penales primarias, por cuanto éstas cumplen más difícilmente su función de motivación.

Sin embargo, a la hora de buscar un fundamento al mayor desvalor que las conductas realizadas

"con consciente desprecio por la vida de los demás" deberían tener (para que la mayor pena resultase a su vez fundamentada también), hemos podido comprobar que cualquier solución resulta problemática:

— Si se castiga al sujeto por su disposición emocional, ello cae sin duda alguna en el Derecho Penal de autor, en violación del principio de responsabilidad por el hecho⁸².

En otras palabras: ¿por qué habría que castigar más un acto doloso de conducción temeraria realizado por alguien insensible que uno realizado por alguien que no lo es tanto, pero que actúa exactamente igual y con el mismo grado de conocimiento —y aceptación— sobre lo que está haciendo?

— Si se castiga al sujeto por las emociones que tiene en el momento de actuar, nuevamente se violaría el principio de responsabilidad por el hecho. Además, con mucha frecuencia —dejando un lado las obvias dificultades probatorias— el individuo desaprensivo no experimenta ninguna emoción en particular en el momento de obrar; pero frecuentemente tampoco la experimentan otros sujetos no tan desaprensivos.

— Si se castiga al sujeto por lo que (debido a su disposición emocional y la configuración de su sistema de motivación que ello ocasiona) podría estar dispuesto a hacer, el fundamento del desvalor agravado estribaría en un juicio de peligrosidad criminal, no en la acción delictiva misma: se estaría castigando al sujeto por lo que podría llegar a hacer, no por lo que ha hecho.

Es decir, dos sujetos que conducen, dolosamente, con el mismo grado de temeridad deberían ser castigados de modo diferente según las características de su personalidad.

Naturalmente, esto viola también el principio de responsabilidad por el hecho.

— Pero es que, además, incluso si lo anterior no fuera cierto, ocurre que, como he señalado, el juicio de peligrosidad sobre el que se apoyaría el aumento de desvalor pretendido sería un juicio incorrecto, sin base suficiente.

Así pues, parece que el único caso en el que es posible compatibilizar la toma en consideración,

81. Y que, en este sentido, no es correcta la doctrina jurisprudencial (vid. supra 2.1) que afirma que, si se da un peligro elevado y el dolo correspondiente que lo abarque, se puede inferir automáticamente la existencia de "*consciente desprecio por la vida de los demás*". Por el contrario, es perfectamente posible una conducta muy peligrosa y dolosa sin actitud de "*desprecio*", tal y como la hemos definido; como lo es que la actitud de "*desprecio*" no se plasme en una conducta especialmente peligrosa, sino igual de peligrosa que cualquiera otra subsumible en el art. 381 CP.

82. En sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, PE, 1991, p. 253; TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, p. 554.

en sede de desvalor subjetivo de la acción, de la disposición emocional como tal con el principio de responsabilidad por el hecho es, precisamente, aquel en el que el sujeto, dejándose llevar por la disposición ocasionada en su sistema de motivación por aquélla, da efectivamente el paso de realizar una tentativa dolosa (siquiera sea doloso-eventual) de homicidio o de lesiones (supuesto para el que, obviamente, el tipo penal del art. 384 CP carece de sentido). Pero en ningún otro. De este modo, si interpretamos estrictamente el tenor literal del tipo penal del art. 384 CP, no existe, en mi opinión, ningún espacio intermedio posible para esta figura⁸³, porque el que existe está ya abarcado por tipos penales que consumen todo su desvalor, o bien resulta vedado por un principio básico de limitación de la potestad punitiva. Y ello explica, por cierto, las vacilaciones jurisprudenciales en su empleo, así como el escaso éxito que ha tenido, después de más de una década de vigencia.

2.10. Posibles interpretaciones alternativas (*contra legem*)

Resta, claro está, la posibilidad de intentar redefinir el alcance del tipo penal conforme a criterios valorativos y teleológicos, yendo más allá de lo dispuesto por la ley (aunque, por mor del principio de legalidad penal, *de lege lata* ello sólo sea posible para restringir lo que el propio tenor literal establece). En este sentido, dos parecen ser las alternativas, antes de declarar el art. 384 CP completamente carente de ámbito propio:

— La primera, más próxima —aunque en absoluto coincidente— con el significado del tenor literal del tipo, consiste en interpretar que el elemento subjetivo “*con consciente desprecio por la vida de los demás*” se refiere a los motivos de la acción⁸⁴: es decir, la conducta subsumible en el art. 384 CP sería la de conducir de modo temerario y doloso (con dolo de peligro) precisamente a causa de que el sujeto ha integrado *de hecho*, en el sistema de motivaciones (relevantes) de su conducta, metas derivadas de sus ideas acerca del valor de la “*vida de los demás*”. Esto significaría, por

consiguiente, limitar la aplicación del tipo a los casos en los que una de las causas psicológicamente relevantes —y comprobadas— de que el sujeto conduzca temerariamente es que desea causar daño a la vida de los demás (siempre, desde luego, que la conducta no resulte idónea desde el punto de vista objetivo para ser subsumida en la tentativa dolosa de lesiones o de homicidio, supuesto en el que se aplicarían preferentemente estos tipos). De manera que no se aplicaría a todos aquellos casos en los que el sujeto tenga motivos diferentes.

Parece claro que la mayoría de los “conductores homicidas” que suscitaron tanta preocupación a finales de la década de los ochenta no obraban precisamente para causar daño a la vida de los demás, sino por diversión, para demostrar su valor, etc. En esta interpretación, a ninguno de ellos les sería de aplicación el tipo agravado del art. 384 CP, que quedaría reservado para comportamientos absolutamente anormales: básicamente, el de la persona que, por razones patológicas, de convicciones morales, políticas o religiosas, etc., decide que debe poner en peligro en la carretera la vida de los demás. Supuestos que, además, casi siempre caerán directamente en la tentativa del correspondiente delito de lesión.

— La segunda alternativa significa distanciarse completamente del tenor literal del tipo, e interpretar que lo que se castiga en el art. 384 CP es la conducta de conducción temeraria dolosa extremadamente peligrosa y negligente. En este caso, obviamente, la agravación respetaría los principios limitadores de la potestad punitiva, por cuanto la misma se basaría en la mayor lesividad (peligro) y antinormatividad (negligencia) efectivas de la conducta. Sin embargo, existen una objeción de peso en contra de esta interpretación, que es, por supuesto, la falta total de respeto al tenor literal del tipo que esta interpretación implica. Falta de respeto que, además, no siempre sirve a la restricción de su alcance: en efecto, un art. 384 CP interpretado de este modo incluiría cualquier acto doloso de conducción temeraria especialmente peligrosa y negligente, cualquiera que fuera la actitud subjetiva que mantuviera el sujeto actuante.

83. En sentido similar, SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 7.ª ed., Madrid, Dykinson, 2002, pp. 712-713.

84. Acoge esta interpretación RAGUÉS I VALLÈS, ADPCP 1997, pp. 799, 802-807. Sin embargo, aun cuando tiene razón en que la valoración de motivos (al menos, si son definidos e interpretados de un cierto modo: no únicamente como elementos expresivos de antinormatividad) en sede de desvalor subjetivo de la acción —en sede de injusto, por consiguiente— no tiene por qué entrar necesariamente en contradicción con el principio de responsabilidad por el hecho, me parece que la interpretación que él hace de la expresión “*consciente desprecio por la vida de los demás*” no resulta demasiado respetuosa con el tenor literal del tipo, por cuanto, contra lo que él afirma, no toda persona que actúa por diversión, por una apuesta, etc., está siendo motivada en su comportamiento por su “*desprecio*” hacia la vida de los demás. Antes al contrario, si el “*desprecio*” se interpreta así, entonces ya no estamos valorando motivos en el estricto sentido del término (causas psicológicas de la conducta), sino más bien actitudes internas (disposiciones)... que es lo que el principio de responsabilidad por el hecho sí que impide valorar.

Encajaría aquí la conducta de un individuo que, urgido por la prisa de llegar, y siendo consciente del peligro que crea, conduce durante un trecho por el carril de sentido contrario para adelantar a todos los vehículos que tiene delante, confiando en que no vendrá nadie de frente. Del mismo modo que encajaría la de quien, haciendo lo mismo, bromea todo el tiempo con sus acompañantes, completamente des preocupado.

Independientemente de lo que se piense sobre la justicia de la solución, parece obvio que en esta interpretación el elemento que el legislador quiso introducir en el tipo ha desaparecido completamente. Por lo demás, ya vimos más arriba que es discutible la necesidad de un tipo de "super-peligro" y "super-negligencia"⁸⁵.

Por lo tanto, parece que resulta difícil hallar para el tipo penal del art. 384 CP un espacio propio que, al tiempo, respete los principios limitadores de la potestad punitiva y tenga razón de ser desde el punto de vista valorativo y teleológico. De manera que, si había (y, en realidad, esto es lo que habría que haber demostrado en el momento de reflexión político-criminal que debería preceder siempre a las decisiones legislativas) conductas de conducción temeraria que realmente merecían una pena agravada respecto de la que impone el art. 381 CP, las mismas deberían haber sido descritas con más tino⁸⁶.

3. Delitos contra el honor, acusación y denuncia falsas, injurias discriminatorias: "temerario desprecio hacia la verdad" (arts. 205, 208, 456.1 y 510.2 CP)

Si, ahora, examinamos el otro caso en el que el término "desprecio" aparece como elemento de

un tipo penal ("*temerario desprecio hacia la verdad*"), nos encontraremos con que en relación con el mismo se plantean dilemas parecidos (aunque levemente diferentes). Pues, en efecto, si aceptamos que, tal y como más arriba se argumentó⁸⁷, nos hallamos también aquí ante un elemento subjetivo del tipo penal (lo cual parece más claro todavía en este caso, dado que el elemento en cuestión aparece en el tenor literal de los tipos como la alternativa al "*conocimiento de su falsedad*", elemento de evidente índole subjetiva), entonces el mismo revestirá caracteres —y dificultades— semejantes a los ya vistos en relación con el "*consciente desprecio por la vida de los demás*" que aparece en el art. 384 CP.

En este sentido, conviene advertir que, al igual que sucedía en el caso de este último precepto, una delimitación del elemento típico mediante el exclusivo recurso a las categorías usuales del dolo y de la imprudencia resulta problemática⁸⁸. Y ello, pese a que la interpretación más frecuente en la doctrina sea aquella que hace equivaler el "*temerario desprecio hacia la verdad*" con el dolo eventual (entendiendo que el alternativo "*conocimiento de su falsedad*" equivalía al dolo directo)⁸⁹. Sin embargo, frente a esta interpretación es posible suscitar tres objeciones de peso. De menor a mayor, la primera es que, en la trayectoria pre-legislativa de los preceptos legales en los que este elemento subjetivo aparece (no se olvide que, al menos en el Derecho Penal español, aparece por primera vez en el CP vigente)⁹⁰, no es tan claro que a través de esta fórmula se quisiera incriminar precisamente el dolo eventual: así, en el debate parlamentario, cuando en varias enmiendas se propuso la supresión de dicha fórmula, por vaga, o su sustitución por

85. Vid. *supra* 2.2.

86. Cfr. las afinadas indicaciones al respecto de SILYA SÁNCHEZ, J. M.: "Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la 'conducción suicida'", en LL 1988-III, p. 980; RAGUÉS I VALLÉS, ADPCP 1997, pp. 811-813.

87. Vid. *supra* 2.4.

88. Es consciente de la incomodidad a que da lugar la fórmula legal en este sentido (aunque no extrae las consecuencias de ello), MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), PE, II, 1998, pp. 280-281.

89. Vid. CARMONA SALGADO, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal español*, I, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 480, 485; la misma, en op. cit., II, 1997, p. 500; DÍAZ PITA, M. M.: *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona, P.P.U., 1996, pp. 98-103; PALOMO DEL ARCO, A.: "Acusación y denuncia falsas. Nueva regulación. Examen de estos delitos". Especial referencia a la simulación de delitos dentro de este capítulo, en CADENAS CORTINA, C. (dir.): *Delitos contra la Administración de Justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 187-188; PORTILLA CONTRERAS, en COBO DEL ROSAL (dir.), op. cit., II, 1997, p. 691; MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), PE, II, 1998, pp. 280, 293; MAQUEDA ABREU, M. L.: *Acusación y denuncia falsas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 56-59; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, pp. 395, 404; VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN et al., PE, 1999, p. 315; MUÑOZ CONDE, PE, 2001, pp. 273, 279, 882; MUÑOZ CONDE, F./ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.: "Calumnia e injuria", en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, p. 223; DÍAZ Y GARCÍA-CONILLO, M.: "Delitos en el ejercicio de derechos y libertades", en LUZÓN PEÑA (dir.), op. cit., p. 511. Y las SAP-Girona 21-1-1997 (A. 53), SAP-Cuenca 5-2-1999 (A. 601), SAP-Córdoba 2-7-1999 (A. 3143), SAP-Albacete 30-11-1999 (A. 4910), SAP-Sevilla 6-3-2000 (A. 438), SAP-Cantabria 30-5-2000 (A. 711), SAP-Sevilla 2-9-2000 (A. 2282), SAP-Barcelona 22-10-2001 (A. 63).

90. Se ha dicho que el origen de la fórmula está en la doctrina del TC —tomada, a su vez, de la jurisprudencia norteamericana— acerca de los límites de la protección constitucional de la libertad de información frente al derecho al honor, cuando exige para que dicha protección exista únicamente "veracidad" en la información, y no verdad absoluta; y cuando, a continuación, condiciona dicha "veracidad" a que el informador haya adoptado las medidas

otra más clara⁹¹, la respuesta de los defensores del texto del proyecto es que con el “*temerario desprecio hacia la verdad*” se pretende incriminar la conducta de quien informa acerca de “*invenciones, insidias o meros rumores*”⁹². ¿Constituye esto último necesariamente una conducta dolosa? Cabe dudarlo.

Un periodista o un denunciante que atienden a “*meros rumores*” pueden ser conscientes de que los mismos son falsos (dolo directo), o pueden conocer y aceptar la elevada probabilidad de que lo sean (dolo eventual); pero también puede que desconozcan absolutamente si son ciertos o no. En tal caso, especialmente si la información es verosímil, no tienen por qué estar aceptando con ello necesariamente el riesgo de calumniar, de injuriar, de acusar en falso. Por el contrario, podrían haber llegado a descartar dicha posibilidad (imprudencia consciente), e incluso no haber llegado a plantearse (imprudencia inconsciente). Eso sí, se trataría de un periodista o de un denunciante tremendamente temerario, mas no necesariamente doloso.

En segundo lugar, la interpretación que viene haciendo la jurisprudencia de estos delitos es lo suficientemente vacilante como para que no se pueda dar sin más por buena la equiparación entre “*temerario desprecio hacia la verdad*” y dolo eventual. De hecho, hay sentencias que consideran que este elemento subjetivo debe ser equiparado a la falta (*objetiva*) de diligencia en la comprobación de la información⁹³. Ausencia de

diligencia que, como es obvio, no tiene por qué ir acompañada —no necesariamente, al menos— de dolo, ni siquiera eventual, respecto de la falsedad de lo informado, sino que puede producirse perfectamente en comportamientos meramente imprudentes (conscientes o inconscientes).

En cualquier caso, la objeción más importante tiene que ver con la propia delimitación conceptual del término “*desprecio*”. Y es que, como ya se vio, del hecho de que una persona actúe en una disposición emocional de “*desprecio*” hacia algo no puede deducirse que necesariamente haya de poseer, en el momento de actuar, un determinado conocimiento actualizado, o una emoción. Antes al contrario, lo característico del sujeto que actúa con “*desprecio*” estriba en su disposición (la disposición de su sistema de motivaciones) a obrar de modo objetivamente antijurídico, precisamente por su indiferencia ante tal eventualidad⁹⁴. En nuestro caso, el “*temerario desprecio hacia la verdad*”, en tanto que disposición emocional, puede definirse del siguiente modo: un sujeto *S* posee la propiedad *D* (“*temerario desprecio hacia la verdad*”) si y sólo si, si una imputación (a una persona indeterminada) que él realiza resultara ser falsa, el sujeto *S* no experimentaría ninguna emoción negativa⁹⁵.

Ello quiere decir que el sujeto que obra —que imputa falsamente un hecho— puede conocer la falsedad de su imputación a ciencia cierta (dolo directo: caso que se subsumiría en la otra modalidad típica, obrar “*con conocimiento de su falsedad*”)⁹⁶, puede considerarla probable y, pese a

oportunas para verificar la información que luego publica (vid. QUINTERO OLIVARES./ MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, pp. 393-394, citando las correspondientes sentencias del TC). De cualquier forma, debe observarse que, aun cuando seguramente sea de hecho cierto que tal es su origen histórico (vid., en este sentido, la defensa que, en el debate sobre el proyecto de código, hacía el Grupo Socialista del Congreso de los Diputados de esta fórmula: Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 510 (Sesión de la Comisión de Justicia e Interior de 2 de junio de 1995), p. 15513), ello no significa que haya que interpretarla conforme a los criterios que el TC baraja. Y ello, porque es muy distinto delimitar el alcance de un derecho fundamental y el contenido de un elemento del tipo penal, por lo que muy diferentes deben ser también los criterios de interpretación empleados.

91. Enmiendas núm. 53, 97, 351, 457, 1003 y 1130 presentadas en el Congreso de los Diputados; y enmiendas núm. 67, 85, 135, 575, 577 y 674 presentadas en el Senado (unas por el Grupo Popular y otras por el Grupo Vasco).

92. Diario de sesiones del C.D. núm. 510, p. 15513. No obstante, la lectura de las discusiones parlamentarias deja patente un nivel tan elevado de confusión conceptual y terminológica en las mismas que estamos obligados a tomar el argumento histórico que acabo de aducir de forma aún más cautelosa de lo que siempre conviene hacerlo con los argumentos de esta índole. Pues podría suceder que, en realidad, quienes legislaron en esta materia no tuvieran claro qué es lo que verdaderamente querían incriminar.

93. Vid. SAP-Burgos 30-7-1997 (A. 1101), SAP-Madrid 2-3-2001 (A. 367). En sentido similar, TASENDE CALVO, J. J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, en *PJ* 43-44 (1996), pp. 144-145, 151; PÉREZ DEL VALLE, C.: “Las calumnias y el ‘temerario desprecio hacia la verdad’”, en CPC 1999, p. 104; MUÑOZ CUESTA, J.: “Delitos contra la Administración de Justicia”, en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, p. 382.

94. En sentido similar, SERRANO GÓMEZ, PE, 2002, p. 291.

95. Vid. *supra* 2.6. Existe ciertamente una ligera diferencia entre este caso y el del art. 384 CP: mientras en la conducción temeraria la incertidumbre acerca de las consecuencias de la propia acción tiene carácter objetivo (puesto que ex ante nadie puede saber si la lesión del bien jurídico va a producirse o no), aquí la incertidumbre será meramente subjetiva, para un(os) determinado(s) sujeto(s), ya que la imputación de hechos, objetivamente hablando, será falsa o verdadera de suyo. En cualquier caso, entiendo que ello no afecta al elemento subjetivo que estamos analizando, puesto que, sea objetiva o subjetiva, lo cierto es que para el sujeto actuante en ambos casos concurre la incertidumbre. Y, por ello, cualquier juicio sobre su actitud respecto de la eventualidad de que se trata —respectivamente, la muerte de terceros o la falsedad de la imputación— tendrá que ser hipotético (contrafáctico).

96. En este sentido, y frente a algunas afirmaciones que aparecen en la jurisprudencia (y también en los debates parlamentarios: vid. Diario de sesiones del C.D. núm. 510, p. 15513), hay que precisar que, como resulta obvio, el tenor literal de los tipos penales de los que estamos hablando no exige que

ello, aceptar el riesgo de tal eventualidad (dolo eventual); pero también puede considerarla meramente posible y descartarla como muy improbable (imprudencia consciente), o bien no llegar a plantearse siquiera dicha posibilidad (imprudencia inconsciente)⁹⁷. Este último caso será ciertamente infrecuente, mas no así el anterior.

En efecto, no parece especialmente difícil de imaginar el caso de quien, indiferente ante el valor del honor y la intimidad de los demás, y movido por el lucro o cualquier otra razón, se apresura a publicar inmediatamente cualquier rumor o supuesta "información" que llega a sus manos (o la utiliza para hacer denuncias ante órganos jurisdiccionales) sin importarle si es o no cierta y sin tener en realidad ningún dato para inclinarse por una u otra hipótesis al respecto.

Óbrese con dolo —directo o eventual— o con imprudencia, lo que tienen en común todos estos supuestos es que, debido a la estructura de las motivaciones del sujeto, éste está especialmente predispuesto a realizar la conducta objetiva descrita en el tipo penal. Así pues, puede haber conducta dolosa (y doloso-eventual) de calumnias, injurias o acusación o denuncia falsas sin actitud de "temerario desprecio hacia la verdad". Y también

puede haber conductas subsumibles desde el punto de vista objetivo en dichos tipos y basadas en una actitud de "desprecio" que, sin embargo, carezcan de dolo⁹⁸.

Ejemplo de lo primero sería la conducta de quien imputa falsamente un hecho delictivo (delito de calumnias o de acusación y denuncia falsas), a sabiendas de la falsedad de su imputación o, al menos, siendo consciente de la elevada probabilidad de que sea falsa (con dolo, pues), con el fin de vengarse de un determinado individuo contra el que alberga viejos rencores, pero sin que en general estuviera dispuesto a mantener esa forma de actuar frente a terceras personas. O, de igual modo, si dicha imputación falsa se debe a una necesidad imperiosa de producir el descrédito de la víctima (porque, por ejemplo, ésta está dispuesta a hacer lo mismo con quien se le adelanta)⁹⁹.

Por lo demás, tampoco parece posible equiparar el "temerario desprecio hacia la verdad" con la imprudencia, o con una forma grave —"temeraria"— de imprudencia. Pues es evidente que se pueden producir casos gravísimos de imprudencia en la imputación de hechos falsos sin que necesariamente tenga que ir acompañados de una actitud de "desprecio hacia la verdad". Es decir, el "desprecio" constituirá, en ocasiones, una de las cau-

concurran los dos requisitos, "conocimiento de su falsedad" y "temerario desprecio hacia la verdad", sino que ambos son elementos alternativos, que dan lugar a dos modalidades típicas diferenciadas: el desprecio nada añade cuando haya conocimiento de la falsedad, como este conocimiento es innecesario para la punición si el desprecio existe. Cfr., sin embargo, las SAP-Asturias 10-6-1999 (A. 2077), SAP-Albacete 30-11-1999 (A. 4910), SAP-Madrid 17-3-2000 (A. 884), SAP-Málaga 21-3-2000 (A. 1066).

97. En este sentido, SERRANO GÓMEZ, PE, 2002, pp. 291-292. Descartan —en mi opinión, infundadamente— estas dos últimas posibilidades CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.), PE, II, 1997, p. 500; QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, pp. 394-395.

98. Un razonamiento idéntico vale en relación con el *animus infamandi* (*animus iniuriandi*,...), si es que se admite su condición de elemento subjetivo del injusto en estos delitos, lo cual es harto dudoso (de la misma opinión, BERNAL DEL CASTILLO, J.: "El delito de injurias", en LL 1996-I, p. 1438; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.), PE, I, 1996, p. 480; MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), PE, II, 1998, pp. 281-282; QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, pp. 394, 406-407; SERRANO GÓMEZ, PE, 2002, pp. 290, 298). De cualquier forma, también sería cierto que puede haber conductas de injurias, de calumnias, de acusación y denuncia falsas con dicho *animus* y sin que el sujeto haya adoptado una actitud de "desprecio hacia la verdad"; como que las puede haber sin dicho *animus* en las que dicha actitud aparezca. Quiere ello decir, por lo tanto, que tampoco nos servirá este elemento como criterio para delimitar las conductas a subsumir en la modalidad típica de "temerario desprecio hacia la verdad".

99. Naturalmente, es necesario dilucidar aquí una cuestión conceptual previa: se puede, en efecto, establecer por definición que todo dolo eventual de lesión conlleva "desprecio" y, entonces, lo afirmado en el texto —y en los ejemplos— no sería cierto. Esta posición sería la propia de quienes han revitalizado la vieja concepción del dolo como "indiferencia" para reforzar la interpretación que aquí se critica: *vid.*, en este sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 330-331; la misma, *Acusación*, 1996, pp. 93-100. Sin embargo, hay al menos cuatro objeciones que hacen a este argumento. La primera es que, si efectivamente el dolo eventual de lesión conlleva siempre "desprecio", no se comprende la razón por la que ello debería ser destacado expresamente en ciertos tipos penales; o, en otras palabras, por qué no es necesario resaltarlo en los demás. La segunda es que la concepción del dolo de la que se parte resulta no sólo absolutamente marginal en la doctrina, sino, a mi entender, falsa (cfr., al respecto, RAGÜES I VALLÉS, ADPCP 1997, p. 796, n. 18, con ulteriores referencias). La tercera objeción estriba en que "indiferencia" y "desprecio" no tienen por qué coincidir, pues el "desprecio" conlleva siempre "indiferencia", pero no vale la inversa (*vid. supra* 2.5-2.7). Finalmente, la última objeción es que, de todas formas, me parece harto discutible que el objeto de la "indiferencia" —si es que la misma fuera necesaria— en el dolo de las calumnias, de las injurias o de la acusación y denuncia falsas tuviese que ser precisamente "la verdad" que los tipos penales exigen que se "desprecie": si el dolo fuera o conllevase "indiferencia", lo sería hacia la lesión del bien jurídico (o hacia su puesta en peligro); esto es, hacia la eventualidad de que la víctima sufra un descrédito (o hacia la eventualidad de que la Administración de Justicia se ponga en marcha en vano). Ahora bien, dicha indiferencia podría ser ocasionada por el "desprecio hacia la verdad" o —como se pone de manifiesto en los ejemplos— por otras causas. De manera que creo que tampoco en esta concepción del dolo (que, repito, me parece equivocada) habría por qué equiparar dolo eventual de lesión y "desprecio hacia la verdad".

sas que dan lugar a que la conducta sea imprudente, o gravemente imprudente (como, otras veces, dará lugar a que la conducta sea dolosa), pero dicha conexión causal resulta —como todas— contingente, no necesaria. De manera que también puede haber conductas imprudentes, y gravemente imprudentes, en cuya causación psicológica no haya intervenido el “desprecio”¹⁰⁰.

Parece claro que un sujeto puede realizar una imputación falsa sin dolo y debido a una absoluta falta de diligencia (a una imprudencia “temeraria”, por lo tanto) y que, sin embargo, no necesariamente dicha falta de diligencia ha de haber sido ocasionada por una genérica actitud del sujeto de “desprecio hacia la verdad”: esto es, porque no le importe en absoluto si su imputación es o no falsa. Por el contrario, la falta de diligencia puede haberse producido con absoluta buena fe: el sujeto se olvidó de hacer una llamada para confirmar la información, el sujeto consultó el documento (archivo, carpeta, libro,...) equivocadamente, etc.

Así pues, como ya se señaló más arriba, el “temerario desprecio hacia la verdad” constituye una actitud (una disposición emocional relevante en el sistema de motivaciones) del sujeto que le hace más propenso a llevar a cabo conductas objetivamente subsumibles en los tipos penales de las calumnias, de las injurias (en las consistentes en la imputación de hechos, contra individuos o contra grupos o asociaciones) y de la acusación y denuncia falsas¹⁰¹. Y dicha actitud es compatible tanto con comportamientos dolosos como con comportamientos meramente imprudentes. Ocurre, no

obstante, que en nuestro CP el comportamiento doloso se incrimina siempre, con independencia de que el sujeto haya manifestado o no dicha actitud de “desprecio”. Mientras que, por el contrario, si la conducta es imprudente, sólo aquella que reúne dos condiciones resulta incriminada: primero, que la imprudencia sea gravísima (“temeraria”); y segundo, que la misma haya sido ocasionada por la actitud de “desprecio hacia la verdad” que el sujeto mantiene¹⁰². Me parece, en efecto, que es ésta la única interpretación coherente con el tenor literal de los tipos penales¹⁰³.

Sin embargo, también apunté en su momento que esta interpretación choca, en mi opinión, frontalmente con el principio de responsabilidad por el hecho. Pues, atendiendo a dicho principio, resulta imposible justificar que los rasgos de personalidad que hayan llevado al sujeto a obrar de modo lesivo para el bien jurídico puedan resultar determinantes a la hora de seleccionar las conductas a incriminar¹⁰⁴. Esto es, que a igualdad de desvalor del resultado y de desvalor objetivo de la acción, y existiendo el mismo grado de conocimiento (o de desconocimiento) y de aceptación por parte del sujeto respecto del riesgo que crea para el bien jurídico, la diferente personalidad que el mismo tenga lleve a que la conducta sea penalmente típica o atípica.

Además, en el caso del “temerario desprecio hacia la verdad” como elemento típico, se añadiría a la violación del principio de responsabilidad por el hecho una segunda violación de principios: la del principio de proporcionalidad. Y es que, en efecto, según la interpretación que se ha apuntado, las con-

100. A esto parecen querer referirse los tribunales cuando afirman que la “difamación por ligereza” queda excluida de la tipicidad penal. En este sentido, la interpretación que propone SERRANO GÓMEZ, PE, 2002, pp. 291-292, partiendo de presupuestos correctos (que el “temerario desprecio hacia la verdad” es una actitud) acaba por resultar inadecuada, pues exige, para que la conducta no sea subsumible en dicha modalidad típica, que el sujeto haya llevado adoptado determinadas medidas de cuidado. Es decir, prácticamente la equipara a una forma de desvalor objetivo de la acción. Y ello, en mi opinión, por confundir la cuestión sustantiva (qué es el “desprecio”) con la probatoria (cómo se prueba): para que exista el elemento subjetivo basta con que se dé la actitud —la disposición emocional— del autor, que se puede plasmar de maneras muy diferentes (obviamente, en la carencia de medidas de cuidado, pero también en otras cosas: por ejemplo, en una imputación más osada —por su contenido más lesivo para el honor o por el aspecto del mismo al que afecta— de la que otra persona haría); cuestión distinta es que, para probar la existencia de “desprecio” haya que recurrir, entre otros datos, precisamente a la existencia o inexistencia de medidas de cuidado.

101. Sostiene una interpretación similar (aunque, en su caso, no vea en ella ninguna objeción de legitimidad), PÉREZ DEL VALLE, CPC 1999, p. 104.

102. Si se mantiene que el dolo eventual no puede ser subsumido en la modalidad típica de obrar “con conocimiento de su falsedad”, entonces habría que reformar levemente el argumento, que, sin embargo, seguiría resultando válido: según esta interpretación alternativa, en la primera modalidad típica encajarían sólo conductas con dolo directo, punibles con independencia de que el sujeto haya adoptado o no una actitud de “desprecio”; mientras que en la segunda modalidad típica se subsumirían tanto comportamientos doloso-eventuales como comportamientos imprudentes (temerarios), si los mismos hubieran sido ocasionados por la actitud de “desprecio hacia la verdad”. Me parece, no obstante, que no existen razones bastantes, ni lingüísticas ni valorativas o teleológicas, para realizar esta interpretación restrictiva, equiparando conductas doloso-eventuales y conductas imprudentes... salvo que, como veremos a continuación, se esté intentando acomodar el tipo al principio de responsabilidad por el hecho, en una interpretación correctora *contra legem*.

103. En este sentido, ya observé *supra* n. 16, que no me parece que constituya un obstáculo insalvable la dicción del art. 12 CP. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA-CONILLED, en LUZÓN PEÑA (dir.), EPB, 2002, p. 511. De otra opinión, sin embargo, BERNAL DEL CASTILLO, II 1996-II, p. 1438; CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.), PE, I, 1996, p. 480; PORTILLA CONTRERAS, en *op. cit.*, II, 1997, p. 691; SERRANO GÓMEZ, PE, 2002, p. 293.

104. En sentido similar, QUERALT JIMÉNEZ, PE, 1996, pp. 234-235.

ductas dolosas y ciertas conductas imprudentes (precisamente, aquellas realizadas con "temerario desprecio hacia la verdad") quedarían equiparadas en pena, lo que parece difícil de justificar adecuadamente¹⁰⁵. Por todo ello, es comprensible que, para preservar el respeto al principio de proporcionalidad, la doctrina y buena parte de la jurisprudencia hayan optado por realizar una interpretación restrictiva de los correspondientes tipos penales y entender que en ellos se incriminan solamente conductas dolosas, con dolo directo o eventual¹⁰⁶. Ahora bien, con ello no queda solventado el problema de la violación del principio de responsabilidad por el hecho. Problema que sólo es posible resolver si, cerrando los ojos a lo que dice el tenor literal de los tipos, se hace equivaler "temerario desprecio hacia la verdad" a cualquier conducta doloso-eventual... se pruebe o no que en ella existe una verdadera actitud de "desprecio".

De este modo, las opciones para interpretar la parte subjetiva de estos tipos penales se reducen a dos:

— En la primera, todas las conductas dolosas, con dolo directo o eventual, resultarían subsumibles en la primera modalidad típica, la de actuar "con conocimiento de su falsedad". En tal caso, se puede optar por dejar vacía de contenido la segunda modalidad típica ("temerario desprecio hacia la verdad"). Pero, si se la intenta dotar de algún contenido, su ámbito debería ser necesariamente el de las conductas imprudentes. Con ello, se podría estar produciendo ya una violación del principio de proporcionalidad, al equipararse así las penas de conductas dolosas y de (algunas de las) conductas imprudentes. Y si, además, se quiere respetar el tenor literal del tipo, que habla no de cualquier imprudencia, sino de "desprecio", entonces la selección de comportamientos penalmente típicos incurriría en una violación del principio de responsabilidad por el hecho, como hemos visto. Pero, si no se respeta dicho tenor literal, se incriminarían conductas no descritas en el mismo, violándose así el principio de legalidad penal.

— En la segunda interpretación posible, la modalidad típica de obrar "con conocimiento de su falsedad" englobaría únicamente algunas de las conductas dolosas (las realizadas con dolo directo, por ejemplo)¹⁰⁷. Entonces, quedarían para la otra modalidad típica las conductas doloso-eventuales y, en su caso, también las imprudentes. Si, por respeto al principio de proporcionalidad, se opta por excluir estas últimas, quedarían únicamente las conductas doloso-eventuales. Pero, nuevamente, si se decide respetar el tenor literal del tipo, no todas, sino tan sólo las que incurran en una actitud de "desprecio". Y se produce de este modo también aquí la disyuntiva entre violar el principio de responsabilidad por el hecho, respetando el tenor literal del tipo, o violar el principio de legalidad penal no respetándolo.

En conclusión, se puede decir también aquí que resulta imposible hallar un ámbito de aplicación para el elemento típico "temerario desprecio hacia la verdad" que, al tiempo, respete los principios limitadores de la potestad punitiva y tenga algún sentido desde el punto de vista valorativo y teleológico.

4. Seis conclusiones generales

1.^a) El empleo del término "desprecio" como forma de expresar un elemento subjetivo de los tipos penales choca, potencialmente al menos, con el mandato de determinación de los tipos penales, en la medida en que resulta extremadamente difícil determinar conforme al uso ordinario del lenguaje la interpretación que ha de darse a dicho término.

2.^a) Si, pese a ello, se intenta hallar dicha interpretación, hay que concluir, en primer lugar, que nos hallamos ante un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Y, en segundo lugar, que no es posible hacer compatible la interpretación del término en cuestión que se obtiene por vía lingüística con los requisitos que desde el punto de vista valorativo y teleológico son necesarios para que un elemento típico esté fundamentado (por apor-

105. Cfr., sin embargo, PÉREZ DEL VALLE, CPC 1999, pp. 104-106, 108-111, quien fundamenta esta equiparación sobre la base de que el "temerario desprecio hacia la verdad" sería una suerte de "ceguera hacia los hechos" (vid. JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 2.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 313-314) que haría aceptable, excepcionalmente, la equiparación de penas entre conducta dolosa y conducta imprudente. Sin embargo, la propia construcción dogmática de la "ceguera hacia los hechos" se ha de enfrentar, entre otras, con esta misma objeción (a saber, la de que no resulta compatible con los principios de responsabilidad subjetiva y de proporcionalidad), con lo que su alegación nada justifica, a no ser como mera petición de principio, necesitada de ulterior argumentación.

106. MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), PE, II, 1998, p. 280.

107. Advierte —con razón, en mi opinión— PÉREZ DEL VALLE, CPC 1999, p. 103, que en realidad el tenor literal de los tipos ("conocimiento de su falsedad") no parece suponer ningún obstáculo para la subsunción de las acciones doloso-eventuales también en esta primera modalidad típica. En otras palabras (añado yo): que, si no existiera la segunda modalidad típica, seguramente muy pocos intérpretes rechazarían dicha subsunción y defenderían la atipicidad de tales conductas.

tar desvalor —antijuridicidad material— al hecho típico)¹⁰⁸.

3.^a) Así, el delito del art. 384 CP carece de espacio propio si se desea respetar, al tiempo, el principio de legalidad penal (no extender el ámbito de lo penalmente típico más allá de lo permitido por el tenor literal del tipo penal) y el principio de responsabilidad por el hecho (atribuir responsabilidad en función de las características de la acción realizada, y no de las de la persona que la realiza), puesto que los únicos supuestos subsumibles en él en los que se respetarían —aproximadamente— dichos principios encajan también en la tentativa dolosa de homicidio y/o de lesiones.

4.^a) De igual modo, los delitos de los arts. 205, 208, párrafo tercero, 456.1 y 510.2 CP en sus respectivas modalidades típicas de obrar con "*temerario desprecio hacia la verdad*" carecen también de espacio propio si se pretenden respetar dichos principios limitadores de la potestad punitiva (además del principio de proporcionalidad).

5.^a) *De lege lata*, esto significa, me parece, que no es posible aplicar dichos tipos penales (en las modalidades típicas indicadas) legítimamente, salvo a casos ya subsumibles en otros tipos penales o modalidades típicas: en la tentativa dolosa de homicidio o lesiones, en el caso del art. 384 CP (en las que, en virtud de las reglas del concurso de leyes, se aplicará siempre con preferencia el art. 16 CP)¹⁰⁹; y en las respectivas modalidades típicas de calumnias, injurias o acusación y denuncia falsas "*con conocimiento de su falsedad*". Supuestos todos ellos para los que dichos tipos resultan superfluos. Y, *de lege ferenda*, quiere decir que sería re-

comendable la reforma legislativa en este aspecto. En concreto, si se considera que hay conductas no subsumibles en tipos o modalidades típicas ya existentes que, sin embargo, merecen incriminación, se deberían sustituir el término "*desprecio*" por otro que hiciera referencia bien a aspectos objetivos de la conducta (peligro, negligencia)¹¹⁰, o bien a su dolo.

6.^a) Finalmente, opino que las conclusiones que he expuesto valdrían para cualquier otro elemento típico que eventualmente pudiera existir y que reuniera las dos condiciones que reúne el "*desprecio*": primero, ser un elemento subjetivo; y segundo, buscar el fundamento para el desvalor que aporta exclusivamente en la especial capacidad de enfrentamiento al orden jurídico que aquel en quien concurre dicho elemento manifiesta. Pues me parece que, en general, no es posible hacer compatible esta clase de elementos típicos —únicamente expresivos de antinormatividad y, a la vez, subjetivos— con el principio de responsabilidad por el hecho, por cuanto la especial antinormatividad del comportamiento, en el plano subjetivo (no así en el objetivo), se refleja siempre en la personalidad del autor (cuya valoración, precisamente, queda vedada por el mencionado principio), y no en la acción misma. En otras palabras: los únicos elementos subjetivos que pueden resultar legítimos son aquellos que se fundamentan en la mayor lesividad de las conductas en las que concurren; y, acaso (aunque esto es más dudoso), los que se fundamentan en la mayor necesidad de intervención penal preventiva respecto de la conducta en cuestión (necesidad de pena).

108. Por no hablar de las extraordinarias dificultades que ocasionaría la elaboración de criterios de prueba de la presencia en el caso concreto de dicho elemento subjetivo (¿cómo se prueba el "*desprecio*"? —destaca también la dificultad RAGUÉS I VALLÉS, ADPCP 1997, pp. 798-799—), cuestión que he orillado conscientemente.

109. Por aplicación de la regla de consunción (o, en último extremo, de la de alternatividad): en este sentido, GÓMEZ PAVÓN, CPC 1989, p. 718; RAMOS TAPIA, LL 2000-IV, p. 1540. Pues, en efecto, la solución contraria —la subsidiariedad tácita de la tentativa— resultaría absurda desde el punto de vista valorativo, por lo que debe ser evitada (de otra opinión, sin embargo, MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios*, XIV, 1992, pp. 162-163). Y la concurrencia en régimen de concurso ideal entre delito de peligro y tentativa de los correspondientes delitos de lesión (lo propone TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), PE, 1999, p. 1093, para el caso de que —posición que, como se ha visto, él no comparte— se considere punible la tentativa con dolo eventual) violaría, a mi entender, el principio *non bis in idem* (salvo, claro está, que en el caso de que se trate, además del peligro concreto con dolo de lesión y subsumible en la tentativa, que se castiga a través del art. 16 CP, hubiera también peligro concreto, sin dolo de lesión, para terceros).

110. VARGAS, PJ 14 (1989), p. 87.