

Dolo, imprudencia, ceguera ante los hechos. Comentario a la sentencia n° 8488 dictada el 6 de febrero de 2023 por el Tribunal en lo Criminal 1 de la ciudad de Dolores, provincia de Buenos Aires, Argentina (caso Báez Sosa), por Gabriel PÉREZ BARBERÁ.

Riesgo objetivo y dogmática del dolo. Comentario al voto particular de la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso EREs), por Mauro ROCCASALVO.

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

Dolo, imprudencia, ceguera ante los hechos

*Comentario a la sentencia n° 8488 dictada el 6 de febrero de 2023 por el Tribunal en lo Criminal 1 de la ciudad de Dolores, provincia de Buenos Aires, Argentina (caso Báez Sosa)**

Gabriel Pérez Barberá
Universidad Torcuato di Tella (Buenos Aires)
gperezbarbera@gmail.com

1. Introducción

Fernando Báez Sosa (en adelante, FBS o «la víctima») fue atacado a golpes de puño y patadas por un grupo de jugadores de rugby al salir de una discoteca de la ciudad de Villa Gesell, en la provincia de Buenos Aires, Argentina. El caso, por sus características, generó una fuerte conmoción a nivel nacional. Se trató de una golpiza brutal que, además, produjo su muerte. Ello, sobre todo a través de redes sociales y otros medios de comunicación, generó debates de todo tipo, como por ejemplo lo vinculado no tanto con la legitimidad constitucional de la pena de prisión perpetua, sino, antes bien, con su razonabilidad en términos criminológicos.

En este lugar, naturalmente, me ocuparé sólo de la cuestión jurídico-penal propia del caso. Aunque esto no convoque a multitudes en términos de interés, presenta muchas facetas importantes, incluso determinantes para, ya por razones estrictamente legales, cuestionar la pena de prisión perpetua impuesta a algunos de los acusados. El caso, en definitiva, es muy interesante desde el punto de vista penal porque su subsunción no es sencilla y requiere, en consecuencia, una especial pericia en el manejo de la dogmática jurídica, no sólo la de la parte especial del Derecho penal, sino también la de su parte general. En este sentido, el caso ha permitido interpelar a las muchas voces que, en Argentina, manifiestan una fuerte desconfianza respecto de la dogmática penal como método para resolver casos jurídicamente relevantes.

En concreto, a mi juicio son muy discutibles las siguientes cuestiones que plantea el hecho que se juzgó: ¿se trató de un homicidio -simple o agravado- en coautoría o de un homicidio «en agresión»? (este último está previsto con una pena atenuada en Argentina, para cuando no se puede determinar la autoría). En su caso, ¿se trató realmente de un homicidio agravado por las razones asumidas en la sentencia, y cometido, por tanto, con dolo directo de primer grado? (en Argentina, los homicidios agravados imputados aquí requieren esa clase de dolo). Por otra parte, ¿por qué se condenó a algunos de los acusados como coautores y a otros como cómplices secundarios? ¿No fueron acaso todos coautores, con independencia de qué clase de homicidio

* Causa n° 629, caratulada «Thomsen, Máximo Pablo y otros por homicidio doblemente agravado...», del que fue víctima Fernando Báez Sosa.

cometieron? Finalmente, ¿por qué el tribunal descartó con tanta seguridad la tesis más intuitiva, que consideraría que este fue un homicidio simple cometido con dolo eventual? Llegado el caso, ¿puede decirse que hubo realmente dolo eventual, según su conceptualización tradicional? ¿O hay elementos de peso que permitirían ver aquí un caso de ceguera ante los hechos, con las consecuentes dificultades que ello implica para imputar dolo eventual? Todo esto sí será objeto de abordaje específico en este comentario.

2. La sentencia

2.1. El hecho

El tribunal, al explicitar el hecho que tuvo por probado, dijo que FBS, junto a su novia y un grupo de doce amigos, además de los ocho imputados, se encontraban en la discoteca «Le Brique», de la ciudad de Villa Gesell, en la madrugada del 18 de enero de 2020. Alrededor de las 4.30 horas se produce un «altercado» dentro de la discoteca, entre ambos grupos de amigos. Allí hubo una pelea entre FBS, tal vez uno de sus amigos y uno o dos de los rugbistas. Nunca se aclaró por qué ocurrió esa pelea, pero, por lo que declaró un amigo de la víctima, aparentemente habría sido por una provocación de FBS a uno de los acusados. En el momento en que uno de los empleados de seguridad los separa e inmoviliza a uno de los jugadores de rugby, este recibe de parte FBS un golpe de puño en la boca del estómago, lo que provoca que caiga al suelo junto con el empleado de seguridad. Como los amigos de ambos comenzaron a «meterse» en la pelea, los empleados de seguridad deciden expulsar del lugar no sólo a FBS y a aquel rugbista, sino a quienes identificaban como integrantes de ambos grupos. FBS sale sólo, tranquilo. El rugbista, en cambio, estaba tan enfurecido que el personal de seguridad tuvo que hacer un enorme esfuerzo físico para poder sacarlo a la calle, mientras profería todo tipo de insultos; hasta llegó a pasar su dedo índice sobre su cuello, en señal de amenaza a FBS. Lo cierto es que poco después todos estaban afuera -y en las cercanías- de la discoteca; unos porque habían sido expulsados; otros porque, al ver que sacaban a sus amigos de allí, habían salido voluntariamente.

FBS, una vez afuera de la discoteca, compró un helado allí cerca y, luego, se dirigió a la acera de enfrente, sereno, a reunirse con sus amigos y su novia. Todos pensaban que el incidente con el otro grupo había terminado. Conversaban en ronda, parados. No sabían que los jugadores de rugby habían planeado atacar allí a FBS, en «venganza» por aquel altercado en la discoteca, y que se acercaban sigilosamente. De hecho, irrumpen de pronto, y uno de ellos, en forma muy sorpresiva, le pega a FBS desde atrás una «trompada» tan violenta que casi lo tira al piso, pese a que aquel (FBS) tenía una contextura física algo fornida y medía más de 1.80 metros. De inmediato aparece otro de los rugbistas y le pega a FBS de frente, también con un golpe de puño muy violento. Esto dejó a FBS arrodillado en la acera, aturdido y sin capacidad de reacción. En ese instante aparece el resto de los jugadores de rugby. Tres de ellos se suman a golpear a FBS, lo que hacen con un nivel de violencia inusitado, que dejó atónitos a algunos de los testigos. «Por la cantidad y el tamaño de los atacantes no me metí», dijo uno de ellos, que pudo ver el ataque desde cerca. «Se turnaban para pegarle».

Los otros tres rugbistas, entretanto, intentan evitar que la víctima sea auxiliada por sus amigos, sea golpeando a estos, sea rodeando a quienes le pegaban a FBS para que aquellos no pudieran acercarse a ayudarlo. «Intentaba pararse, pero lo golpearon tanto que en un momento no pudo más». Cuando ya estaba en el piso le pegaron sobre todo patadas, muy violentas, tanto en el cuerpo como en la cabeza. «Un chico de bermudas y camisa oscura le pega un par de patadas en

la cabeza y lo termina de rematar». Toda esta secuencia es muy rápida: dura alrededor de 50 segundos. «Hechos como este he presenciado varios..., pero nunca con esa brutalidad», cerró su declaración uno de los testigos presenciales. FBS está aparentemente inconsciente en ese momento, con la cabeza y la cara ensangrentadas.

Tras ello, los agresores se alejan del lugar caminando, a los gritos. «Ahí tenés, negro de mierda», «a este negro de mierda me lo llevo de trofeo», «a ver si volvés a pegar, negro de mierda», son algunas de las expresiones que gritan con clara connotación, en Argentina, más clasista que racista (esto seguramente fue decisivo para que, de antemano, quedara excluida de toda consideración la agravante por “odio racial” del art. 80 inciso 4º del CP argentino). Después del hecho, los agresores regresaron al apartamento que habían alquilado para pasar sus vacaciones allí (Villa Gesell es una ciudad turística junto al mar). Dos de ellos se cambiaron de ropa y volvieron a salir para comer unas hamburguesas en un local de comidas rápidas. Tras ello, volvieron a dormir al apartamento, donde estaban ya durmiendo los demás acusados.

Mientras tanto, FBS agonizaba en la acera por la golpiza sufrida, no tenía pulso y no respondía a las maniobras de rescate cardíaco que le fueron aplicadas por una transeúnte y un policía. Unos 25 minutos más tarde llega una ambulancia que lo traslada al hospital, donde se verifica su fallecimiento como consecuencia de los golpes sufridos en la cabeza por las patadas que le propinaron los rugbistas. En la autopsia, concretamente, se indicó que FBS falleció en virtud «de un paro cardíaco traumático por shock neurogénico producido por múltiples traumatismos de cráneo que generaron hemorragia masiva intracraneana, intraparenquimatosa, sin fractura ósea». La autopsia dejó en claro, asimismo, que por la índole de las lesiones es seguro concluir que la muerte de FBS se produjo en forma «instantánea», en el lugar del ataque.

Los jugadores de rugby son detenidos todos juntos en el apartamento que habían alquilado, unas pocas horas después del hecho, en la mañana de ese mismo día. Se les comunicó que estaban acusados de homicidio y no opusieron resistencia al arresto. Tras el hecho, y antes de ser detenidos, ninguno de ellos huyó (ni intentó huir). También entregaron sus celulares sin oposición alguna, y precisamente tras la revisión judicial de estos dispositivos se supo que, después del homicidio y antes de ser detenidos, se habían enviado mensajes de texto entre ellos, en los que, entre otras cosas, se decían «caducó» (para indicar que FBS había muerto), o «chicos, de esto no se cuenta nada a nadie», o «creo que matamos a uno».

Quedó acreditado asimismo que los agresores, antes de este hecho, en la ciudad en la que residían habitualmente tenían constantemente peleas a la salida de discotecas y en la vía pública, y que por eso eran muy temidos allí; en esas peleas previas nunca nadie murió. En cuanto a la actitud posterior al hecho de este grupo, fuera de lo que ya indiqué se confirmó que llevaron a cabo otro hecho muy reprochable, macabro incluso, porque, ante una pregunta del personal policial que los detuvo, dijeron que otro joven había intervenido en el homicidio, pese a que eso era falso porque dicha persona, en ese momento, ni siquiera estaba en la ciudad balnearia donde se cometió el hecho. Quisieron involucrarla simplemente porque era un joven de su ciudad natal que conocían y al que siempre le hicieron *bullying*, y este fue un episodio más de esa naturaleza; lograron su cometido, de hecho, pues este joven fue detenido y estuvo privado de su libertad algunos días hasta que se acreditó su completa inocencia.

No sólo el homicidio en sí, entonces, sino también esta incriminación arbitraria enardeció a la opinión pública contra los rugbistas. Por lo demás, ninguno de ellos se mostró arrepentido

nunca, salvo sobre el final del juicio, en el que de un modo muy formal pidieron disculpas, seguramente aconsejados en tal sentido por su defensor. Este, a su vez, se quejó fuertemente por el destrato que sus defendidos habían sufrido por parte de los medios de comunicación, y en sus alegatos frente al tribunal expresó su temor a que la sentencia estuviese «ya escrita» por esos medios y por la opinión pública. Por lo demás, las declaraciones de los acusados fueron muy escuetas y absolutamente inverosímiles en los tramos relacionados con hechos externos, porque las propias imágenes de las múltiples filmaciones que registraron el hecho las contradicen. En cuanto a lo subjetivo, los acusados que declararon dijeron que no quisieron matar a la víctima, que no hubo un plan para hacerlo y que, cuando se enteraron del resultado mortal, no podían creer lo que había sucedido.

2.2. La subsunción jurídico-penal del hecho

Hay que aclarar, ante todo, que los imputados llegaron a juicio acusados como coautores (CP argentino, art. 45) de homicidio doblemente agravado, por haber sido cometido con alevosía (CP argentino, art. 80 inc. 2, segundo supuesto) y con el concurso premeditado de dos o más personas (CP argentino, art. 80 inc. 6). Según la acusación, los ocho acusados actuaron con dolo directo de matar desde que tomaron conjuntamente la decisión de atacar a FBS fuera de la discoteca. El tribunal, en cambio, sostuvo que en el juicio se acreditó otra cosa, sin que ello implicara una violación al principio de congruencia (esto es, la garantía procesal conforme a la cual ninguna persona puede ser condenada por un hecho distinto por el que fue acusada).

En concreto, el tribunal dijo que lo que se probó en juicio fue que los acusados, inicialmente, acordaron sólo lesionar a FBS, a través de golpes de puño, patadas, etc. De acuerdo con esto, al pegar los primeros golpes, actuaron con dolo directo de primer grado, sí, pero de lesiones corporales, no de homicidio. Ya sabemos, sin embargo, que los acusados fueron condenados como autores y partícipes de formas de homicidio agravado que, en Argentina, pacíficamente son admisibles únicamente con dolo directo de primer grado. ¿Cómo fundó el tribunal, entonces, la concurrencia de esta forma de dolo respecto del homicidio? Dijo, en concreto, que ese dolo directo surgió en los acusados en el instante en que, tras recibir los primeros golpes, FBS yace indefenso en el piso. A partir de allí -sostiene el tribunal- todas las patadas y demás golpes que recibió FBS en la cabeza y en el resto del cuerpo fueron propinadas con dolo directo (de primer grado) de matar.

El tribunal se apartó de la acusación también respecto de la cuestión de la autoría. Según la acusación, hubo ocho coautores de homicidio. Para la jueza y los jueces, en cambio, hubo sólo cinco coautores, y a los otros tres los consideró cómplices secundarios o no necesarios (CP argentino, art. 46, que establece una pena menor para la complicidad secundaria respecto de la primaria, que está conminada con la misma pena que la autoría). En concreto, el tribunal sostuvo que fueron autores únicamente los cinco acusados que «pusieron manos en la víctima», es decir, los que le pegaron; a los otros tres, en cambio, los consideró cómplices, porque no golpearon a FBS, sino que sólo llevaron a cabo acciones para impedir que la víctima fuera auxiliada (por ejemplo: pegarles a los amigos de FBS que querían parar la pelea y «cercar» el lugar del ataque para que nadie se acercara) y, con ello, asegurar que pueda ser golpeada por sus amigos. Según el tribunal, tal participación fue, además, meramente secundaria o no necesaria, porque, si bien configuró una colaboración útil, no fue «esencial» para que el hecho fuese cometido tal como se cometió.

3. Análisis crítico

3.1. Mi acuerdo con el tribunal: este no fue un caso de «homicidio en riña o agresión»

El art. 95 del CP argentino prevé lo siguiente: «Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión». Las lesiones previstas en el art. 90 son las «graves», y las previstas en el art. 91, las «gravísimas». En el art. 89 se prevén las lesiones «leves», y si estas son las que se producen en el marco de una agresión colectiva, rige entonces el art. 96 del CP argentino: «Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión».

¿Por qué no se aplicó al caso el tipo penal del art. 95 del CP argentino? La riña queda descartada de antemano porque hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial, en Argentina, en que requiere que se trate de una golpiza de unos contra otros. En este caso, en cambio, esa golpiza fue de todos contra uno: «no se verifica la reciprocidad de las acciones», dijo el tribunal. Pero ¿y la agresión? Esta sí es compatible con lo ocurrido en el caso. Creo, de todos modos, que el tribunal dio buenas razones para no tener por aplicable tampoco a este último tipo penal atenuado.

La letra del art. 95 del CP argentino parece indicar que si hay agresión de tres o más personas y no consta quién en concreto causó la muerte, hay que descartar toda posibilidad de *coautoría* -y no sólo de autoría- de homicidio simple, y asumir que hay coautoría de homicidio en agresión. El tribunal, sin embargo, en coincidencia con la jurisprudencia dominante actual efectúa la siguiente precisión: el dolo del homicidio en agresión no debe ser ninguna forma de dolo de matar, pues de lo contrario habrá autoría o coautoría de homicidio simple (o agravado), o, en su caso, complicidad en estos delitos. Y aquí -indica el tribunal- todos los acusados tuvieron dolo de matar, por lo que corresponde tenerlos como coautores o partícipes de los homicidios agravados que les fueron imputados.

A ello, con todo, habría que agregar lo siguiente: en un caso de pluralidad de intervinientes (tres o más personas) en una agresión contra uno, el hecho de que no se pueda establecer quién concretamente causó su muerte no impide, en absoluto, considerar que hubo coautoría de homicidio simple (o agravado). Lo importante es que pueda tenerse por probado que todos los agresores, al emprender la acción conjunta, asumieron por lo menos como posible la muerte de la persona agredida, consintiéndola, menospreciándola, etc. (dolo eventual en sentido clásico); y, por supuesto, que emprendieran su obra conjunta con medios objetivamente idóneos para causar una muerte.

Si eso está dado y la muerte ocurre, entonces hay coautoría de homicidio simple (o agravado), porque para la coautoría funcional por dominio del hecho en el sentido de ROXIN -dominante en Argentina - no interesa diferenciar entre quien causó la muerte y quien, durante la ejecución del hecho, aportó lo necesario para asegurar esa acción colectiva y su resultado. El tribunal sostuvo que todos los acusados a los que consideró coautores de homicidio agravado emprendieron su obra conjunta con dolo directo de matar (a mi juicio, y como luego veremos, no hubo más que dolo eventual, pero esto es irrelevante aquí), y ello es consistente con la decisión de excluir como aplicable al tipo penal del homicidio en agresión.

Es verdad que el art. 95 del CP argentino fue incluido cuando en mi país era absolutamente dominante el concepto objetivo-causal de autor y de coautoría: esto explica su peculiar redacción. Ahora bien, que después la coautoría comenzase a ser definida jurisprudencialmente como «funcional» *à la* ROXIN no torna inaplicable a dicho tipo penal, por lo que la interpretación explicada más arriba -coincidente en lo esencial con la del tribunal- no puede ser tenida como irrazonable. El tipo de «homicidio en agresión», incluso en un marco interpretativo que define a la coautoría como funcional en el sentido indicado, quedará reservado para ciertos supuestos, aunque es verdad que bastante residuales.

En efecto, por un lado, deberá tratarse de casos de agresiones colectivas -que derivan en una muerte- en los que, fuera de que no pueda saberse quién en concreto causó esa muerte, no pueda decirse tampoco que sus intervinientes asumieron siquiera como posible a ese resultado no buscado. Ahora bien, fuera de esto, en Argentina son punibles de otro modo las lesiones dolosas seguidas de una muerte causada sólo con imprudencia. Ello está regulado en el art. 81, inc. 1º, letra b) del CP, que prevé el allí denominado «homicidio preterintencional». Esta norma reza lo siguiente: «Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años: (...) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte». Esta norma genera múltiples problemas interpretativos y de aplicación (que ya he comentado en otro lugar). Pero a los efectos de lo que aquí interesa basta con indicar lo siguiente: para que sea aplicable el art. 95 del CP argentino deberá estar claro, además de lo indicado más arriba, que los agresores no sólo no actuaron con ninguna forma de dolo de matar, sino tampoco con dolo directo de lesionar. Porque si ocurre esto último, y se dan las demás circunstancias legales, el «homicidio preterintencional» desplazará al «homicidio en agresión». Este último tipo penal, en suma, será aplicable sólo si los agresores actuaron sin ninguna forma de dolo de matar y sólo con dolo eventual o dolo directo de segundo grado de lesiones corporales.

3.2. Mi desacuerdo con el tribunal (I): este no fue un homicidio agravado

Como vimos, el tribunal descartó, con razón, el «homicidio en agresión». Pero el argumento central que esgrimió para fundamentar esa decisión fue que los acusados obraron con dolo directo -de primer grado- de matar, y que por tanto cometieron un homicidio doblemente agravado: por alevosía y por concurso premeditado de dos o más personas. Que los acusados tuvieran dolo directo de matar es una conclusión que, a mi modesto entender, no se sigue de la prueba reunida en el juicio, y aparece, por tanto, como muy forzada. El homicidio de FBS fue, sin dudas, un hecho espantoso, pero eso no lo convierte en un homicidio agravado en el sentido que el CP argentino da a esta expresión.

Ante todo, es importante aclarar lo que ya adelanté respecto de que, en Argentina, hay acuerdo en que las dos agravantes del homicidio atribuidas a los acusados sólo son admisibles con dolo directo de primer grado. A mi modo de ver, esa es una opinión acertada. Porque, en cuanto a la primera agravante, mata con «alevosía» quien lo hace sobre seguro, sin correr riesgos, pero siendo consciente de ello. Esto vale para todas las formas de alevosía: la «traicionera» o «proditoria», la «sorpresiva» y la alevosía por «desvalimiento», conforme a las palabras del tribunal. Es precisamente el hecho de que el autor *sabe* que obra sin riesgo lo que le hace *querer* matar. Y esto es sólo compatible con lo que en doctrina se conoce como dolo directo de primer grado. Lo mismo ocurre con la segunda agravante: su razón de ser reside en castigar con mayor rigor a quien *se decide* a matar porque *sabe* que cuenta con el concurso previamente acordado

(eso significa aquí «premeditado») de otras dos o más personas: otra vez, esto no es viable con ninguna forma de dolo que no sea la del dolo directo de primer grado.

Tengo la impresión de que el tribunal fue en todo momento muy consciente de que era muy difícil inferir la concurrencia de un dolo directo de matar en un caso que, en definitiva, consistió en un ataque a golpes de puño y patadas, sin que los atacantes emplearan ninguna clase de arma, ni propia ni impropia. No sorprende, entonces, que no haya adherido a la hipótesis de la acusación, que asumía que los rugbistas, desde antes de iniciar la agresión, se habían puesto de acuerdo para matar, premeditadamente, a FBS, y de matarlo con alevosía. Quizá por eso el tribunal decidió recorrer esta suerte de camino intermedio: no hubo premeditación para matar ni intención de actuar con alevosía desde el momento en que los agresores deciden atacar a FBS, sino únicamente desde que este yace «indefenso» en el suelo, después de las primeras «trompadas».

Aparece aquí, entonces, la peculiar «partición del hecho en dos» que lleva a cabo el tribunal: al principio los acusados no querían matar a FBS, sino lesionarlo; sólo quisieron matarlo, y en forma alevosa y premeditadamente, desde que lograron hacerlo caer con los primeros golpes de puño. Digamos que, de los 50 segundos que duró el ataque, durante los primeros 5 segundos los rugbistas sólo tuvieron dolo directo de lesiones corporales, mientras que el dolo directo de matar se presentó en los 45 segundos restantes. Esto, a mi modo de ver, es una mera conjetura que no tiene base en prueba alguna. Semejante fraccionamiento subjetivo es algo que, además, no se condice con la prueba que sí se produjo en el juicio. Este ataque, como bien dijo el tribunal, tuvo un «móvil» (la pelea dentro de la discoteca). Pero esto -según lo admitió el propio tribunal- motivó a los rugbistas sólo a lesionar a FBS, pese a que, mientras los expulsaban del local bailable, estaban enardecidos contra él. ¿Por qué, entonces, habrán pasado a querer matar a FBS después de haberlo golpeado, si antes de eso, cuando más enfurecidos estaban, se habían decidido sólo a lesionarlo? Hay aquí, me parece, una inconsistencia importante en el razonamiento del tribunal.

No hay, tampoco, prueba que avale incluso la mera faz objetiva de las agravantes que el tribunal tuvo por acreditadas. Pensemos primero en la alevosía, asumiendo como cierta la tesis del fraccionamiento subjetivo erigida en la sentencia. No hay elementos de juicio que autoricen a sostener que, desde que FBS cae tras las primeras «trompadas», queda indefenso y que por eso los rugbistas se aprovechan de dicha circunstancia para matarlo, queriéndolo matar. Lejos de ello, lo que surge de los vídeos -tal como fueron descritos en la sentencia-, por un lado, y de las declaraciones testimoniales que prestaron incluso los amigos de FBS, por el otro, es que ese estado de supuesta indefensión no es algo que está *dado* en el caso tras la caída de la víctima (y que por eso es *aprovechado* por los atacantes para matar, tal como lo exige la agravante en cuestión). Antes bien, esa indefensión es algo que los acusados van generando con «cercamiento» y golpes a quienes querían ayudar a FBS. Suponiendo, entonces, que en ese momento hubiesen querido matar, esto no sería «matar sin riesgo», sino todo lo contrario: precisamente porque existía el riesgo constante de que los amigos de la víctima lograsen interponerse para defenderla, es que tres de los agresores, golpeando a esos amigos de FBS, se ocupan de tratar de neutralizar dicho riesgo, el cual, en verdad, nunca desaparece del todo mientras dura el ataque.

Tampoco hay prueba que avale la concurrencia de la segunda agravante: matar con el concurso premeditado de dos o más personas. Es cierto que, como dice nuestra doctrina clásica, lo premeditado debe ser el concurso; pero debe tratarse de un concurso (esto es, de un acuerdo) *para matar*. Por eso, como ya dije, la agravante no puede quedar configurada sin dolo directo -de primer grado- de matar. Es verdad que aquí hubo un concurso premeditado entre más de tres

personas, pero la prueba reunida en la causa no permite inferir que se trató de un concurso para matar, sino, únicamente, para lesionar mediante golpes a FBS. Como ya se vio, el propio tribunal admite esto cuando reconoce que, al comienzo, los acusados acordaron sólo lesionar corporalmente a la víctima. Por eso tuvo que acudir a su tesis del fraccionamiento subjetivo para afirmar que ese acuerdo inicial para lesionar se transformó, de pronto y en medio del ataque, en un acuerdo para matar.

Veamos más de cerca, no obstante, qué debe darse en el caso, y por tanto probarse, para que concurra la agravante del concurso premeditado entre tres o más personas. Aun si se asumiera como correcta la tesis tradicional que asegura que dicha premeditación no requiere una «fría deliberación previa», lo cierto es que, para que el concurso para matar sea premeditado, tampoco es suficiente un mero acuerdo tácito, súbito y concomitante con la ejecución del hecho. Esa forma de acuerdo puede bastar, ciertamente, para configurar una coautoría de homicidio simple. Pero si ello es así, entonces el «concurso premeditado» que dé base a un homicidio *agravado* tiene que consistir en algo más. Tiene que tratarse, como mínimo, de un acuerdo explícito para matar entre varios (tres personas o más, según la ley argentina).

¿Y qué ha probado el juicio en torno a todo esto? Lo habitual, me parece, es que un acuerdo entre varios para lesionar a otro se concrete en una agresión en la que sólo se quiere lesionar. No digo que no sea posible que, repentinamente, una vez comenzado un ataque para lesionar, pueda haber un cambio de planes en virtud del cual los agresores decidan matar a la víctima. Pero como eso es una peculiaridad, entonces, para poder afirmarlo más allá de toda duda razonable, tendría que haber una prueba concreta que demuestre que, en medio del ataque (que en este caso, por lo demás, fue brevísimo), se ha producido esa novación del acuerdo. La sentencia, sin embargo, no da cuenta de esa prueba. No lo es, por lo pronto, la sola brutalidad de los golpes, y esto es todo lo que la sentencia refiere. Y no lo es porque esa brutalidad es compatible, dadas ciertas circunstancias (que en el caso, como luego se verá, están presentes) con un dolo eventual de homicidio; y este, como ya dije, es insuficiente para subsumir el hecho en las agravantes aquí analizadas. Es más, aquella brutalidad es incluso compatible con un dolo directo de lesiones corporales sumado a una mera imprudencia respecto del resultado de muerte (sobre esto volveré después). Por todo esto, en fin, creo que no se puede tener por probada la intención directa de matar; y sin esa intención directa no son viables ninguna de las dos agravantes en las que se subsumió este homicidio.

3.3. Mi desacuerdo con el tribunal (II): todos los acusados fueron coautores

Ya vimos que el tribunal condenó a cinco de los acusados como coautores de homicidio doblemente agravado, mientras que a tres de ellos los consideró meros cómplices secundarios. Una más que llamativa decisión, y una nueva «partición»: ya había, en efecto, escindido el hecho entre los primeros dos golpes y todos los demás; ahora escinde entre quienes golpearon a FBS y los que golpearon a sus amigos. Ese, en efecto, fue el criterio seguido por el tribunal: quienes «pusieron manos» en la víctima, fueron autores; los que no, cómplices (secundarios).

Veamos cuáles fueron las palabras del tribunal: «quienes tuvieron el dominio del hecho, como así también la posibilidad de detener las hostilidades, fueron los cinco que pusieron manos en la víctima, y no estos tres partícipes, quienes subordinaron su accionar a la voluntad de los coautores». Todo indica que el tribunal, para distinguir entre coautores y cómplices, aplicó la teoría objetivo-formal, más allá de esa mención rutinaria al dominio del hecho. Como es sabido,

conforme a la teoría objetivo-formal son coautores únicamente los que, durante la fase ejecutiva del hecho, llevan a cabo acciones típicas; los que no, sólo pueden ser cómplices. Es lo que en esencia asumió el tribunal: dado que FBS fue ultimado a golpes, entonces, en este caso, acciones típicas fueron únicamente aquellas que consistieron en golpear a la víctima. Ahora bien, ¿qué hicieron los tres que no le pegaron? Se dedicaron a golpear a los amigos de FBS para impedir que lo auxiliaran mientras los otros cinco atacantes «se turnaban para pegarle». La pregunta obvia que surge, entonces, es cómo el tribunal pudo considerar eso como una mera complicidad secundaria, cuando es claro que, sin el aporte de los condenados como cómplices, la acción conjunta planificada (a saber: atacar a golpes a FBS) podía fracasar.

Un caso como este, de hecho, es ideal para mostrar -una vez más- uno de los dos principales problemas con los que siempre tuvo que lidiar la teoría formal-objetiva en materia de autoría y coautoría, que en Argentina, por influjo de SOLER, fue dominante durante muchísimo tiempo. Uno de esos problemas, como se sabe, es que nunca pudo fundamentar bien la autoría mediata. Y el otro es precisamente este: que obliga a considerar cómplices a quienes claramente son coautores. La teoría del dominio funcional del hecho, tal como fue presentada por ROXIN en su monumental monografía sobre autoría y dominio del hecho en Derecho penal, tiene la virtud de que brinda un concepto de coautoría acertado en lo esencial y muy útil, además, para la resolución concreta de casos. Es, por lo demás, dominante ahora en Argentina, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Por qué el tribunal, sin embargo, no la aplicó en este caso es algo que, en verdad, no se entiende, algo así como un “punto ciego” de la sentencia.

La prueba deja en claro que en el caso se dieron los dos requisitos esenciales exigidos por la teoría del dominio funcional del hecho para considerar que hay coautoría. Hubo, en efecto, plan común y ejecución conjunta. Lo primero (plan común) fue admitido por el tribunal, sin más. Tenemos diferencias, desde ya, respecto de cuál fue ese plan. Para el tribunal, como vimos, hubo un plan primero para lesionar y luego para matar a la víctima, mientras que, para mí, hubo siempre un plan para lesionar. Esto no importa ahora; lo que interesa es que parece estar realmente probado que hubo un plan (o un acuerdo, que a estos efectos es lo mismo) para atacar en conjunto a FBS. Y lo segundo (ejecución conjunta) me parece que es más que evidente: a FBS lo mataron entre los ocho, conjuntamente. Porque el aporte de cada uno fue esencial para asegurar el éxito del plan, y en particular fue esencial el aporte de los que no golpearon a la víctima pero sí a sus amigos: sin esta colaboración prestada en plena fase ejecutiva, el plan, como dije, podría haber fracasado. Que su éxito fuese seguro dependía pues, esencialmente, de que la víctima no pudiera ser auxiliada por los muchos amigos que la rodeaban.

Difícil encontrar un caso tan claro de coautoría como este. Podría ilustrar las clases de grado en la universidad. Las explicaciones que intenta el tribunal para sostener la diferenciación entre aportes esenciales y no esenciales son sumamente confusas y creo que no merecen mayor comentario. Es más, aun siguiendo coherentemente la teoría formal-objetiva, podría haber distinguido entre autores (los cinco que golpearon a FBS) y cómplices primarios o necesarios (los tres que golpearon a los amigos de FBS); ello habría sido erróneo, pero, al menos, habría tenido el acierto de considerar muy relevante el aporte de estos tres últimos, tal como de hecho lo fue. Pero considerarlos cómplices *secundarios* es, me parece, lisa y llanamente insostenible.

3.4. Un acercamiento a mi posición frente al caso: homicidio simple con dolo eventual

He leído la sentencia más de una vez y -simplificando mucho la cuestión- lo que encuentro en este caso respecto de sus protagonistas es lo siguiente: *a)* un grupo de ocho jugadores de rugby singularmente violentos, con muchas «peleas» anteriores en circunstancias similares; y *b)* un joven anónimo para ellos al que, cuanto menos por su apariencia física, consideran un «negro de mierda», que tuvo el tremendo atrevimiento de pegarle una «trompada» a «uno de ellos», que hasta cayó al piso de la discoteca por el golpe, esto es: una agresión que, seguramente, no estaban acostumbrados a recibir y que, por tanto, requería -de acuerdo con los «códigos» de violencia que seguramente manejaban- una venganza furibunda, rotunda, que dejara muy en claro que eso *a ellos* «no se les hace». Muchos de los gritos proferidos durante y tras la agresión por los rugbistas dan cuenta de que eso es lo que sentían. Es *esto*, a mi modo de ver, lo que explica la furia y la saña de los agresores durante el ataque, no su supuesta intención de matar a FBS.

El tribunal, sin embargo, se refirió a esa pelea dentro de la discoteca como «un insignificante incidente ocurrido en el interior del local bailable». Y yo me pregunto: ¿cómo que «insignificante»? Según la experiencia, para jugadores de rugby como estos -que según la prueba recabada en la causa eran clasistas, racistas, violentos y bulleadores- no puede ser insignificante que alguien a quien perciben «inferior» los tire al piso de una «trompada» en una discoteca; creo no equivocarme si afirmo que deben haberlo vivido como una humillación insoportable. Por eso querían, ciertamente, destrozar a golpes a FBS. ¿Pero matarlo? Es cuanto menos dudoso, razonablemente dudoso.

Ahora bien, de que no haya habido intención directa de matar no se sigue, naturalmente, que tengamos ya nada más que un homicidio imprudente (sobre esto vuelvo más adelante). Un homicidio puede ser doloso aun si es cometido sin intención de matar. Es lo que permite el denominado dolo eventual. En efecto, el tipo penal de homicidio simple, que en Argentina prevé una pena de 8 a 25 años de prisión, es admisible, desde el punto de vista subjetivo, bajo cualquier forma de dolo, incluida, por cierto, la del dolo eventual. En ese tipo penal -y bajo esa forma de dolo- debió encuadrarse, a mi juicio, este hecho, aunque con los fundamentos que brindaré después.

Según la doctrina y jurisprudencia dominantes en Argentina, hay dolo eventual si el autor se representa como posible el resultado típico, pero lo menosprecia y, en consecuencia, sigue adelante con la conducta que puede conducir a ese resultado, precisamente porque le es indiferente que se produzca. Así, para imputar este homicidio a título de dolo eventual según dicha conceptualización tradicional, cada acusado, al momento del hecho, tendría que haber pensado lo siguiente: «no quiero matar a FBS, aunque soy consciente de que, pegándole de esta manera, podría morir; continuaré de todos modos con los golpes [o me aseguraré de que mis amigos le sigan pegando] porque, si muere, no me importa». Tengo mis dudas de que este haya sido el posicionamiento mental de los rugbistas al momento del hecho. Pero me parece más probable que haya sido este antes que el asumido por el tribunal, que, forzando las cosas, consideró probada la intención de matar.

Veamos, no obstante, cómo tendría que haber razonado el tribunal para tener por acreditada la concurrencia de dolo eventual de matar en todos los acusados. Básicamente, tendría que haber sostenido algo así: «fueron tan violentas las patadas pegadas en la cabeza de la víctima que, sin dudas, los acusados se representaron su muerte al menos como posible; y si no obstante

continuaron con su accionar es porque no les importaba que FBS muriera». Esta conclusión se apoyaría, en parte, en la prueba que acredita la violencia de las patadas y el deseo de venganza de los rugbistas, que querían concretar a toda costa (las filmaciones y muchos testimonios presenciales directos dan cuenta de todo esto); y, en parte, en la experiencia: «cualquiera sabe que patadas de semejante nivel de violencia asestadas en la cabeza inerte de un ser humano pueden causar su muerte». Quiero ser claro, sin embargo, con dos cosas: *a)* reitero que no creo que este haya sido el estado mental de los acusados al momento del hecho (más adelante consignaré lo que sí creo al respecto); y *b)* no creo que esa regla de experiencia -cuya existencia no discuto- sea aplicable a este caso. Pero admito que el tribunal tenía margen para argumentar de un modo similar a este y que, si lo hubiera hecho, habría generado una sentencia bastante más razonable que la que dictó.

A nadie se le escapa que esta forma de comprender y de aplicar el dolo eventual (que remite a BELING, a ENGISCH y, en Argentina, a SOLER) ha sido muchas veces cuestionada. Pero la verdad es que las definiciones alternativas que han sido propuestas -antes y después de esta formulación centrada en la idea de indiferencia o menosprecio respecto del resultado- son conceptualmente equivalentes. En efecto, en lo que respecta a este caso, tales definiciones alternativas conducirían a que el tribunal tuviese que probar la concurrencia, en los acusados, de estados mentales muy similares a los que requiere la fórmula «representación como posible de la realización típica (elemento cognitivo) + indiferencia o menosprecio (elemento volitivo)». De hecho, el elemento cognitivo de esta «fórmula» permanece inalterado en todas las demás definiciones del dolo eventual, que plantean variaciones meramente lingüísticas sólo respecto del elemento volitivo.

Por sólo poner algunos ejemplos, la doctrina mayoritaria en Alemania, en lo que atañe al elemento volitivo del dolo eventual, en lugar de indiferencia o menosprecio exige que el autor «se tome en serio» lo que se representó como posible. Por su parte, la jurisprudencia de ese país exige que el autor, en términos volitivos, haya «consentido» o «aprobado» lo que se representó como posible, o que «se conforme» con ello. Hay muchas otras definiciones, pero lo cierto es que cualquiera que fuese aplicada al presente caso conduciría a la misma conclusión.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, este caso presenta una particularidad inquietante, que examinaré a continuación.

3.5. ¿Imprudencia?

Pese a que, como se vio, la cuestión del dolo es central aquí, la defensa, al respecto, presentó una estrategia que, a mi juicio, desaprovechó ciertas ventajas que el caso le ofrecía. Como ya vimos, los acusados se limitaron a declarar que ellos nunca tuvieron la intención de matar a FBS. Con esto, sin embargo, lo que se habría logrado (si dicha hipótesis hubiera sido aceptada por el tribunal) es dejar fuera de consideración al dolo directo de primer grado y, con ello, a los homicidios agravados. No es poco, por cierto, pero me parece que el caso da margen para plantear -e incluso muy seriamente- que los acusados, en cuanto al resultado de muerte, tampoco actuaron con dolo eventual, sino, únicamente, con imprudencia.

Es verdad que, como ya dije, la defensa planteó como encuadre legal subsidiario al denominado «homicidio preterintencional» (lesiones corporales dolosas seguidas de homicidio imprudente), pero lo hizo muy superficialmente, sin declaraciones de los acusados que apoyasen esa subsunción y que pudieran poner en apuros al tribunal. La jueza y los jueces, entonces, fueron

también superficiales en su respuesta, y rechazaron esta hipótesis en una línea: dijeron que tampoco es aplicable al caso el «homicidio preterintencional que prevé el artículo 81, inciso b), del Código Penal, desde que, conforme los fundamentos esgrimidos al abordar la cuestión segunda del veredicto, la intención de los sujetos activos del delito estuvo dirigida a causar la muerte de la víctima».

Para dejar fuera también al dolo eventual respecto del homicidio, se tendría que haber enfatizado que, en el caso, no sólo no hubo intención directa de matar por parte de los acusados, sino que tampoco se dio ni siquiera el elemento cognitivo de aquella forma de dolo; o que, si se dio, estuvo ausente su elemento volitivo, que nada tiene que ver con la intención de matar, sino con las actitudes internas descritas más arriba (menosprecio, indiferencia, aceptación, «tomar en serio», etc.). Con ello, la defensa podría haber mostrado que la doctrina dominante provee argumentos muy consolidados para apoyar la tesis de que la muerte de FBS, pese a lo espantosa que fue su causación, no era imputable más que como un homicidio imprudente.

Por supuesto que yo rechazo enfáticamente que este homicidio pueda ser tenido como meramente imprudente (vuelvo al respecto enseguida), y es verdad también que, dado el contexto social y del juicio, un planteo defensivo en esa dirección no habría tenido éxito. Pero si este punto hubiese sido mejor argumentado, y si los acusados hubiesen declarado de otro modo, haciendo referencia también a lo indicado en el párrafo anterior, el tribunal, quizá, podría haberse visto compelido a refugiarse en el dolo eventual como única alternativa razonable para impedir el absurdo de la imputación de esta muerte como sólo imprudente. Con ello se habría impedido, al menos, la pena de prisión perpetua, y el caso, además, habría tenido una solución justa.

Para la doctrina y jurisprudencia dominantes en Alemania, España, Argentina y todos los demás países que conforman o receptan la tradición continental europea, si el autor de un delito de resultado, al momento del hecho, no se representa al menos como posible el resultado típico, a lo sumo deberá responder por imprudencia (inconsciente). Y también responderá por imprudencia (consciente) si se representa como posible ese resultado, pero, equivocadamente, confía en que aquel no se produciría. Pues bien, con esto en mente, supongamos que, en el juicio, los ocho acusados hubiesen emitido alguna de estas dos declaraciones:

i) «No sólo no quisimos matar a FBS, sino que ni siquiera nos imaginamos que, con esos golpes, podríamos llegar a matarlo. No nos representamos la posibilidad de su muerte en ningún momento. Y ni pensamos en eso porque habíamos tenido muchas otras peleas en ocasiones anteriores, similares a esta, en las que nunca quisimos matar y nunca nadie murió. Es verdad que, en esta oportunidad, el asunto se nos fue de las manos; también es cierto que estábamos más enojados que en otras peleas previas, pero de todo eso nos dimos cuenta después. En el momento en que decidimos atacar a FBS, y mientras le pegábamos (todo fue muy rápido), pensábamos que era una pelea más. Siempre hemos pegado muy duro al pelear, por eso todos nos tenían miedo en nuestra ciudad. Pero de ahí a siquiera pensar en la posibilidad de matar hay una distancia enorme. Cuando uno en estas situaciones grita “te voy a matar”, o hace un gesto amenazante como de degüello, lo dice o lo hace en un sentido metafórico. Lo que queríamos era destrozarnos a golpes a FBS por lo que había sucedido dentro de la discoteca, pero nada más».

ii) «Nunca quisimos matar a FBS. Mientras lo agredíamos, no obstante, fugazmente pensamos en la posibilidad de que muriera por alguna de esas patadas en la cabeza, pero en el acto descartamos

eso y confiamos en que no moriría. Ya nos habíamos peleado muchas veces antes en circunstancias similares, siempre pegamos muy duro y nunca matamos a nadie, por eso creímos que las cosas no irían tan lejos tampoco esta vez y no nos tomamos en serio la posibilidad de su muerte». Los pasajes de la declaración *i)* que no se contraponen con esto pueden formar parte también de esta declaración *ii)*.

Es claro que tanto *i)* como *ii)* son más favorables para los acusados que lo que concretamente declararon en el juicio, limitándose a decir que no quisieron matar a FBS. Pero lo importante es que cualquiera de las dos declaraciones, de haber sido proferidas, habría tenido fuerte apoyo en la prueba, en el contexto del caso y en la experiencia. Habrían sido, por tanto, declaraciones verosímiles, con poder de convicción suficiente para generar en el tribunal aquella incomodidad a la que ya me referí y que podría describirse así: «esto que dicen los acusados es creíble, pero ¿cómo podemos imputar un hecho tan atroz sólo como un homicidio imprudente?». Y yo les respondería: «bueno, esta es la teoría de la imputación subjetiva que tenemos, o al menos la que sostiene la posición dominante. Y sí, es cierto: genera estas consecuencias axiológicamente inadmisibles. No están obligados a seguirla, porque hay alternativas conceptuales plausibles, pero comprendo que, para un juez, es muy difícil -y no aconsejable- apartarse de la doctrina dominante; salvo, claro está, que ese seguimiento provoque una injusticia intolerable».

Ya dije que creo que ha sido injusto -y jurídicamente incorrecto- condenar a los acusados por homicidio agravado. Pero condenarlos por un homicidio meramente imprudente sería *crasamente* injusto. Veremos, a continuación, cuál es esa concepción alternativa de la imputación subjetiva que posibilitaría impedir esta última injusticia, habilitando la posibilidad de una condena por homicidio doloso (con dolo eventual) aun cuando se tenga por cierto que los acusados, al momento del hecho, no se representaron siquiera como posible ese resultado de muerte que tampoco quisieron provocar.

3.6. ¿Ceguera ante los hechos?

Hay un «detalle» en el hecho de Villa Gesell que es muy importante: dadas las características de las patadas pegadas en la cabeza de la víctima, puede decirse que es epistémicamente irracional no haberse representado la posibilidad de su muerte. Pues bien, de ser ello así, estaríamos ante un supuesto de «ceguera ante los hechos». Veamos, a continuación, qué implicancias puede tener esto para la solución del caso.

Comencemos con lo elemental: la ceguera ante los hechos no es una categoría normativa de imputación subjetiva. En nuestro Derecho penal vigente, esas categorías son únicamente el dolo y la imprudencia. La expresión «ceguera ante los hechos» describe un estado de cosas, es decir, algo que ocurre en el mundo cuando se comete un delito bajo ciertas circunstancias. En todo caso, habrá que determinar si un supuesto de ceguera ante los hechos debe ser imputado como doloso o como imprudente. Pero, antes de pasar a esa cuestión normativa, recordemos que, conceptualmente, hay «ceguera ante los hechos» (o «ceguera fáctica», «ceguera de hecho», etc.; son todas traducciones de la expresión alemana *Tatsachenblindheit*) si se genera un peligro de tal envergadura que es extremadamente probable que derivará en una determinada consecuencia dañosa, por lo que cualquiera se representaría la posibilidad de esa consecuencia; el «ciego ante los hechos», sin embargo, pese a haber generado esa clase de peligro, irracionalmente no se representa como posible la consecuencia en cuestión; o sí se la representa como posible, pero irracionalmente confía en que no se producirá.

A mi juicio, es evidente que la única respuesta axiológicamente consistente a los casos de ceguera ante los hechos consiste en una imputación por dolo (eventual). Sin embargo, y como hemos visto, la doctrina dominante, para imputar cualquier forma de dolo, exige como mínimo conocimiento o representación efectiva de la posibilidad de una determinada consecuencia típica que sea producto de la propia conducta riesgosa. Y ese conocimiento o representación efectiva es precisamente lo que falta en los casos de ceguera ante los hechos. Para poder imputarlos como dolosos resultaría necesario, entonces, modificar el concepto tradicional de dolo, en particular el de dolo eventual, un alto precio que pocos hemos estado dispuestos a pagar (en Alemania, por ejemplo, sólo JAKOBS, PAWLIK y, parcialmente, PUPPE; en España, creo que nadie; y en Argentina, sólo PERALTA y yo mismo).

Lo cierto, entonces, es que, para la doctrina ampliamente dominante en los países de tradición continental europea, los casos de ceguera ante los hechos deben ser imputados como imprudentes. En tales supuestos, según dicha doctrina, ocurre lo que típicamente caracteriza a la imprudencia, es decir: o bien el autor no se representa como posible algo que debió representarse, o bien se lo representa como posible y confía no obstante en que ello no ocurrirá, pese a que no debía confiar en eso. Es cierto que en esta clase de casos la falta de representación o la confianza en cuestión son irracionales. Porque, cabe insistir, es tan elevado el peligro creado que cualquiera habría tenido esa representación o no habría confiado en ese desenlace feliz. Pero a la opinión dominante esto no le interesa en absoluto. Según su punto de vista, la falta de representación efectiva o la confianza en que el resultado lesivo no se producirá, aunque sean irracionales, conducen necesariamente a una imputación por imprudencia.

Se ve, entonces, que incluso si la defensa hubiese admitido que fue irracional que los acusados no se representaran como posible la muerte de FBS o que confiaran en que esa muerte no se produciría, de todos modos tendría todavía a la concepción dominante de su lado para insistir en que el homicidio en cuestión sólo puede ser imputado como imprudente. Por tanto, un tribunal que admita que este fue un caso de ceguera ante los hechos, si no obstante pretende imputar dolo porque la mera imprudencia le resulta -con razón- inadmisibles, tendrá que apartarse del concepto de dolo propio de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias y adoptar otro siquiera parcialmente diferente. Es, por ejemplo, lo que hizo en Argentina el juez Omar PALERMO en el caso «Quiroga Morales» de la CSJ de Mendoza, dictado el 10/09/2019 en un caso en el que él, acertadamente, consideró que había una ceguera fáctica.

Veamos, entonces, cuáles son las teorías disponibles para ampliar el alcance del dolo eventual de modo que abarque también a los casos de ceguera ante los hechos. Si se tratara de un caso de confianza irracional en la no producción de un resultado típico que el autor se representó como posible, se dispone desde hace mucho de la tesis de PUPPE para imputar eso como dolo. Porque, según su opinión, lo único esencial desde el punto de vista psíquico para poder erigir una imputación dolosa es que se tenga esa representación. Así, si el autor generó un peligro de enorme entidad (un «peligro de dolo», en terminología de PUPPE) y se representó como posible que de ello derivara un resultado típico, entonces se le debe imputar dolo con total independencia de que dicho resultado le fuese indiferente o que confiara en que no se produciría. Estos -aunque PUPPE no los describa así- son también casos de ceguera ante los hechos, porque el autor se representa sólo como posible lo que es extremadamente probable. Es decir, es «ciego» respecto de cuál es la entidad real del peligro que sabe que ha generado, o, dicho en términos de PUPPE, se representa como un «peligro de imprudencia» una situación de hecho que, en verdad, es un «peligro de dolo».

También son casos de ceguera ante los hechos, naturalmente, aquellos en los que el autor ni siquiera se representa como posible alguna circunstancia típica. Pero para estos casos la tesis de PUPPE no está disponible, dado que, como vimos, ella exige esa representación de parte del autor para imputar dolo. Para tales supuestos, por tanto, si se los pretende imputar como dolosos habrá que intentar una nueva fundamentación o acudir a las ya elaboradas en los trabajos de JAKOBS y PAWLIK, en Alemania, o en los de PERALTA y míos, en Argentina. En cuanto a mis trabajos, puede verse mi tesis doctoral o, mejor, mi último intento de fundamentación, que brinda un argumento más simple para justificar la imputación como dolosos de los casos de ceguera ante los hechos (y de ignorancia deliberada) sin necesidad de adherir a sistemas tan complejos como el de JAKOBS y el de PAWLIK. Mi argumento, en efecto, es reconstruible con herramientas propias de la dogmática penal más tradicional y cercana a la praxis. No dispongo de espacio, aquí, para reproducir esa fundamentación, por eso, si se desea conocerla en detalle, me permito remitir a esa publicación¹.

Lo importante, en este lugar, es resumir lo siguiente: la prueba producida ante el tribunal que juzgó este hecho de homicidio muestra que, en verdad, este es un caso de ceguera ante los hechos, o que perfectamente podría haber sido presentado como un caso de esa índole. Como tal, debería ser imputado como doloso, de conformidad con la ampliación del concepto de dolo que he propuesto en las publicaciones citadas en el párrafo anterior. Ahora bien, como lo que se amplía con mi fundamentación es el alcance del dolo *eventual* (yo, en efecto, no renuncio descriptivamente a las tradicionales «tres formas del dolo»), con mi tesis, para este caso, se puede imputar sólo homicidio simple; no, en cambio, las agravantes por las que se condenó a los acusados, que exigen dolo directo de primer grado.

JAKOBS, tempranamente, advirtió sobre la incorrección axiológica que implica considerar meramente imprudentes los casos de ceguera ante los hechos, y le sobraba razón. En este caso, su advertencia se aprecia con toda claridad: sobran elementos para creer justificadamente que los acusados, al momento del hecho, ni siquiera se representaron como posible la muerte de FBS. Pero imputar como imprudente semejante hecho habría sido escandaloso; no por la presión mediática, sino por la injusticia real que eso habría producido. No sé qué «test» mejor que este pueda hallarse en la jurisprudencia para que termine de comprenderse que la teoría dominante de la imputación subjetiva debería ser definitivamente abandonada. En países como Argentina ello sería viable incluso sin ninguna reforma legislativa, tal como ha sido reconocido por autores del prestigio de SANCINETTI, RAGUÉS I VALLÈS y PERALTA, entre otros.

4. La importancia de este caso para la discusión ulterior sobre ceguera ante los hechos

La importancia del caso que he comentado aquí reside, creo, en que muestra que es perfectamente posible que en la realidad se dé un caso genuino -y no extravagante- de ceguera ante los hechos. Y que por eso demuestra, como dije, que es realmente necesaria una modificación teórica que permita imputar dolo pese a la admisión fáctica previa de que el autor no se representó como posible alguna circunstancia típica, o que, pese a habérsela representado, confió en que no ocurriría lo que finalmente ocurrió. Hasta ahora, muchos de los ejemplos con los que se trabajaba para ilustrar qué sería un caso de ceguera ante los hechos eran, precisamente,

¹ PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», en PÉREZ BARBERÁ (ed.), *Pena, ilícito y culpabilidad. Una discusión con Michael Pawlik*, Marcial Pons, Madrid, 2022; publicado también en *En Letra. Derecho Penal*, (11), 2022.

extravagantes, a punto tal que el argumento de la prueba (a saber: «simplemente no estoy dispuesto a creer que el autor no se haya representado el resultado típico», etc.) siempre parecía eficaz para negar relevancia a este problema.

El «argumento de la prueba» es, de hecho, el que emplea el juez astuto que, frente a un caso de ceguera ante los hechos, opta por negar el problema e imputar directamente dolo eventual en el sentido tradicional. Aplicado a este caso, dicho razonamiento sería, aproximadamente, el siguiente: «no es creíble que los acusados no se representaran como posible la muerte de FBS. Cualquiera sabe que pegar semejantes patadas en la cabeza puede matar a una persona; no saberlo equivale a estar demente, y los acusados no estaban dementes al momento del hecho» (PUPPE, al negar que la ceguera ante los hechos represente un problema real, razona de modo similar a este).

¿Y por qué, concretamente, es creíble o verosímil en este caso esa ausencia de representación, o esa confianza en un desenlace no mortal, es decir, lo que muestran las declaraciones *i)* y *ii)* recreadas más arriba? Lo son porque lo que allí se dice respecto de las peleas anteriores que habían tenido los acusados, sin nunca matar a nadie, fue tenido por probado en el juicio. Este es un dato crucial, claramente favorable para los acusados, que el tribunal, sin embargo, tergiversó arbitrariamente, convirtiéndolo en prueba de cargo de la intención de matar. Así lo expresó el tribunal: «De algunos de los testimonios escuchados en el juicio, extraigo que golpear violentamente era una actividad habitual para todo el grupo, lo que me permite inferir que todos conocían la gravedad de las consecuencias que la modalidad de la forma de atacar desencadenaba». Al contrario: precisamente porque se habían peleado muchas veces y nunca habían matado, es verosímil que en esta ocasión no llegaran siquiera a representarse como posible la muerte de la víctima.

El haber tenido varias peleas previas sin que nadie muriera genera lo que JAKOBS ha denominado «habitación al riesgo», una clase de situación de hecho que, por lo general, conduce a imputaciones por mera imprudencia. Lo importante, con todo, es que la habitación al riesgo torna creíble lo que, por lo general, no lo es. Ejemplo: a un conductor inexperto no se le creerá si dice que no se representó que podía perder el control de su automóvil al conducir a más de 100 km/h en un camino sinuoso de montaña; pero dicho esto mismo por un hábil corredor de carreras de *rally*, puede ser creíble. No puedo detenerme aquí en las explicaciones finas de razonamiento probatorio que muestran qué clase de premisas intervienen en argumentos en los que se concluye que se le cree o que no se le cree a un testigo o a un imputado. Sólo quiero destacar que, todo ello asumido, es verosímil que jugadores de rugby habituados a pelear con mucha violencia, y que pese a eso nunca mataron, no se representaran siquiera como posible que, en esta ocasión, matarían; o que se lo representaran como posible, pero que, no obstante, confiaran genuinamente en que ello no ocurriría.

Fuera de esto, que hace al acervo probatorio del caso, está el contexto cultural y la experiencia general que no pueden ser dejados de lado en cualquier valoración adecuada de la prueba. La verdad es que, en Argentina y al tiempo de los hechos, no sólo este grupo de rugbistas se comportaba así. Lejos de ello, esa actitud provocadora, violenta, con múltiples peleas de «varios contra uno», era muy común entre muchos jóvenes que practicaban este deporte. No obstante, siempre estuvo claro que en esas peleas del «mundo rugby» no se buscaba matar; nadie creía tampoco semejante cosa: ningún rugbista violento era tenido socialmente como un «asesino fracasado», más allá de que siempre generaban justificada indignación. Y, finalmente, nunca esas

peleas terminaban en muertes. Se puede decir, por tanto, que en Argentina es una regla de experiencia válida la que reza que, en esta clase de peleas, los jugadores de rugby no quieren matar. Y si, al pegar, no se quiere matar, es posible -o mejor, verosímil- que ni siquiera se piense en ello al momento de golpear.

En síntesis: este caso tiene la virtud de que muestra que, pese al enorme nivel de violencia desplegado, es verosímil que los acusados no se representaran como posible la muerte de FBS, o que, pese a representarse esto, no obstante confiaran en que dicha muerte no se produciría. Es un caso que, por eso, demuestra que puede haber «cegueras fácticas» verdaderas. Por eso creo que casos como este pueden llegar a provocar un cambio de estatus en las concepciones teóricas que afirman que los casos de ceguera ante los hechos deben ser imputados como dolosos: de jugar un papel un tanto testimonial en la academia para ciertos supuestos marginales, pueden pasar a ser tenidas como indispensables en la práctica para poder resolver adecuadamente hechos reales como el que he analizado aquí; hechos que, en el mundo difícil en que vivimos, ocurren ya con alguna frecuencia.

5. Conclusión

Resumo aquí mis conclusiones en torno a este caso:

- a) No es aplicable al caso el tipo atenuado del «homicidio en riña o agresión».
- b) La prueba reunida en el juicio no permite concluir, más allá de toda duda razonable, que los acusados tuvieron la intención directa de matar a la víctima; ni antes del comienzo del ataque, ni durante el ataque. No ha sido correcto, por tanto, subsumir este hecho como un homicidio doblemente agravado, a saber: por alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas; porque ambos tipos agravados requieren dolo directo de primer grado. Fuera de ello, en cuanto a la alevosía, ni siquiera se dan en el caso sus requisitos objetivos.
- c) Es especialmente desconcertante que tres de los acusados hayan sido condenados sólo como cómplices secundarios o no necesarios. La prueba deja en claro que los ocho acusados fueron coautores, y -por las conclusiones que siguen- en particular del delito de homicidio simple.
- d) De la prueba reunida en el juicio podría inferirse que los acusados, al planificar el ataque, sólo querían lesionar a FBS, pero que después, durante la agresión, ante la violencia desplegada se representaron como posible la muerte de la víctima, y que no obstante continuaron porque ese resultado les era indiferente. No habría sido arbitraria, entonces, una condena por homicidio simple con dolo eventual en sentido tradicional, considerando coautores a todos los acusados.
- e) Sin embargo, la prueba reunida en el juicio permite inferir, también, que los acusados no se representaron como posible la muerte de FBS, ni antes del ataque ni durante este; o que, si tuvieron tal representación, no obstante confiaron genuinamente en que dicho resultado no se produciría. Por supuesto que, debido al altísimo nivel de violencia desplegada, ello habría sido epistémicamente irracional, por lo que este sería un caso de ceguera ante los hechos. Los rugbistas, sin embargo, nada declararon al respecto, pues sólo negaron haber tenido la intención de matar, y ello, naturalmente, debilita un poco esta inferencia, más allá de que sea de todos modos viable en virtud del contexto probatorio total. Como sea, es importante destacar que, si los acusados hubieran declarado en el sentido indicado aquí (esto es, negando o bien el elemento

cognitivo, o bien el elemento volitivo del dolo *eventual*), sus declaraciones, a mi juicio, habrían sido verosímiles.

f) Si la inferencia fáctica acertada es la resumida en e), entonces el hecho debería ser subsumido o bien como lesiones corporales dolosas seguidas de homicidio imprudente («homicidio preterintencional», en Argentina), que es la solución extremadamente insatisfactoria a la que conduciría la doctrina dominante en materia de imputación subjetiva; o bien como homicidio simple doloso (con dolo eventual), si se asume la posición minoritaria, que defiende, conforme a la cual los casos de ceguera ante los hechos deberían ser imputados a título de dolo.

Riesgo objetivo y dogmática del dolo

Comentario al voto particular de la STS 749/2022, de 13 de septiembre (caso EREs)

Mauro Roccasalvo
Universitat Pompeu Fabra
mauro.roccasalvo@gmail.com

1. Objetivo del comentario*

En septiembre de 2022, el Tribunal Supremo convalidó la condena dictada por la Audiencia Provincial de Andalucía en el conocido caso de los *EREs*¹: una maniobra de malversación de fondos públicos que, facilitada por prevaricaciones administrativas, ascendió a aproximadamente 680 millones de euros. La sentencia del Supremo supera las 1200 páginas y, por supuesto, no puede ser abordada en su totalidad. Aun así, en lo que sigue podrá ver el lector un resumen que le facilitará la comprensión del caso y su problemática (2).

El presente comentario se centrará en el -no menos extenso- voto particular², el cual, a diferencia del de la mayoría, abogó por la absolución de ciertos funcionarios al entender no satisfechos los presupuestos del dolo eventual de malversación (3). Probablemente se preguntará el lector qué es lo que motiva esta elección. En concreto, dos cuestiones íntimamente ligadas. En primer lugar, su uso recurrente de un término que da materia aprovechable para un comentario: el de «riesgo objetivo». En segundo lugar, las constantes contradicciones en las que esta parte del tribunal incurre, las cuales, si bien obstaculizan una cabal comprensión de cómo de determinadas premisas llega a determinadas conclusiones³, al menos dejan a la vista las funciones que el riesgo objetivo puede cumplir en la dogmática del dolo.

Así pues, la exposición que sigue tendrá un doble objetivo de carácter metodológico. Por un lado, demostrar al lector lo contradictorio de introducir consideraciones materiales sobre el riesgo objetivo y, a la vez, identificar el foco problemático del caso en el aspecto subjetivo del tipo (4.1). Por el otro, partiendo del uso (u omisión) que se hace de este término en distintos momentos del voto particular, señalar las funciones que puede cumplir la idea de riesgo objetivo en la dogmática del dolo (4.2). La exposición concluirá con un breve resumen de los apartados anteriores (5).

* El presente comentario se inserta en el marco del Proyecto de Investigación «La imputación subjetiva en el Derecho penal económico» del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Referencia PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033).

¹ STS 749/2022, de 13 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258), ponente de Porres Ortiz de Urbina.

² Ponente Ferrer García, con la adhesión de Polo García.

³ De allí que, a diferencia de lo usual en esta especie de publicaciones, no pueda aquí tomarse posición sobre la solución de fondo, es decir, sobre si se ha acertado al negar el dolo eventual de malversación en los acusados. A lo sumo, sólo intentará traerse a la luz aquello que en el voto particular no es más que confusión.

2. Los hechos en que se basó la condena, la posición del voto mayoritario y el motivo de la disidencia en el voto particular

Los hechos juzgados por la Audiencia Provincial de Sevilla y sometidos al control casacional resultan complejos y no pueden exponerse con total detalle en un comentario de esta especie⁴. Se volcará aquí más bien una explicación de índole estructural, tendiendo a simplificar los hechos para que el lector conozca concreta y directamente el problema objeto de discusión en la sentencia.

A partir de la década de los 90 el gobierno andaluz puso en práctica un programa de subvenciones destinado a paliar los efectos de la crisis económica en empresas y trabajadores con residencia en dicha Comunidad. Su ejecución, es decir, la decisión de conceder tales ayudas a los concretos destinatarios, se encontraba formalmente en cabeza de un órgano específico: la Consejería de Empleo. De interés aquí son los hechos ocurridos a partir del año 2000, que dieron lugar a la condena de varios funcionarios encargados directa o indirectamente de la distribución de las subvenciones. Pero antes de avanzar sobre ello, es necesario hacer ciertas precisiones sobre los momentos de desarrollo del programa y las personas implicadas. Por un lado, pudo verificarse que, a nivel organizativo, desde la fecha señalada fueron cometidas graves irregularidades⁵ con el objeto de eludir posibles fiscalizaciones y tornar más ágil el proceso administrativo de obtención y distribución de los fondos públicos. Tales comportamientos fueron calificados por la Audiencia Provincial de Sevilla como configurativos del delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP). A sus responsables (para ayuda del lector y al igual que en la sentencia) se los identifica aquí como aquellos funcionarios «ajenos a la Consejería de Empleo». Por otro lado, ya a nivel de ejecución, fue posible comprobar que gran parte de los fondos legalmente destinados a empresas y trabajadores necesitados de asistencia económica arribaron a destinos disímiles a los acordados, produciéndose con ello un perjuicio al erario público por aproximadamente 680 millones de euros. La Audiencia provincial entendió que tales conductas encuadraban en el delito de malversación agravada (art. 432.2 CP)⁶, condenando como autores a los funcionarios «de la Consejería de Empleo», es decir, a aquellos sujetos encargados de adjudicar las ayudas en concreto.

No obstante, el punto central de la sentencia radica en que la Audiencia no se limitó a condenar a los funcionarios «ajenos a la Consejería de Empleo» sólo por los actos prevaricadores. Al respecto, entendió que el comportamiento de aquellos también era configurador de la referida forma agravada de malversación. ¿Cuál fue el argumento utilizado? Que, al asumir el posible

⁴ Para el interesado, pueden hallarse a partir de la p. 4 de la sentencia, donde se reproducen los hechos probados por la Audiencia Provincial.

⁵ Una explicación sucinta de estas irregularidades administrativas puede hallarse en el FD 33.1 del voto mayoritario (p. 320 s.).

⁶ Dado el momento de comisión de los hechos, el texto aplicable fue aquel original plasmado en el CP de 1995, es decir, previo a la importante reforma operada por LO 1/2015. Cabe recordar que la LO 15/2003 sólo afectó al apartado 3 relativo a la modalidad de malversación atenuada, actualizando la cuantía de pesetas a euros y elevando la cuantía de la pena de suspensión de empleo o cargo público. De seguido, para ayuda del lector, se consigna la redacción utilizada por la sentencia: «Art. 432. - 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. / 2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.».

destino espurio de los fondos, tales funcionarios actuaron con dolo eventual. A pesar de las impugnaciones de los acusados, este encuadramiento típico fue convalidado por el voto mayoritario del Tribunal Supremo. Sobre el aspecto objetivo, destaca la mayoría la existencia (al menos implícita) de una estructura organizativa, cuya esfera de actuación, lejos de limitarse a la mera prevaricación, mediante cambios en los criterios de presupuestación posibilitó una disposición arbitraria (como si fueran propios) de los fondos públicos, en favor de empresas y personas libremente determinadas y siguiendo preferencias e intereses políticos. Según detalla, tales funcionarios tenían facultades decisorias sobre los caudales ilícitamente dispuestos, sea por tenerlos materialmente a su cargo o por su capacidad funcional de decidir sobre el destino en virtud de su posición jerárquicamente superior. De esta forma, siguiendo las propias palabras del voto mayoritario, el carácter antijurídico de la conducta de los funcionarios «ajenos a la Consejería de Empleo», aún actuando a nivel organizativo, no queda agotado con la mera prevaricación, sino que resulta constitutivo, a su vez, del delito de malversación agravada, concurriendo ambos tipos de forma medial. A diferencia de lo que sucede con el delito de prevaricación, en el que se rechaza una coautoría funcional y se afirman distintas ejecuciones individuales explicables por una finalidad común y su desarrollo continuado en el ámbito de una misma organización administrativa, el voto de la mayoría no precisa la forma de autoría en el delito de malversación. En este punto, se limita a aceptar que la cuestión es más compleja. Sólo alude a cuestiones que no tienen que ver con la forma de intervención sino con el modo en que fue ejecutado el delito: que quienes intervinieron directamente en la disposición de los fondos realizaron la conducta típica bajo la forma comisiva de la sustracción, mientras que, quienes conociendo la distribución espuria -en infracción de su deber- no la evitaron, se comportaron bajo la forma omisiva impropia del consentir tal sustracción⁷. Finalmente, sobre el aspecto subjetivo y aludiendo al cúmulo probatorio señalado en la sentencia condenatoria, comparte el voto que el conocimiento de la situación no sólo resulta incuestionable por quienes concedieron las subvenciones, sino también por aquellas autoridades que operaban a nivel organizativo y, tanto aprobaron las partidas presupuestarias, como fueron informadas de la gestión altamente irregular de las ayudas⁸.

Con ello queda plasmada una base -mínima, pero- suficiente para abordar ahora el contenido del voto particular. El motivo de la disidencia (así al menos se expresa) viene dado porque esta parte del tribunal no comparte que los miembros «ajenos a la Consejería» hayan actuado con dolo (eventual). A partir de ello, aboga por su absolución dada la ausencia de tipificación de la modalidad imprudente de malversación. De seguido se expondrán los argumentos brindados a tal efecto.

3. Síntesis de los argumentos del voto particular

3.1. Introducción

Aunque el voto particular ubica el núcleo problemático del caso en el dolo eventual de algunos de los funcionarios condenados, la exposición brindada demuestra saltos argumentativos desde problemas de tipo objetivo a problemas de tipo subjetivo que no permiten dilucidar la relación que entiende existente entre ambas categorías. Más concretamente, de la afirmación o rechazo

⁷ Véase FD 33.1-3 (pp. 320 ss.), 37.2 (p. 347), 40 (esp. p. 357), 42.2-3 (pp. 360 ss.), 43.3-4 (pp. 367 ss.), 43.5 (pp. 370 ss.)

⁸ FD 33.4 (pp. 326 ss.).

de un determinado grado objetivo de riesgo, este voto pasa sin mayores aclaraciones a afirmar o negar la representación de tal riesgo por parte de los sujetos intervinientes.

Una exposición lineal de los argumentos utilizados no sería útil para el lector, pues el voto en varias ocasiones intercala cuestiones de índole procesal y sustantiva, volviendo sobre tópicos vinculados a ambos órdenes. En lo posible, se intentará reagrupar la argumentación distinguiendo, por un lado, el desarrollo teórico-conceptual sobre el dolo y, por el otro, las afirmaciones de índole probatoria. Los posibles saltos lógicos que notará el lector en el desarrollo teórico-conceptual son justamente aquellos previamente mencionados.

3.2. Los argumentos del voto particular para rechazar el dolo eventual

1. El punto de partida de la minoría es simple y así comienza su argumentación: a diferencia de la lógica seguida por el voto mayoritario, debe estrictamente distinguirse entre a) la conformación de un sistema ilegal de asignación presupuestaria destinado a agilizar la concesión y pago de ayudas ante una situación de crisis; y b) que en su fase de ejecución aquellos fondos fuesen desviados por la Consejería de Empleo hacia un destino distinto al establecido, provocando un daño al erario público⁹.

Según su opinión, la sentencia de la Audiencia provincial presenta -tanto a nivel probatorio como de argumentación jurídica- un importante déficit en el aspecto subjetivo de la malversación, dando lugar a lo que denomina un «salto al vacío» al atribuir a los acusados «ajenos a la Consejería de Empleo» un dolo eventual referido a un resultado producido por aquellos que integraban este último órgano; ello, justamente en una estructura que, debido al reparto funcional, «necesariamente se rige por el principio de confianza»¹⁰. No sólo se aparta de la solución brindada por el voto mayoritario en este aspecto. También entiende que este último ha excedido su competencia al afirmar el dolo directo de los acusados, cuando el tribunal de juicio habría fijado el límite en el dolo eventual¹¹.

2. Pero antes de continuar, debe advertirse que, en su análisis del tipo subjetivo, el voto particular intercala una serie de consideraciones que, como se explicará más adelante, generan dudas sobre la corrección de la estrategia escogida para la resolución del caso. Ello se debe a que resalta particularidades del tipo objetivo de la malversación que, si bien son útiles para la delimitación del objeto de una eventual representación subjetiva, ponen ya en jaque la verificación misma de la cualidad objetivamente típica de la conducta analizada, sea por razones probatorias o por motivos de valoración.

Sobre este tópico comienza alegándose lo siguiente: «[p]ara apreciar la existencia del dolo eventual como elemento subjetivo del tipo penal de la malversación [...], se requeriría, [...], según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de esta Sala, que concurriera una alta o elevada probabilidad de que las infracciones legales practicadas con el fin de aligerar la distribución de las ayudas sociolaborales [...] determinaran un perjuicio grave y fraudulento para los caudales

⁹ FD Primero (p. 1116), FD Sexto, pto. 3 (p. 1155).

¹⁰ FD Primero (p. 1117); también FD Séptimo, pto. 2 (pp. 1159 s.), alegando la falta de cualquier tipo de análisis sobre la distribución de competencias y las relaciones de confianza entre los órganos.

¹¹ FD Primero (p. 1117), FD Segundo, pto. 1 (p. 1119), FD Séptimo, pto. 1 (pp. 1156 ss.). Tanto la efectiva presencia de tal exceso como su eventual viabilidad jurídica resultan tópicos que, por los fines perseguidos en este comentario, no pueden ser aquí abordados.

públicos»¹². En otras palabras, «que la conducta que realizaron directamente los acusados ajenos a la Consejería de Empleo hubiera generado un riesgo típicamente relevante que se acabara materializando en el peligro concreto para el bien jurídico que tutela el artículo 432 CP»¹³. Y agrega a continuación que la sentencia de la Audiencia carece de toda argumentación sobre «este primer elemento del dolo eventual», sea desde el prisma probatorio como desde el normativo¹⁴.

Las referencias a la ausencia de todo razonamiento probatorio sobre la realización del tipo objetivo de la malversación por parte de los acusados suelen repetirse¹⁵. Al respecto, se resalta la necesaria comprobación de una «situación de alto riesgo de peligro concreto», es decir, «que el sistema procedimental implantado [...] llevara consigo un peligro tan elevado y concreto de menoscabo [...] que fuera muy probable que se materializara en el resultado propio del delito de malversación [...]», en tanto sobre tal objeto habrían de recaer los elementos intelectual y volitivo del dolo eventual¹⁶.

Fijada tal premisa, expresa el voto particular que la potencialidad indiciaria del razonamiento empleado recae sólo sobre el delito de prevaricación, no siendo por tanto extensible al de malversación; máxime cuando la conducta constitutiva de esta última fue materializada de forma dolosa por integrantes «de la Consejería de Empleo» que actuaban por su cuenta y sin que se acreditase su connivencia con los acusados ajenos a tal órgano¹⁷. En apoyo a esta conclusión, indica que, sin perder de vista el carácter prevaricador, los comportamientos de estos últimos se orientaban a agilizar la tramitación de subvenciones urgentes a fin de ser distribuidas a trabajadores y empresas¹⁸. En este sentido, a juicio de la minoría, el riesgo inherente a la supresión de controles con el fin mencionado no supuso una alta probabilidad de que cualificados funcionarios «de la Consejería de Empleo» fuesen a realizar conductas dolosas fraudulentas¹⁹. La sentencia condenatoria habría recurrido a un «liviano dolo eventual» basado en el asumir la eventualidad del destino de los fondos públicos, con el solo propósito de subsanar aquel déficit probatorio en el ámbito del tipo objetivo²⁰. Tal instrumentalización del dolo eventual resultaría objetable, pues su entendimiento en un sentido tan amplio y la adopción de una actitud laxa en su verificación procesal podrían llevar al anacronismo de los delitos cualificados por el resultado²¹.

3. Llegado este punto, cabe abordar la posición del voto particular en materia de distinción entre dolo e imprudencia. Como punto de partida, la minoría adhiere a un concepto volitivo de dolo. Según expresa, «dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal»²². En la modalidad eventual, tal querer aparecería manifestado en el asumir o

¹² FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

¹³ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

¹⁴ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

¹⁵ Al menos, FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1126-1128), FD Noveno, pto. 3 (p. 1196).

¹⁶ FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1126 s.).

¹⁷ FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1127 s.).

¹⁸ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1127).

¹⁹ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1130).

²⁰ FD Noveno, pto. 2 (p. 1187).

²¹ FD Sexto, pto. 3 (p. 1155), remitiendo a STS 474/2013, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2913).

²² FD Segundo, pto. 2 (p. 1119).

aceptar la probabilidad del resultado lesivo a evitar²³. Sin embargo, a su criterio, el núcleo problemático de la sentencia podría verse ya en el aspecto cognoscitivo del dolo. En palabras simples, a la verificación -no realizada- del tipo objetivo debería haber seguido una práctica que -según se indica- tampoco habría sido satisfecha: la comprobación de que los acusados «ajenos a la Consejería» tenían conocimiento de que muy probablemente los fondos públicos estuviesen siendo distribuidos de forma indebida²⁴. En este punto, se expresa que, a la hora de desencadenar resultados perjudiciales para caudales públicos, una conducta prevaricadora como la ejecutada puede generar dos grados de riesgo disímiles: por un lado, la mera posibilidad de que funcionarios «de la Consejería» aprovecharan dolosamente la omisión de controles para realizar comportamientos malversadores; por el otro, la alta probabilidad de que ello suceda²⁵. La primera hipótesis -afirma el voto- es «la propia de la conducta imprudente con culpa consciente centrada en un pronóstico de mera posibilidad»; la restante, en cambio, «la del dolo eventual que ubica el grado de la conducta dolosa en la alta posibilidad de que en el caso concreto se produzca el quebranto doloso para el patrimonio público»²⁶. Siguiendo esta línea, se indica entonces que, conforme la doctrina mayoritaria y jurisprudencia de la Sala, el grado de peligro necesario para la afirmación del dolo eventual en la malversación no ha de ser meramente abstracto o general. Por el contrario, debe verificarse un «elevado peligro concreto» que dé cuenta de una inminente lesión al bien jurídico; característica -a su juicio- no advertible en las conductas de los funcionarios «ajenos a la Consejería»²⁷. Al respecto, agrega el voto que la sentencia recurrida evidencia un vacío probatorio en lo que atañe a ambas hipótesis; vacío que debe ser subsanado a fin de despejar el interrogante generado por tal omisión²⁸.

4. Según plantea la minoría, aunque debidamente encuadrada en el delito de prevaricación, la actuación de tales funcionarios no permite asumir «que supieran que en la Consejería de Empleo se estuvie[se] distribuyendo y adjudicando el dinero de una forma fraudulenta»²⁹. A su juicio, la sentencia de la Audiencia carece de una argumentación idónea sobre las circunstancias que habilitan concluir que los acusados sabían que muy probablemente el sistema de implantado conllevaría comportamientos ilícitos dolosos por parte de terceros³⁰. En otras palabras, no se presenta explicación alguna que justifique el salto argumentativo que supone atribuir al descontrol doloso en el otorgamiento de subvenciones un permitir dolosamente la ejecución de actos fraudulentos por parte de otros funcionarios³¹. Según se expone, este conocimiento del «elevado peligro concreto» de menoscabo al patrimonio público no debería fundarse en meras especulaciones genéricas ni en pronósticos de probabilidad abiertos, sino en elementos de prueba que acrediten una situación concreta de peligro fácilmente advertible y generadora de desconfianza en la estructura funcional de la Consejería de Empleo³². Ante la carencia de pruebas en tal sentido, según este voto resulta perfectamente factible concluir que los acusados

²³ FD Segundo, pto. 2 (pp. 1119 ss.).

²⁴ FD Cuarto, pto. 2 (pp. 1128 s.).

²⁵ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1130).

²⁶ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1131).

²⁷ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126), pto. 3 (p. 1131).

²⁸ FD Cuarto, pto. 3 (p. 1132).

²⁹ FD Tercero (pp. 1123, 1125).

³⁰ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1159).

³¹ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1162).

³² FD Séptimo, pto. 2 (p. 1161).

confiaron en el buen proceder de terceros³³, e incluso un exceso de confianza no habilitaría a resignificar la conducta recurriendo para ello a la «modalidad liviana» del dolo eventual³⁴.

Así pues, en un nuevo salto desde lo objetivo hacia lo subjetivo, agrega lo siguiente: «es importante advertir que el hecho de que las infracciones normativas integrantes del delito de prevaricación pudieran haber generado [...] el conocimiento de una notable situación de descontrol, [...] solo permitiría hablar de la posibilidad o probabilidad genérica y abierta de tal situación, sin que solo por ello se cubriera el requisito del conocimiento del peligro concreto de que tal situación se materializara en la práctica por el comportamiento de los propios funcionarios de la Consejería de Empleo»³⁵. Solamente una específica focalización del peligro permite «pasar de unas expectativas o posibilidades abiertas propias de un delito imprudente, a unas conductas mucho más concretas en las que el grado de peligro se introduce en las raíces propias del dolo, con las graves consecuencias punitivas que ello entraña»³⁶. En este contexto, «ese peligro concreto materializado después por las autoridades y funcionarios de la Consejería de Empleo no consta que fuera conocido y asumido por los responsables de otros departamentos de la administración autonómica»³⁷. Intentando superar las dificultades interpretativas que suscita este último párrafo, podría decirse que -a juicio de la minoría- los funcionarios «ajenos a la Consejería»: a) generaron un riesgo objetivamente abstracto de malversación por parte de terceros, y b) por tal motivo, sólo se representaron un riesgo de tal magnitud (y no uno de carácter concreto). Si esta interpretación es correcta, concordará el lector con que el voto podría haber desarrollado su posición de forma más clara y concisa.

En lo que sigue, se abordará la problemática argumentativa de este voto particular.

4. Análisis de los argumentos del voto particular: dolo y riesgo objetivo

4.1. La malversación por los funcionarios «ajenos a la Consejería»: ¿un problema de tipo subjetivo?

Entiendo compartirá el lector que no deja de ser llamativa la decisión de resolver el caso recurriendo al aspecto subjetivo de la malversación. Si uno se atiene a los argumentos esbozados por la minoría, no se comprende con qué finalidad pone tanto énfasis en la no verificación del tipo objetivo de la malversación³⁸, si es que luego resolverá el caso negando el dolo eventual en los acusados. En este punto, las referencias brindadas no son muy claras, ni en lo que atañe al estricto contenido del tipo objetivo (aparentemente ausente), ni en lo referente a la función del

³³ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1159).

³⁴ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1162).

³⁵ FD Octavo, pto. 2 (p. 1168).

³⁶ FD Octavo, pto. 2 (p. 1168).

³⁷ FD Octavo, pto. 2 (p. 1168).

³⁸ Por ejemplo, indicando que sobre este punto la sentencia condenatoria «carece de sustento argumental probatorio» (FD Cuarto, pto. 1 [pp. 1126 s.]), que la Audiencia Provincial «ni siquiera ha razonado probatoriamente» (FD Cuarto, pto. 1 [p. 1128]), o bien que «no consta prueba directa alguna de que [los] acusados intervinieran en acto concreto alguno insertable en el tramo final del reparto y distribución del dinero público» (FD Noveno, pto. 3 [p. 1196]). También FD Quinto, pto. 4 (p. 1146), refiriendo que los argumentos utilizados para afirmar la autoría en la prevaricación se trasladan sin más para fundamentar tal forma de intervención en el delito de malversación.

tipo subjetivo (también aparentemente ausente) en su relación con el tipo objetivo. De seguido se intentará echar algo de luz sobre el asunto.

Conforme se ha detallado en el apartado anterior, para el voto particular la conducta prevaricadora ejecutada por los acusados «ajenos a la Consejería» podía generar dos grados disímiles de riesgo con respecto al erario público: a) uno objetivamente abstracto (la mera posibilidad de que terceros aprovecharan la oportunidad para realizar una malversación), al cual se identifica con la imprudencia consciente; o b) uno objetivamente concreto (una probabilidad alta de tal situación), al que se identifica con el dolo eventual. En opinión de la minoría, tales funcionarios sólo habrían generado un riesgo de la primera especie, por lo que su comportamiento -siendo atípica la malversación imprudente- debería permanecer impune. Con tal base, puede llegar a entenderse que el problema que intenta poner de relieve el voto no se vincula a la ausencia de cualquier actividad probatoria sobre el riesgo generado, sino a la capacidad de rendimiento del material probatorio recabado. A todo evento, sólo habría sido acreditado un riesgo abstracto o, lo que es lo mismo, no habría podido verificarse el riesgo concreto requerido.

Como podrá advertir el lector, surge aquí algo llamativo. Si la crítica ensayada a la Audiencia radica en que ha llenado «el vacío probatorio [...] entre los hechos de la primera fase con los de la segunda [...] acudiendo a una aplicación del dolo eventual como un posible hilo conductor»³⁹, es decir, a costa de omitir toda fundamentación sobre el tipo objetivo, no se entiende por qué la solución del caso se sustenta negando el dolo eventual y no rechazando ya de plano la adecuación del comportamiento al tipo objetivo de la malversación. En algún punto, parecería como que el voto particular “se ha sentido forzado” a seguir la misma vía argumentativa que la Audiencia, centrando el núcleo problemático en la presencia o ausencia del dolo eventual. Pero, al mismo tiempo, los argumentos que ofrece hacen de tal problema algo sólo aparente: ¡el vicio, y la razón para la absolución, se hallaría ya en la ausencia de tipicidad objetiva! ¿Cuál es el motivo de todo este embrollo? A fin de dilucidar este interrogante, creo que la mejor estrategia es poner a la vista dos problemas esenciales que presenta este voto: por un lado, la coexistencia interna de dos modelos de responsabilidad disímiles; por el otro, la diferencia entre aquello que pretende decir (cómo quiere resolver el caso) y aquello para lo que efectivamente rinden sus argumentos (cómo realmente lo resuelve).

De tenerse por válida la hipótesis que plantea el voto sobre el proceder de la Audiencia, detrás de ambas argumentaciones podrían vislumbrarse dos modelos de responsabilidad distintos. La Audiencia habría empleado la (presunta) subjetividad de los funcionarios «ajenos a la Consejería» como factor fundante de la responsabilidad. El voto minoritario, en cambio, ha partido -y esto puede tenerse por cierto- de consideraciones vinculadas al riesgo objetivo de las conductas desarrolladas. Ambas formas de proceder representan modelos de responsabilidad excluyentes. En el primero, la responsabilidad se asienta en la parte subjetiva del delito. Para ello requiere de un aspecto objetivo valorativamente neutro, es decir, causalmente considerado desde una perspectiva *ex post* y, de este modo, pasible de ser delimitado a través de su contracara subjetiva. En el segundo, la responsabilidad se asienta ya en el aspecto objetivo (léase mejor intersubjetivo), el cual desde una perspectiva *ex ante* y mediante consideraciones valorativas delimita los contornos del comportamiento reprochablemente prohibido. En el primero, prohibición y

³⁹ FD Séptimo, pto. 2 (p. 1162).

condiciones de responsabilidad se encuentran escindidas⁴⁰; en el segundo, el ámbito semántico de la prohibición aparece ya delimitado por las condiciones de responsabilidad⁴¹. El primer modelo responde a la lógica de la imputación⁴², la cual, sujeta a un reordenamiento de sus juicios⁴³ o restricción de sus presupuestos⁴⁴, no ha dejado de estar presente en las construcciones de la teoría del delito. El segundo modelo responde a la lógica de la infracción de la norma, iniciada principalmente por BINDING⁴⁵ y seguida -velada o expresamente- por las corrientes que adhieren a la teoría del comportamiento desaprobado⁴⁶.

A los fines de este comentario poco interesa si tal diferencia se presenta entre la resolución de la Audiencia y el voto aquí comentado. No obstante, sí es de interés el hecho de que ambos modelos (entre sí excluyentes) aparecen confundidos en el voto particular: más precisamente, entre «aquello que se quiere decir» y «aquello que efectivamente se dice». La posición minoritaria pretende resolver el caso bajo el primer modelo, pero utiliza argumentos propios de su opuesto. Su intención es ubicar el núcleo problemático en el aspecto subjetivo, es decir, en la presencia o ausencia de dolo, pero da razones -incluso expresas- sobre la ausencia del riesgo objetivo requerido para el tipo en cuestión. En pocas palabras, intenta negar la imputación cuando ya previamente ha negado la infracción de la norma. Si su finalidad era centrarse en la presencia del dolo como aspecto problemático del caso, entonces la estrategia a seguir resultaba clara: debía analizar el tipo objetivo desde una perspectiva causal y *ex post*, a fin de permitir que, una vez afirmado aquel, la imputación subjetiva cumpliera su función reductora del objeto. Dicho de otro modo, tenía que haber recurrido a la metodología que reputa empleada por la Audiencia. Sin embargo, este proyecto queda totalmente frustrado con el propio proceder del voto. Al negar la presencia de un riesgo *ex ante* objetivamente típico, tal reducción aparece ya practicada en el nivel analíticamente previo del objeto. Por ello, el avance que realiza el voto hacia el aspecto

⁴⁰ En este sentido, suele expresarse que la norma no puede establecer las condiciones de su infracción. Al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29, 80; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 42, 62.; MAÑALICH, «Norma e imputación como categorías del hecho punible», *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2003, pp. 170, 174; VALIENTE IVÁÑEZ, «La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal», *RECPC*, (22), 2020, pp. 6 s.

⁴¹ Claro a este respecto, expresando que toda antinormatividad implica al mismo tiempo la infracción de un deber, GÖSSEL, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 8ª ed., t. 2, 2014, § 39/2. Véase también, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 408; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 587, 623 s., 626; ROBLES, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, 67 s., esp. 73, 87. Una aplicación práctica de este modelo puede verse en MURMANN, «Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung», *FS-Herzberg*, 2008, pp. 123 ss.

⁴² Sobre sus presupuestos y orden de análisis, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 25 ss.; HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *ZStW*, (96-3), 1984, pp. 672-674.

⁴³ Sólo a fines ilustrativos de esta reestructuración, en el modelo analítico de la imputación el análisis de la denominada *applicatio legis ad factum*, como juicio de subsunción -y no de infracción a la norma-, debería preceder a la *imputatio* (tanto *facti* como *iuris*), en tanto juicio sobre la infracción al deber. Sobre este modelo analítico, ilustrativo MAÑALICH, *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 2003, esp. pp. 174 ss. A la misma conclusión debería arribarse en el modelo causal-naturalista, que parte de un injusto meramente objetivo, previo a la culpabilidad.

⁴⁴ La concepción de la culpabilidad en el sistema causal-naturalista, como mera relación psicológica del autor con el hecho (al respecto, v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18ª ed., 1911, p. 162), implicaría la supresión de la *imputatio iuris* y, muy probablemente, al prescindir del requisito de dominio, también una reducción de las condiciones de la *imputatio facti*.

⁴⁵ Sobre la fundamental distinción entre norma de comportamiento y ley penal, véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed., 1922, pp. 4, 7. Un relevamiento de la sistemática en BINDING puede hallarse en ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 13 ss., 45 ss.; KAUFMANN, Arm., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 1-35.

⁴⁶ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 407; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 620 ss. (esp. 627 s.).

subjetivo del delito (hacia la pregunta por el dolo) no sólo luce metodológicamente improcedente, sino también innecesario⁴⁷.

En conclusión: a) con su foco en lo subjetivo, la intención del voto particular es resolver un caso de malversación -que debería considerar- objetivamente consumada (cuya relevancia finalmente niega por ausencia de dolo); b) con su foco en el aspecto objetivo (rechazado), sus argumentos brindan una base sólida para finalizar el análisis alegando la atipicidad objetiva del comportamiento; ab) pero con su posterior (e inusitado) abordaje del aspecto subjetivo, se aventura al análisis de lo que, en su estructura, no sería sino ¡una tentativa objetivamente inidónea de malversación! (cuya punibilidad también niega por ausencia de dolo). Es justamente en este avance donde saltan a la luz la confusión de ambos modelos, la importancia de la coherencia metodológica, y la diferencia obrante entre lo que el voto quiere decir y lo que realmente su argumentación expresa.

4.2. Sobre el riesgo objetivo y su empleo en el voto particular

Suele entenderse que, desde una perspectiva *ex post*, no puede haber algo tal como un riesgo sino sólo certeza positiva o negativa: o bien un estado de cosas fue causado por otro (complejo de estado de cosas, o bien no lo fue. Por oposición, la idea de riesgo, en tanto fundada en un juicio de probabilidad sobre sucesos futuros, sería hija de la perspectiva *ex ante*⁴⁸. La idea de riesgo no prescinde del resultado, porque todo riesgo se encuentra referido a una consecuencia. Pero con ella no se busca delimitar las condiciones que permiten explicar un resultado, sino por el contrario proyectar la posibilidad de un resultado dadas ciertas condiciones. Ahora bien, si a efectos de analizar el carácter delictivo de un comportamiento se parte de este último enfoque, cabe entonces distinguir dos tipos de juicios sobre el riesgo⁴⁹: aquel que objetivamente (intersubjetivamente) se practica sobre la conducta ejecutada, y aquel que el propio sujeto realiza

⁴⁷ Prescindiendo de su caracterización del comportamiento objetivamente típico, tiene razón JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, (97), 1985, pp. 761, 762 s., cuando indica que, en un Estado de libertades, la pregunta por lo interno (léase, aquella subjetividad requerida para el dolo) sólo puede tener lugar una vez verificada una exteriorización jurídicamente relevante. A decir verdad, esta expresión no es incompatible con el modelo de la infracción a la norma, si se diferencia entre aquello interno útil para el juicio de relevancia jurídica del comportamiento externo (es decir, aquello que condiciona la infracción a la norma) y aquello interno útil para graduar el reproche por tal infracción (léase, los estados mentales propios del dolo y la imprudencia).

⁴⁸ Esta distinción no es del todo correcta, por razones sobre las que aquí no puede ahondarse. Baste con recordar, por un lado, la estructura sintética (y no analítica) de la proposición que expresa tal suerte de «certeza»; por el otro, la dimensión no sólo explicativa (*ex post*) sino también predictiva (*ex ante*) del método causal basado en leyes. En este sentido, tanto la explicación *ex post* como la predicción *ex ante* se caracterizan por ser juicios probabilísticos, aun cuando se asienten en leyes de cobertura que permitan expresar que tal probabilidad resulta rayana a la certeza. En todo caso queda claro que la opción por una perspectiva u otra no refleja la aceptación o rechazo del método causal, sino sólo aquel aspecto del método que, en virtud de otras finalidades, ha de ser tomado en consideración.

⁴⁹ Con esto no pretende reflejarse aquella antigua discusión dogmática sobre la naturaleza ontológica o epistémica del peligro, es decir, si el peligro, como producto de un juicio, es un concepto subjetivo (así, por ejemplo, FINGER, «Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht», *Festgabe für Reinhard von Frank*, t. I, 1930 [reimp. 1969], pp. 237 s.) o, en cambio, al reflejar una magnitud efectivamente existente, es un concepto objetivo independiente del juicio emitido (en estos términos, VON KRIES, «Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben [Zweiter Artikel]», *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie*, [12], 1888, pp. 287-289). Aquí se asume que el peligro es un concepto subjetivo pues depende de un juicio. No obstante, tal juicio puede ser emitido por un observador externo, basándose en estándares de análisis objetivos (intersubjetivos), o por el propio sujeto actuante (sea siguiendo aquellos estándares -conocimiento-, o no siguiéndolos -error-).

sobre su comportamiento. Mientras uno suele ubicarse en el denominado tipo objetivo, el segundo aparece como inherente al tipo subjetivo.

En el voto comentado, el FD Cuarto inicia con dos afirmaciones que, a los estrictos fines de este estudio, resultan curiosas. Por un lado, que el dolo eventual de la malversación requiere una alta o elevada probabilidad (objetiva) de que la conducta precedente de prevaricación determine un perjuicio grave y fraudulento para los caudales públicos. Por el otro, que este «primer elemento del dolo eventual» carece en la sentencia de toda argumentación y análisis⁵⁰. Ahora bien, ¿qué pretende decirse al caracterizar la alta probabilidad como «primer elemento del dolo eventual»?

Conforme lo previamente expuesto, el voto particular toma como punto de partida dos alternativas de riesgo objetivo: una alta, a la que asimila al dolo eventual, y una abstracta, que compatibiliza con la imprudencia consciente. Vistos los saltos argumentativos que de un párrafo a otro realiza⁵¹, no resulta fácil comprender cómo es que llega a tales conclusiones, es decir, cómo es que pasa desde lo objetivo a lo subjetivo. Tanto puede deberse a un vicio metodológico (i) como a algún tipo de planteamiento que -al menos a la simple lectura- permanece oculto (ii). En los términos de la hipótesis (i), es posible que medie una confusión conceptual entre la afirmación objetiva de un riesgo y su representación subjetiva por parte del autor. Si ello es así, la distinción de juicios con la que el voto -al menos nominalmente- opera deja de tener todo sentido. Es casi innecesario aclarar que, si ambos juicios se mantienen escindidos, ni la correspondencia asumida es real ni tampoco quedan excluidas otras alternativas. Mantener expresamente la distinción y, a la vez, derivar del primer juicio objetivo el contenido del segundo, no implica más que una contradicción. De seguirse en cambio la hipótesis (ii), puede que aquello pretendido no sea sino utilizar el carácter objetivo del riesgo como materia aprovechable para la dogmática del dolo. En caso de ser así, ello podría lograrse recurriendo a dos vías entre sí excluyentes: bien quebrando la distinción de juicios objetivo y subjetivo y reduciendo el concepto de dolo a una dimensión de riesgo objetiva, o por el contrario manteniendo tal distinción, pero empleando el riesgo objetivo como mero indicio procesal de una representación subjetiva.

El apartado siguiente estará dedicado a exponer los pormenores de estas últimas dos alternativas. A la vez, se intentará dilucidar si algún pasaje del voto particular alude a su utilización en alguno de tales sentidos.

4.3. El riesgo objetivo en el voto particular: ¿elemento del dolo de malversación o presupuesto probatorio para el dolo de malversación?

a) ¿Un dolo meramente objetivo?

Bajo esta primera alternativa, debería entenderse que la concepción de dolo -e imprudencia- empleada resulta meramente objetiva, es decir, dependiente del grado objetivo del riesgo y no de aquel asumido por el autor. Ello encuentra sustento en la siguiente expresión: que el dolo eventual de malversación requiere que la conducta prevaricadora precedente (en el caso, sólo destinada a aligerar la distribución de ayudas) haya (objetivamente) generado una alta o elevada probabilidad de perjuicio grave y fraudulento para los caudales públicos⁵². Paradójico es, sin

⁵⁰ FD Cuarto, pto. 1 (p. 1126).

⁵¹ Al respecto, véase ap. 3.2. de este comentario.

⁵² FD Cuarto, pto. 1 (pp. 1126 s.).

embargo, que en la misma frase se caracterice al dolo eventual como «elemento subjetivo del tipo penal». Pero si la hipótesis fuese incorrecta, no llegaría a comprenderse el motivo por el que este voto particular, luego de destacar la diferencia entre un riesgo abstracto y otro concreto de malversación, inmediatamente conecta el último al caso del dolo eventual y el primero al de la imprudencia consciente. Tres observaciones al respecto:

¿Es esta idea compatible con el concepto volitivo de dolo que el voto particular dice seguir? Todo indica que no. Una teoría del dolo cimentada en el riesgo objetivo parece ser -en principio- más asimilable a las vertientes cognitivas que a las volitivas. La razón de ello es bastante simple: el nivel de riesgo que objetivamente pueda predicarse de una conducta nada indica sobre su aceptación o rechazo. Más allá de su desaprobación, el riesgo, en tanto conclusión dependiente de un cálculo de probabilidades, se presenta como producto de un juicio cognitivo y no de un proceso volitivo⁵³.

Por otro lado, ¿afecta este planteamiento al denominado tipo subjetivo? La respuesta no puede ser más que afirmativa. Contrariamente a una concepción clásica del dolo, esta vertiente objetiva no encuentra su base en el pronóstico de riesgo emitido por el sujeto actuante⁵⁴, sino en aquel ya empleado para analizar la presencia del tipo objetivo. Las consecuencias de este proceder son claras: un tipo subjetivo cuyo contenido es idéntico al del tipo objetivo ya no resulta necesario⁵⁵. En otras palabras, si no se distingue entre un juicio objetivo y otro subjetivo, ya no cabe hablar de un tipo subjetivo, ni tampoco de «dolo». Más propiamente, debería hablarse de un «tipo doloso», sustentado en un riesgo objetivo elevado, por oposición a un «tipo imprudente», cuya base se encuentra en un riesgo objetivo meramente abstracto. Que esta construcción no resulta viable queda ya evidenciado por el hecho de que, desde el prisma de la penalidad resultante, no todos los riesgos bajos merecen (o necesitan de) la sanción atenuada de la imprudencia, ni todos los riesgos altos la agravada del dolo. Solo un ejemplo: en la vida cotidiana, los accidentes viales suelen ser producto de creaciones de riesgos altos, pero nadie pensaría que todos ellos deben ser castigados con la penalidad del dolo.

Ya en tercer lugar, difícilmente pueda aceptarse que una conceptualización como la esbozada resulte -conforme se adjudica el propio voto comentado- compatible con aquella seguida por la jurisprudencia de la Sala. Es cierto que algunas sentencias de los últimos años, aunque de forma no concluyente, parecen orientarse a un concepto de dolo eventual puramente objetivo, es decir, prescindente de un estado cognitivo de representación y basado en la situación objetiva de riesgo generada⁵⁶. Pero tales reflexiones sólo pueden entenderse como marginales pues, en la práctica,

⁵³ Que un proceso volitivo pueda ser eventualmente causa de aquello que, a través de un proceso cognitivo, se determina como «riesgo», no cambia la cuestión; en tal caso será sólo un elemento más del juicio cognitivo.

⁵⁴ Obviamente, este pronóstico subjetivo también se reconstruye «desde afuera», es decir, siguiendo reglas objetivas propias del proceso probatorio. Pero una cosa es determinar si un comportamiento es objetivamente riesgoso, y otra distinta es si objetivamente puede decirse que el sujeto se representó ese comportamiento objetivamente riesgoso. Sobre ello, véase el subapartado siguiente.

⁵⁵ O sólo es necesario para especiales elementos subjetivos distintos del dolo, si es que no se los objetiviza al igual que a este último.

⁵⁶ Así, por ejemplo, en STS 277/2018, Penal, de 08 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056), FD Sexagésimo, que alude a un «desentenderse» con efectos incriminantes, es decir, a la indiferencia que refleja la generación de una alta probabilidad de malversación producto de la ausencia total de controles en procedimientos previos. También en STS 16/2006, Penal, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:2425), FD Quinto, que, sin necesaria aplicación al caso juzgado, menciona «la indiferencia de quien pone la colaboración que se le solicita sin preocuparse de sus consecuencias -principio de indiferencia-, o no [quiere] saber aquello que puede y debe saberse -principio de la ignorancia deliberada-».

el Tribunal Supremo culmina reconduciendo estos casos a la estructura clásica del dolo eventual, es decir, teniendo por acreditado algún grado de representación en el acusado⁵⁷. Un ejemplo de tal proceder puede hallarse en su sentencia sobre el caso «Messi», en la que, además, con referencia a pronunciamientos previos, se reputa contraria al principio de culpabilidad toda pretensión de equiparar el dolo a estructuras no basadas en la cognición⁵⁸. Si ello no fuese suficiente, el carácter subjetivo del dolo queda ilustrado en el voto mayoritario de la sentencia que aquí se comenta: el sujeto debe representarse una alta probabilidad de que se estén malversando fondos públicos⁵⁹. A diferencia de la posición minoritaria, nunca indica que baste con una probabilidad objetivamente elevada de que tal malversación suceda.

En este sentido, queda claro que para el Tribunal Supremo el dolo es un concepto que alude a la subjetividad del agente, es decir, que requiere (al menos) un estado mental de representación. No puede obviarse que, en las últimas décadas, el concepto de dolo se ha visto sujeto a una progresiva «normativización». Tal proceso supuso el empleo de criterios valorativos orientados a eludir problemas propios de una comprensión psicológico-conceptual del dolo⁶⁰, pero de ninguna manera implicó la total «objetivación» del concepto en el sentido de que su contenido (y no ya su objeto) quedase reducido a un determinado nivel de riesgo⁶¹. A lo sumo, las teorías que prescindían del estado mental de representación pretenden sustentar la forma de evitabilidad dolosa (no en la cuantía del riesgo objetivo sino) en la intensidad de la infracción al deber de conocer⁶². Para quienes sí requieren la representación como estado mental ineludible, correctivos normativos pueden hallarse, por ejemplo, en referencias tales como que sólo la confianza «seria», es decir, basada en circunstancias objetivamente fundadas, permite excluir el dolo⁶³. También así en quienes demandan que la representación se sustente en un juicio de la

⁵⁷ A modo ilustrativo, suele recurrirse a la afirmación de una sospecha delictiva, basada en que quien tiene intención de ignorar sabe en realidad lo que ignora (STS 797/2006, Penal, 20 de julio [ECLI:ES:TS:2006:6981], FD Decimosexto). También así a la asunción de las posibilidades inherentes al ámbito de interacción (STS 1106/2006, Penal, de 20 de noviembre [ECLI:ES:TS:2006:7475], FD Noveno; STS 1637/1999, Penal, de 10 de enero de 2000 [ECLI:ES:TS:2000:16], FD Quinto). Un problema distinto, que aquí no puede abordarse, es si, en la búsqueda de una subjetividad presente, acaso no se retrasa el conocimiento a circunstancias que lejos están de ser aquellas que dotan de relevancia jurídica al comportamiento.

⁵⁸ STS 374/2017, Penal, de 24 de mayo (ECLI: ES:TS:2017:1885), FD Sexto, pto. 2. A diferencia de la posición esbozada por la Audiencia provincial, según la cual un déficit de conocimiento no impide la afirmación del dolo (véase al respecto SAP Barcelona, Sección 8ª, causa 110/15, de 05 de julio de 2016), el Tribunal Supremo ve en el hecho juzgado un caso clásico de dolo eventual, en el que el estado mental requerido se encuentra plenamente acreditado. Para un comentario de ambas sentencias, véase RAGUÉS I VALLÈS, «¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal por Lionel Messi», *En Letra: Derecho Penal*, (VI-11), pp. 72-90.

⁵⁹ Así, el voto mayoritario en FD 32.3.viii (p. 320); también FD 140 (p. 1046)

⁶⁰ Sobre los problemas de una comprensión psicológica del concepto de dolo, véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 168 ss.

⁶¹ Esto último ni siquiera resulta aplicable a la contribución de PÉREZ BARBERÁ. Su concepto de dolo es claramente normativo, en el sentido de que supone una valoración de datos de diferente índole. Que en un caso de «ceguera ante los hechos» la hipótesis de probabilidad de previsión del resultado se construya sólo y simplemente a partir del dato «peligro objetivamente elevado», no implica que se trabaje con un concepto de dolo cuyo contenido quede satisfecho con ese único elemento. En realidad, se trata allí de un «caso de dolo», es decir, de uno de los casos captados por el concepto de dolo, mas no del único caso de dolo posible. Sucintamente sobre la conformación de la hipótesis de probabilidad en estos supuestos, véase PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 777.

⁶² En este sentido, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, pp. 34, 44 s.; EL MISMO, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», *ZStW*, (114-3), 2002, p. 594; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 394, 406 ss.

⁶³ Así, por ejemplo, STS 474/2013, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2913), FD Primero, pto. 4, aludiendo a una «extravagante confianza que carece de una sólida base empírica» y por tanto no excluyente del dolo. En la jurisprudencia alemana, al menos nominalmente y sin mayores referencias a su carácter procesal o sustantivo,

experiencia válido⁶⁴, o en quienes requieren que los factores reconocidos y causados por el agente representen, conforme a reglas generales de la experiencia, una estrategia sensata, es decir, un método apropiado, para la provocación de un resultado⁶⁵.

Cerrando este punto, puede decirse que la argumentación del voto particular apunta a un concepto de dolo que queda satisfecho con la comprobación de un determinado grado de riesgo objetivo. Sus afirmaciones sobre el carácter subjetivo del dolo y el encuadre de su propuesta dentro de la línea seguida por el Tribunal Supremo sólo son evidencias adicionales de la discordancia obrante entre lo que el voto pretende expresar y lo que los argumentos empleados realmente expresan.

b) *¿El grado objetivo de riesgo como indicio para la determinación de un estado mental?*

La segunda alternativa interpretativa es de índole procesal, y puede vincularse al reconocimiento jurisprudencial de una dimensión fáctica en el dolo, es decir, a la aceptación de que los estados mentales, al igual que cualquier estado de cosas, deben ser objeto de prueba a través de un proceso inferencial⁶⁶. Como correctamente se expresa en la STS 70/2014, por internos, estos elementos no dejan de ser hechos y, como tales, pertenecientes a la *quaestio facti*. Por ello, resultan determinables mediante prueba indirecta, es decir, indiciaria: con el procedimiento inferencial, de datos externos se busca concluir la existencia de datos internos⁶⁷. De todos modos, esto no debe hacer pensar que el método garantice un acceso directo y exacto a la mente del sujeto en el momento del hecho, tal como requeriría una aproximación psicológico-procedimental a los estados mentales⁶⁸. Por el contrario, sólo supone una objetivación del procedimiento empleado para su atribución.

En el voto comentado pueden hallarse referencias en este sentido. Por ejemplo, cuando indica que, a efectos de verificar el aspecto cognitivo del dolo, la jurisprudencia suele recurrir a la prueba indiciaria, o bien cuando expresa que, siguiendo máximas de la experiencia y reglas de razonabilidad socialmente legitimadas, de elementos externos -y como tales empíricamente

BGH, 2 StR 52/03, de 23 de abril de 2003, nm. 2 (NStZ, 2003, p. 603). En la doctrina, véase el comentario de SCHNEIDER, «§ 212», *MiKoStGB*, 4ª ed., 2021, nm. 62 ss. Que este proceder «desde la imprudencia» debe tener un necesario impacto en la conceptualización del dolo, resulta a todas luces evidente.

⁶⁴ Así, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 8/23.

⁶⁵ Configurando así su denominado «peligro de dolo», PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, (103-1), 1991, pp. 17 s.; LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, pp. 39 s.; LA MISMA, «Begriffskonzeptionen des dolus eventualis», *GA*, 2006, p. 74.

⁶⁶ Un buen resumen de las posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza de los estados mentales y su ubicación dentro del relato de los hechos objeto de acusación (y prueba), o bien dentro de la fundamentación jurídica, puede hallarse en STS 474/2013, Penal, de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:2913), FD Primero, ptos. 3 s. Véase también STS 70/2014, Penal, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:472), FD Tercero. En este sentido, el voto mayoritario de la sentencia aquí comentada indica que el problema de la existencia o inexistencia del estado mental no es propio del juicio de tipicidad sino del procedimiento probatorio (véase FD 133.2, p. 998).

⁶⁷ STS 70/2014, Penal, de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:472), FD Tercero; también así, STS 277/2018, Penal, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056), FD Noveno, con referencia a los límites del recurso de casación. En la doctrina, sobre la prueba indiciaria y los procesos inferenciales, véase por todos, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 237 ss., con mayores referencias. Sobre los presupuestos requeridos para la capacidad convictiva de la prueba indiciaria, STS 215/2019, Penal, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1412), FD Primero, pto. 3; asimismo, véase el voto mayoritario de la sentencia aquí comentada (FD 45.2, pp. 381 s.)

⁶⁸ Crítico a este último respecto, caracterizando tal perspectiva como una concepción psicológica de la determinación del dolo, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 205, 231, 257 s., esp. 258 ss.

verificables- debe poder inferirse el grado de conocimiento del acusado⁶⁹. Según estas manifestaciones, al analizar la presencia o ausencia de dolo se trataría, al fin y al cabo, de lo que objetivamente puede atribuirse como estado mental del autor. Cómo cuadra ello con los argumentos del propio voto, según los cuales el dolo quedaría satisfecho con un riesgo objetivo alto, es algo que la minoría no explica y, a todas luces, evidencia una contradicción. O bien el dolo es un concepto objetivo, o bien es un concepto subjetivo determinable a través de un procedimiento objetivo. Ambas cosas no pueden ser.

Más allá de tal contradicción, cabe señalar que la perspectiva procesal aquí analizada no implica suprimir la distinción de juicios sobre el riesgo. Por el contrario, sólo evidencia algo obvio: que también el juicio de riesgo emitido por el autor es determinable desde un prisma objetivo. Si se sigue esta línea de pensamiento, el riesgo objetivo aparece entonces como un elemento indiciario de utilidad para inferir (objetivamente) el grado de riesgo subjetivamente asumido por la persona actuante. Aunque no determinante de la inferencia, pues debería sopesarse con otros datos, el recurso al riesgo objetivo puede resultar apropiado en ciertos grupos de casos. Por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha puesto constantemente de resalto su peso indiciario a la hora de afirmar el dolo (eventual) en delitos contra la integridad física y la vida⁷⁰. Que ello resulta enteramente trasladable a la criminalidad económica cuando las tipologías penales aluden a riesgos o resultados lesivos, no debería presentar el menor reparo⁷¹. Ahora bien, ¿qué puede decirse sobre el uso de esta perspectiva en el voto?

Por un lado, es llamativo que el desarrollo de la utilidad de la prueba indiciaria no se encuentre expuesto junto al cúmulo de argumentos empleados para afirmar la ausencia de representación por parte de los acusados, sino en un apartado posterior, destinado a objetar la decisión del voto mayoritario y de la Audiencia, es decir, una vez que la minoría ha fundamentado ya su postura hacia la absolució⁷². No caben dudas que la misma metodología, aun sin aludir a la prueba indiciaria como herramienta de análisis, fue utilizada en la parte del voto en la que se exponen los fundamentos para la absolució. Ahora bien, la necesidad de este nuevo apartado, es decir, si compone o no la *ratio decidendi* del voto minoritario, es algo que no queda suficientemente claro.

Por otro lado, y ya para finalizar, resulta llamativo que, a pesar del aparato conceptual desarrollado en torno a determinado grado de riesgo objetivo como rasgo configurador del dolo, dentro de este nuevo apartado en el que se destaca la utilidad de los indicios no se utilice tal idea en absoluto. Podría haberse alegado, por ejemplo, que, ante la ausencia de toda prueba de un riesgo alto de malversación, la posibilidad de inferir en los acusados una representación como la

⁶⁹ FD Décimo, pto. 1 (pp. 1197 s.).

⁷⁰ BGH, 4 StR 51/83, de 07 de junio de 1983 (NStZ, 1983, p. 407); BGH, 4 StR 422/02, de 16 de enero de 2003, nm. 2 (NStZ, 2003, pp. 431 s.); BGH, 2 StR 52/03, de 23 de abril de 2003, nm. 2 (NStZ, 2003, p. 604). Un ejemplo en la jurisprudencia española (no expreso pero sí similar) puede verse en STS 69/2010, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2010:902), ponente A. G. J. Barreiro, FD 3, pto. 4, cuando se alude a los medios utilizados para el ataque, la reiteración y las partes del cuerpo de la víctima afectadas.

⁷¹ Ilustrativo a este respecto, RÖNNAU/BECKER, «Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten», NStZ, 2016, pp. 569 ss.

⁷² Véase FD Décimo, pto. 1 (pp. 1197-1999). Este nuevo apartado se limita a resumir su argumentación previa, reiterando el vacío probatorio sobre ciertos aspectos que considera centrales, poniendo de resalto la prueba indiciaria que -según entiende- contradice la afirmación de que pudiese tenerse por probado el estado mental requerido en los acusados, y destacando la contradicción en que incurre el voto mayoritario al inferir, ante elementos indiciarios similares, la representación en algunos acusados y no en otros (al respecto, véase FD Décimo, pto. 2 [pp. 1199 ss.]).

requerida resultaba fuertemente debilitada. También así, a la asunción de tal riesgo por el voto mayoritario podría habersele opuesto su carácter meramente indiciario (y por tanto no concluyente), enfatizando -incluso adicionalmente- sobre la presencia de otros elementos de igual índole que daban cuenta del estado mental opuesto. Nada de ello ocurre. La totalidad de los indicios empleados se orientan a demostrar la ausencia de la representación requerida, pero en ningún momento se alude a la falta de un riesgo alto como elemento indiciario de la no representación por parte de los acusados.

Esta omisión permite descartar la hipótesis de este subapartado: el riesgo objetivo no es tomado como indicio de un estado mental. Pero, aun así, no se entiende el recurso a indicios que permitan inferir estados mentales, si el dolo eventual, ya conceptualmente, quedaría satisfecho con la verificación de una determinada cuantía objetiva de riesgo (en el caso presuntamente ausente). Nuevamente, una cosa es lo que el voto particular quiere decir, y otra lo que sus argumentos expresan.

5. Conclusiones

El voto particular presenta un problema de base: existe una clara discordancia entre cómo pretende resolver el caso (negando el dolo eventual) y lo que los argumentos utilizados implican (la negación del tipo objetivo de la malversación y, por tanto, la solución en un paso analíticamente previo). Conforme aquí se expone, el motivo de tal discordancia puede deberse a la coexistencia de dos modelos de responsabilidad excluyentes dentro del mismo voto: el de la imputación y el de la infracción de la norma.

Esta discordancia se repite con el empleo del método inferencial destinado a establecer la presencia o ausencia de estados mentales a través de indicios. Tanto el uso de este método como las referencias al carácter subjetivo del dolo son meramente nominales. Bajo los propios argumentos del voto particular, el concepto de dolo resulta enteramente objetivo, es decir, dependiente de una dimensión de riesgo objetivamente elevada. Su rechazo en el caso juzgado encuentra causa en que, a criterio de la minoría, tal grado de riesgo no ha sido acreditado. Con tal base, todas las referencias posteriores realizadas en el voto aparecen como superfluas.