

Dolo y consciencia actual

Una recapitulación a más de un siglo de advertido el problema

Sumario

-
Este trabajo aborda el problema de la actualidad de la consciencia como presupuesto del dolo, analizando su evolución histórica y adoptando una posición crítica respecto de la explicación que suele brindar la doctrina. En particular, se sostiene que este problema afecta a dos planos disímiles, no suficientemente identificados en el tratamiento habitual del tema: el de aquello a ser conocido durante el acto y el de aquello ya sabido al momento de actuar. Establecida tal diferencia, la propuesta que aquí se brinda no supone un cambio radical en cuanto a los resultados, pero sí una exposición más clara de por qué los casos problemáticos deben resolverse de tal manera. En particular, se sostiene que el presupuesto cognitivo del dolo no sólo se ve satisfecho con una consciencia actual de los elementos del tipo, sino también, en el caso de circunstancias ya sabidas, con una consciencia meramente actualizable; algo que, en el fondo, la doctrina dominante admite, pero intentando con la co-consciencia construir una ficcionada actualidad.

Abstract

-
This paper addresses the problem of occurrent awareness as a requirement for dolus, analyzing its historical evolution and adopting a critical stance regarding the explanation usually given by legal doctrine. In particular, it is argued that this issue affects two different levels that are not sufficiently identified in the standard treatment of the subject: that which is to be known during the act and that which is already known at the time of acting. Once this distinction is established, the proposal presented here does not involve a radical change in terms of results, but it does offer a much clearer explanation of why problematic cases should be resolved in such a manner. Specifically, it is maintained that the cognitive requirement of dolus is satisfied not only by an occurrent awareness of the elements of the offence, but also, in the case of previously known circumstances, by a merely actualizable awareness; something that, fundamentally, the dominant doctrine admits, though it attempts to construct a fictionalized occurrentness through the concept of co-consciousness.

Zusammenfassung

-
Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Problem des aktuellen Bewusstseins als Voraussetzung des Vorsatzes, analysiert dessen historische Entwicklung und nimmt eine kritische Haltung gegenüber der in der Lehre üblichen Erklärung ein. Insbesondere wird dargelegt, dass dieses Problem zwei unterschiedliche Ebenen betrifft, die in der standardmäßigen Behandlung des Themas nicht ausreichend differenziert werden: die Ebene dessen, was während der Tat erkannt werden muss, und die Ebene dessen, was zum Zeitpunkt der Tat bereits gewusst wird. Auf Grundlage dieser Unterscheidung schlägt die hier vorgestellte Position keine radikale Änderung der Ergebnisse vor, wohl aber eine klarere Darlegung dessen, warum problematische Fälle auf diese Weise gelöst werden müssen. Insbesondere wird die Auffassung vertreten, dass das kognitive Element des Vorsatzes nicht nur durch ein aktuelles Bewusstsein der Tatbestandsmerkmale erfüllt wird, sondern bei bereits bekannten Umständen auch durch ein bloß aktualisierbares Bewusstsein; ein Umstand, den die herrschende Lehre im Kern zwar anerkennt, jedoch mit dem Begriff des Mitbewusstseins eine fiktive Aktualität zu konstruieren versucht.

Title: *Dolus and Occurrent Awareness. Revisiting a Problem Identified Over a Century Ago.*

Titel: *Vorsatz und aktuelles Bewusstsein. Eine Rekapitulation mehr als ein Jahrhundert nach der ersten Erkenntnis des Problems.*

-

Palabras clave: *dolo, consciencia actual, co-consciencia, pensamiento intelectual-material, pensamiento intelectual-lingüístico.*

Keywords: *dolus, occurrent awareness, co-consciousness, thing-oriented thinking, linguistic thinking.*

Stichwörter: *Vorsatz, aktuelles Bewusstsein, Mitbewusstsein, Sachdenken, Sprachdenken.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.08

-

Recepción
05/11/2025

-

Aceptación
25/02/2026


-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. La consciencia actual como presupuesto y como problema para el dolor**
- 3. La actualidad de la consciencia: algunas propuestas de solución**
 - 3.1. La co-consciencia en PLATZGUMMER
 - 3.2. Un claro antecedente en v. WICK
 - 3.3. El pensamiento lingüístico y el pensamiento intelectual-material en SCHMIDHÄUSER
 - 3.4. Nada distinto a SCHMIDHÄUSER: el pensamiento gráfico en FRISCH y JAKOBS
- 4. La denominada co-consciencia y su ambiguo empleo en la habitual discusión doctrinal**
 - 4.1. ¿Co-consciencia intelectual-material? Un yerro común que debe ser disipado
 - 4.2. El origen del malentendido: la forma de acceso al objeto a ser conocido y la ubicación en consciencia de aquello ya sabido
- 5. Toma de posición: ubicación (al menos actualizable) del objeto sabido en consciencia y acceso (al menos gráfico) al objeto a conocer**
 - 5.1. Introducción
 - 5.2. El problema de la forma de acceso al objeto disponible para la cognición
 - a. Algunas reflexiones con ayuda de la Psicología
 - b. La consciencia gráfica y su extensión a las circunstancias situacionales y causales
 - c. Precisiones adicionales
 - d. Un mero esbozo: el problema de las acciones impulsivas
 - 5.3. El problema de la ubicación del objeto ya conocido a nivel de la consciencia
 - a. Lo sabido como dato no necesariamente referido al sujeto actuante
 - b. La renuncia a una consciencia actual como primera aproximación
 - c. ¿Sólo los saberes prácticos situacionales? Sobre la posible consideración de los saberes prácticos causales
 - d. La semántica de lo actual y las tesis fuerte y débil de la co-consciencia
 - e. Posibles objeciones desde el plano procesal
 - f. Lo actualizable como aspecto (también) conformador de una actuación consciente
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Hubo un tiempo en que la *actualidad* de la consciencia era un tema de interés para la dogmática del dolo. El punto de debate era su estricta necesidad, teniendo en cuenta que una actualidad meramente potencial solía ser vista como un desconocimiento excluyente del dolo. Eran aquellos, valga admitir, tiempos dorados para la academia; tiempos en que, lejos de eludir los problemas, se los discutía en sus más mínimos detalles. La respuesta que por entonces se halló fue, dicho de forma simple, “intermedia”. Ni una estricta consciencia actual, ni tampoco una mera potencialidad: la actualidad debía ser repensada, a fin de abarcar aquello que, quedando entre ambos polos, suscitaba dudas sobre la correcta solución del caso. En pocas palabras, para recoger aquel contenido que culminó identificándose como *co-consciente*.

Con el paso del tiempo, el interés en el tema fue poco a poco mermando hasta desaparecer. Ya no se encuentran textos destinados a abordarlo y cuando se lo menciona en obras de Parte General el margen que se le dedica es mínimo¹. Las razones para este desdén, hasta donde alcanzo a ver, son simples de explicar. Por un lado, ha sido esencial la idea –más implícita que explícita– de que los problemas de la actualidad de la consciencia quedan ya resueltos en el plano procesal, es decir, al reconstruirse el estado mental atribuible al sujeto. Por otro lado, también ha sido vital que la referida “solución intermedia” (léase: la que entiende que la *co-consciencia* es suficiente para el requisito de actualidad en el dolo) haya encontrado una buena acogida en la doctrina, consolidándose como una respuesta suficiente para dar por cerrado el debate.

Visto este panorama, podrá preguntarse el lector qué es lo que motiva la investigación que aquí presento. Y la respuesta al respecto es bastante simple: no los resultados, sino el proceso de fundamentación que hoy resulta dominante. Cuando lo que está en juego es si el sujeto ha tenido una consciencia actual de los elementos del tipo, las soluciones que la doctrina brinda, cabe admitir, son materialmente correctas. No obstante, no puede decirse lo mismo de los argumentos que emplea para arribar a ellas. La cuestión no es banal si se observa que detrás de este déficit quedan ocultas dos cuestiones de real interés dogmático. La primera es que, con su habitual y automático recurso a la *co-consciencia*, la doctrina pasa por alto que los casos que busca solucionar no son representativos de una, sino de dos estructuras disímiles, cada una de las cuales demanda un aparato teórico específico para su correcto tratamiento. En este sentido, el ámbito de aplicación de la idea de la *co-consciencia* es más restringido de lo que tiende a pensarse. La segunda cuestión, en cambio, consiste en que allí donde el recurso a una *co-consciencia* parece plausible, su utilidad, al fin de cuentas, resulta enteramente banal, pues se dirige a afirmar una ficcionada actualidad, en una estructura de casos en que su ausencia no debilitaría un ápice el presupuesto cognitivo del dolo. En esta renuncia parcial a una consciencia actual, que no implica sino una reconstrucción *más real* del concepto de dolo al uso, se refleja mi apartamiento de la doctrina dominante, pese a que, en la práctica, arribemos a soluciones similares.

Así pues, con el objetivo de ahondar en estos aspectos, el estudio que presento se estructura como sigue. El punto 2 busca aclarar el origen y significado de la consciencia actual como presupuesto del dolo, dando cuenta de por qué tal exigencia fue finalmente advertida como un

* Autor de contacto: Mauro Roccasalvo (mauro.roccasalvo@gmail.com). Agradezco al Profesor Peñaranda Ramos sus observaciones al borrador de este texto, así como a los evaluadores anónimos que promovieron su publicación. Mi reconocimiento también a los Profesores Molina Fernández y Feijóo Sánchez por sus comentarios sobre el tema durante mi paso por la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Entre las obras más modernas, una excepción puede hallarse en SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/88, 94 ss., quien retoma el tema sacándolo de su profundo letargo.

escollo para la dogmática dominante. El punto 3 es de carácter expositivo y procura acercar al lector las dos propuestas más relevantes dirigidas a superar este escollo. El punto 4, en cambio, se destina a comentar el estado de la cuestión en las últimas décadas, destacando cómo la merma en la discusión se debe a la incorrecta asimilación de estas propuestas (4.1), motivada, en última instancia, en no advertir que el objetivo de cada cual era resolver dos problemas cognitivos estructuralmente distintos (4.2). Allanao así el camino, el punto 5 consiste en una toma de posición sobre la necesidad de una consciencia actual en el dolo, desarrollada a partir de esta estricta separación de las estructuras de la cognición en juego (5.2 y 5.3). El punto 6, a modo de cierre, brinda un resumen de los aspectos principales de la investigación.

2. La consciencia *actual* como presupuesto y como problema para el dolo

Pasados más de dos siglos de intensa discusión, difícilmente pueda decirse que el recurso a lo volitivo, como suele sostenerse con total naturalidad, sea en efecto esencial para conceptualizar el dolo². La objeción, a decir verdad, puede admitirse o rechazarse, pero no cambia un ápice lo que irá a discutirse en esta investigación. En todo caso, el motivo por el que esta disputa es traída a colación es por aquello que notoria y “conscientemente” deja en pie: que la cognición, incluso para quienes demandan un elemento volitivo adicional, es un bien indisponible en la dogmática del dolo. Sobre este aspecto, más allá de algunas voces disidentes³, media en la doctrina un pleno acuerdo⁴. Delimitado entonces el ámbito de discusión, podemos pasar a lo que aquí interesa.

En las obras que directa o indirectamente abordan el tema, no es raro hallar la idea de que el elemento cognitivo del dolo supone una consciencia *actual* de los elementos del tipo⁵. La terminología puede causar perplejidad, pues no remite a uno de los temas más populares en la dogmática del dolo. Sin embargo, lo que con ella busca decirse es mucho más simple de lo que parece. Haciendo caso omiso a los matices que luego son introducidos, no otra cosa que lo siguiente: que el sujeto, al momento del acto jurídicamente relevante, debe *pensar en la circunstancia típica*, es decir, debe *poner su atención en ella*.

A decir verdad, el tema de la actualidad de la consciencia presenta unas raíces mucho más longevas de lo que tiende a pensarse. Los primeros en teorizar al respecto fueron v. WICK y FRANK, en trabajos que datan, respectivamente, de mediados del siglo XIX y principios del siglo XX. Sin embargo, lo interesante de sus trabajos es que, pese a ser fundacionales en el tema, no contienen un alegato favorable a una consciencia actual, sino una aguda crítica a la pertinencia de un requisito como tal en el dolo⁶. Los reparos opuestos por ambos autores, de todos modos, no tuvieron el efecto esperado en la doctrina. Las décadas siguientes, al menos hasta los años 60 del

² Críticos, RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 60 ss., 75 s., 157 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 12/79; GRECO, «Dolo sem vontade», en RAPOSO *et al.* (orgs.), *Lib. Am. de Sousa e Brito*, 2009, pp. 893 ss.; PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 15, nm. 24.

³ Contrarios a esta “dogmática” indisponibilidad del elemento cognitivo (¡y con razón!), PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia?», *En Letra*, (VI-11), 2021, pp. 113 ss.; RAGUÉS, *La ignorancia deliberada*, 2007, pp. 115 ss.

⁴ GRECO, «Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, p. 545.

⁵ En este sentido, aunque luego introduciendo matizaciones, entre otros, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 9.ª ed., 1959, § 59 II 5 (p. 323); WELZEL, *AT*, 11.ª ed., 1969, p. 65; OTTO, *Grundkurs*, 7.ª ed., 2004, 7/8; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/12; KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, 5/9, 98 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 53.ª ed., 2023, nm. 357; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 120, 122 s.; BACIGALUPO, *PG*, 2.ª ed., 1999, pp. 321 ss.; LUZÓN PEÑA, *PG*, 4.ª ed., 2025, 16/39; VOGEL/BÜLTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, Vor. §§ 15 ff., nm. 58; § 15, nm. 137; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Sch/Schr StGB*, 30.ª ed., 2019, § 15, nm. 51; RENGIER, *AT*, 14.ª ed., 2022, 14/51; JOECKS/KULHANEK, *MüKo-StGB*, t. I, 4.ª ed., 2020, § 16, nm. 77; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11.ª ed., 2022, p. 248.

⁶ Sobre las propuestas de ambos autores, véase los puntos 3.2, 5.2.b y 5.3.b.

siglo pasado, demuestran una clara tendencia a demandar esta especie de consciencia, sin incurrir por ello en mayores miramientos. Valgan al respecto algunos ejemplos.

Un pionero en este ámbito ha sido V. HIPPEL. En su planteamiento la cuestión aparece esbozada de forma simple: como el dolo debe manifestarse al momento del hecho y requiere la representación de todas las circunstancias del delito, nunca puede bastar con poseer conocimientos acerca de ellas, si al momento de actuar no se las piensa. En pocas palabras: el dolo requiere siempre y en todo caso una consciencia *real* de todas estas circunstancias⁷. La misma opinión se encuentra en BINDING, para quien las reservas presentadas por FRANK se sustentan en un completo equívoco acerca de los límites del dolo y la imprudencia. Si al momento del acto lo experimentado con anterioridad se desvanece hasta convertirse en algo ya no sabido, claramente debe dejar de contar a efectos del dolo⁸. Y una réplica similar puede hallarse en HEIMS, el cual acomete contra FRANK empleando un argumento muy característico de este último: el dolo presupone que se tenga un contramotivo para omitir la acción, y ello sólo sucede cuando se tiene en mente la concurrencia de la circunstancia típica. En este sentido, lo que no es objeto sino sólo parte del contenido de la consciencia, al no dar lugar a un contramotivo, simplemente puede fundamentar un reproche por imprudencia⁹.

WELZEL también hubo de defender esta idea, pese a morigerar su opinión con el tiempo. En varias ediciones de su tratado reputó insuficiente lo que caracterizó como un conocimiento potencial de las circunstancias típicas, es decir, el poder traerlas a consciencia. Para actuar de forma dolosa, el autor debe ser realmente consciente de ellas: debe representárselas, percibir las, pensarlas. Renunciar al presupuesto de la actualidad, por el contrario, tornaría ilusoria la distinción entre el dolo y la imprudencia¹⁰. Lo mismo puede hallarse en H. MAYER, quien destaca la necesidad de un conocimiento actualmente presente de las circunstancias típicas¹¹, o bien en MEZGER, para el cual el mero conocimiento de una circunstancia del hecho no puede ser equiparado a su *ser pensada* durante la acción, que es lo único que para el dolo interesa¹².

Esta exigencia, advertirá el lector, no resulta nada intrascendente para aquellas circunstancias que suelen ser obviadas al discutirse los presupuestos conceptuales del dolo. Lo habitual es que las teorizaciones –y así el entero debate entre doctrinas– centren su atención en el resultado como objeto de una cognición. ¿Pero qué sucede con los elementos situacionales, es decir, con aquellos que ya concurren al momento de la acción y, como tales, no dependen de la ejecución del comportamiento? Parece claro que si lo que se requiere es una consciencia *actual*, un *pensar* o *poner la atención* en ellos, serán estos elementos los principalmente afectados por una exigencia como la desarrollada, pues siempre seremos más proclives a reflexionar sobre las consecuencias futuras, en tanto pueden depender de nuestra conducta, que sobre circunstancias

⁷ V. HIPPEL, «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», en BIRKMEYER *et al.* (eds.), *Vergleichende Darstellung*, t. III, 1908, p. 523 (n. 2) [sin cursiva en el original].

⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II-II, 2.ª ed., 1916, p. 310 (n. 9). De todos modos, cabe admitir que el argumento de Binding va demasiado lejos cuando habla de aquello que se desvanece hasta «ya no ser algo sabido», pues el aspecto controvertido no radica en lo que ya no cuenta como objeto del saber, sino en lo no pensado u objeto de la atención, aun siendo sabido.

⁹ Véase HEIMS, «Zur Lehre vom Schuldbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (40), 1919, pp. 762 s., 764 (n. 22).

¹⁰ Así desde WELZEL, *AT*, 3.ª ed., 1954, p. 49; EL MISMO, *AT*, 6.ª ed., 1958, p. 60; EL MISMO, *AT*, 8.ª ed., 1963, p. 60. Compárese su posición en EL MISMO, *AT*, 11.ª ed., 1969, p. 65.

¹¹ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 117.

¹² Véase MEZGER, *AT*, 3.ª ed., 1949, pp. 303 s. (n. 1).

cuya presencia no se ve alterada por la ejecución o no de un acto. Unos simples ejemplos pueden hacer la problemática un poco más gráfica.

Caso del arma reglamentaria:

El oficial de policía Juan, teniendo su día libre, decide destinar su tarde a pasear por la ciudad. Al no estar en servicio, no lleva su uniforme, pero sí porta en cambio (y de forma visible) su pistola reglamentaria en su cintura. En determinado momento, agobiado por el calor de la tarde, ingresa a un comercio a fin de comprar un refresco. No obstante, al salir de él advierte que se halla ante una buena ocasión para obtener unos euros extra. No hay testigos, pues la calle se encuentra desolada, y el comercio está siendo atendido por una persona muy mayor, cuya movilidad y capacidad de resistencia es mínima. Así pues, ingresa nuevamente al lugar y elevando la voz le demanda al anciano la entrega del dinero de la caja. La víctima, asustada por la situación y observando que el ladrón lleva un arma en su cintura, omite cualquier objeción y entrega rápidamente lo requerido. A los pocos días del hecho, gracias a una cámara de video oculta en el lugar, Juan es arrestado y acusado de cometer un robo agravado por el uso de un arma de fuego (art. 242.3 CP). Al ejercer su defensa, declara que, ante lo repentino de su decisión de robar en el lugar, jamás tuvo en cuenta que portaba su arma reglamentaria en su cintura.

Caso de la agresión al padre:

En el marco de una discusión con su padre, Julia se enfurece y lo golpea, produciéndole lesiones que demandan tratamiento médico. Al ser acusada por lesiones agravadas por el parentesco (arts. 147.1 y 23 CP), Julia declara que al golpear a su padre nunca tuvo en consideración tal circunstancia.

Caso de la casa habitada:

Durante una caminata por su barrio, Alberto pasa por una vivienda cuya ventana da a la calle, a través de la cual, a simple vista, se observa un ordenador portátil dejado encima de una mesa. La ventana se encuentra enrejada, por lo que no es posible ingresar de ese modo. Alberto, sin embargo, no se da por vencido y decide forzar la puerta de entrada con una barreta que lleva en su mochila. De este modo accede a la vivienda, toma el ordenador, pero al salir se encuentra con un patrullero esperándolo, debido a que los vecinos habían advertido su ilegítimo ingreso al lugar. En sede judicial se lo acusa de un robo agravado por cometerse en casa habitada (art. 241.1 CP). No obstante, en su defensa señala Alberto que, aunque hoy entiende que la casa estaba habitada, al momento del hecho tal dato jamás pasó por su mente.

Caso de la menor sexualmente agredida:

Mariano, de 22 años, conoce a su vecina Marta, de sólo 12 años, desde que la menor era muy pequeña. Su relación con los padres de la niña es excelente, de forma que, en ocasiones, le abonan una suma de dinero para que la cuide por algunas horas. En los últimos meses, Mariano ha sentido cierta atracción por Marta, lo cual le hace pensar que la próxima vez que esté bajo su resguardo podría aprovechar para satisfacer su deseo. Y así lo hace, abalanzándose sobre ella, besándola en la boca y tocándole los senos. La resistencia de la menor, no obstante, lo hace desistir de continuar con el acto. Mariano es acusado de agresión sexual contra una persona menor de 16 años (art. 181.1 CP), pero al escuchar el relato de los hechos declara que, contrariamente a lo que se le imputa, durante el acto nunca tuvo en mente la concreta edad de Marta o su minoría de 16 años.

Los casos propuestos, aunque puedan parecer simples de resolver, reflejan la estructura de lo que la doctrina citada, al demandar una consciencia actual, tiene especialmente en cuenta. El *caso de la menor* suele ser enunciado como el ejemplo más paradigmático. En la 6ª edición de su tratado decía WELZEL que no actúa con dolo quien ni siquiera piensa que la persona abusada podría tener menos de 14 años (cfr. el actual § 176.1.1 StGB)¹³. Esta frase, para evitar yerros interpretativos, debe sin embargo ser tomada en su contexto. WELZEL se opone a la suficiencia de una mera

¹³ WELZEL, *AT*, 6.ª ed., 1958, p. 60.

potencialidad, pero por potencialidad, como surge de lo ya explicado, no se refiere a una creencia potencial, es decir, a una creencia que el autor no posee, pero podría poseer¹⁴, sino a una representación potencial¹⁵. Dicho de otro modo: a una creencia que es parte del acervo de conocimientos, pero al momento del acto no llega a activarse en consciencia. A modo de ejemplo: cuando se cree que una persona tiene determinada edad, pero tal circunstancia no es pensada al establecer un contacto con ella. La idea general puede resumirse en las palabras de H. MAYER: no basta con que el agente, alguna vez en el pasado, hubiese sabido la edad de la niña abusada¹⁶.

Desde el punto de vista práctico, estas conclusiones pueden impactar. Difícilmente se acepte hoy que un autor obre sin dolo respecto de circunstancias situacionales tan básicas. La cuestión a dilucidar, no obstante, es qué es lo que nos lleva a tan simple e intuitiva conclusión. Pues por muy rechazable que resulte la solución propuesta por la línea de pensamiento analizada, lo que no puede objetarse es su entera coherencia: el aspecto cognitivo del dolo requiere una consciencia actual de los elementos del tipo, y quien no la posee, quien no pone su atención o no piensa en ellos, simplemente los *desconoce*; ergo, no actúa de forma dolosa.

Por supuesto, en esta aproximación preliminar no faltará quien piense que estos obstáculos no son más que aparentes, pues pueden ser superados al reconstruir procesalmente el hecho adjudicable al sujeto. Dicho de otra manera, al delimitar el estado mental atribuible a su persona al ejecutar el comportamiento antinormativo. Algo más se verá en las próximas páginas, pero, a decir verdad, esta apreciación depende de cuánto queramos forzar el estándar de verdad perseguido en el proceso probatorio. ¿Estamos realmente dispuestos a afirmar que el agresor sexual piensa en la edad de la menor durante el acto, que la hija se dice a sí misma que está golpeando (no a otro que) a su padre, que el ladrón piensa en el carácter habitado de la casa en la que roba o que el policía tiene en mente que comete el robo con un arma? Si decimos que sí, muy probablemente no lo hagamos invocando una correspondencia con la realidad, sino conscientes de incursionar en un camino que no deja de ser peligroso: admitiendo que el derecho, por razones prácticas, se encuentra habilitado a crear ficciones probatorias¹⁷.

Como advertirá el lector, los ejemplos planteados nos dejan ante dos vías de solución. La primera es la recientemente objetada: recurrir a ficciones, atribuyendo al sujeto (pese a que en lo cotidiano diríamos lo contrario) una consciencia actual de las circunstancias en trato. La segunda, en cambio, supone tomar el toro por las astas y revisar el presupuesto de la actualidad, a fin de que los casos problemáticos arrojen resultados más cercanos a nuestras intuiciones de justicia. Esta última vía, vale destacar, fue la escogida por la doctrina a mediados del siglo pasado y es la que hoy –y ya desde hace décadas– se encuentra plenamente consolidada. Los apartados que siguen reproducen las propuestas que contribuyeron a esta consolidación, así como algún antecedente que no deja de ser de interés.

¹⁴ Así, por ejemplo, confundiendo en su exposición ambos planos (el de no poseer una creencia que se puede tener y el de no activar en consciencia una creencia que se tiene), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11.ª ed., 2022, p. 248.

¹⁵ En general, la idea de una representación es usada en este sentido: como una creencia que se activa en consciencia (y que sería sólo potencial –y entonces ya no una representación– si no llega a activarse en consciencia). Al respecto, véase PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 80.

¹⁶ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 117.

¹⁷ Y en este aspecto, la necesidad de resolver los casos claros no puede ser un argumento tranquilizador que nos lleve a posponer la teorización sobre los límites, hasta tanto la realidad nos vuelva a enfrentar a los casos difíciles.

3. La actualidad de la consciencia: algunas propuestas de solución

3.1. La co-consciencia en PLATZGUMMER

No ha sido otro que el problema delimitado el que, a mediados del siglo pasado, motivara a PLATZGUMMER a llevar adelante su investigación¹⁸. Una investigación a la que, sin importar si se comparten o no sus resultados, cabe asignar el mérito de haber sacado de la penumbra aquello apuntado por V. WICK y FRANK, y de intentar resolverlo introduciendo una perspectiva novedosa para la dogmática de su tiempo. Me refiero en concreto a la categoría de la *co-consciencia*.

La frase con la que PLATZGUMMER inaugura su estudio no es nada intrascendente para la dogmática del dolo: el «conocimiento» no sólo incluye la consciencia, sino también los recuerdos latentes, es decir, aquello de lo que sólo en potencia se es consciente. Dicho de otro modo, con tal expresión se designa todo lo que una vez fue consciente y podría volver a serlo, aunque en un preciso momento no lo sea¹⁹. La naturaleza psicológica de la discusión no debe asustar, pues el objetivo de PLATZGUMMER es simple: dilucidar *si* y *cómo* tal apreciación puede aprovecharse en la discusión sobre el dolo. Lo que este autor advirtió es que la exigencia de reflexión y atención, el pensar en ello (*Daran-Denken*) al que la doctrina de su época solía acudir, resultaba un estándar tan elevado que se volvía impracticable. Por un lado, demandar que el autor *piense* en las circunstancias típicas llevaría a descartar el dolo en un gran número de casos, lo cual político-criminalmente sería difícil de justificar. Los delincuentes más peligrosos –recuerda PLATZGUMMER– no acostumbran a reflexionar moralmente sobre sus actos. Por otro lado, incluso el pensamiento más fugaz suele faltar en los arrebatos emocionales y las reacciones instantáneas. Para el autor de un hecho delictivo, algunas de las circunstancias que la ley declara relevantes pueden tener tan poco peso psicológico que ni actuando tranquila y reflexivamente las tendría en cuenta, y menos aún si lo hace bajo la presión de una fuerte tensión impulsiva²⁰.

En todo caso, el dilema al que la doctrina tradicional conduce puede ser eludido mediante un análisis psicológico más detallado, es decir, distinguiendo *dos grupos* de circunstancias típicas imputables al querer del autor, pese a que al motivarse a la acción no las considere de forma explícita. Es en este marco que PLATZGUMMER introduce el concepto de co-consciencia, tomando como referencia los hallazgos de la psicología de la percepción y el *hecho de la co-consciencia* desarrollado por ROHRACHER²¹. Lo co-consciente, conforme señala, se caracteriza por la circunstancia de que, como tal, no es explícitamente consciente u objeto de la atención²². No obstante, se trata de un contenido de consciencia que, a pesar de no ser explícitamente atendido, junto con otro contenido de consciencia que sí lo es, resulta co-consciente y, de modo *implícitamente* necesario, también co-objeto de la atención. De esta manera, dice PLATZGUMMER, lo co-consciente puede ser también co-querido²³.

¹⁸ Sobre la propuesta de este autor, véase también, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 178 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 114 ss.; RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, p. 366.

¹⁹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 3.

²⁰ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 35, 82.

²¹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 83.

²² PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 92.

²³ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 83. Al iniciar la frase, Platzgummer no habla de contenido de consciencia sino de consciencia («se trata de una consciencia que...»). Aun así, el único sentido adjudicable a la frase es con referencia a tal contenido y no a la consciencia como forma de acercamiento al objeto. Ello es además compatible con oración final, donde sí alude a «lo co-consciente».

En lo que atañe al primer grupo de circunstancias imputables al querer, PLATZGUMMER destaca que los tipos penales suelen aludir a elementos que, además de un componente sensorialmente perceptible, también poseen un componente de significado. Ejemplos de ello serían la lesión corporal que se agrava al cometerse contra los padres biológicos o el hurto ejecutado en lugares destinados al culto religioso. En estos casos la consciencia de los elementos sensoriales no entra en cuestión porque el ser humano no puede sustraerse de las impresiones que recibe de su entorno bajo la forma de sensaciones. Sin embargo, sí cabe poner en duda que el significado de tales circunstancias sea explícitamente tenido en cuenta. Una persona que, tras una agitada discusión con su padre, pierde todo autocontrol y se vuelve violenta puede que no reflexione de forma expresa sobre el hecho de que la persona frente a él es su padre²⁴. En el mismo sentido, quien sabe con exactitud que el hijo del vecino del que sexualmente abusa sólo tiene trece años puede que al momento del hecho no repare en ello de forma explícita. No obstante, con respecto a estos significados y características suele afirmarse el dolo, y ello, dice PLATZGUMMER, con entera razón. Aunque el autor no considere estas circunstancias en particular, inevitablemente tendrá que co-considerarlas. Esto se desprende de la psicología de la percepción²⁵.

Conforme expone PLATZGUMMER, el ser humano no puede evitar clasificar las impresiones externas que llegan a sus órganos sensoriales. Es a partir de su conocimiento experiencial general que logra percepciones conducentes a la comprensión de los objetos del mundo exterior. Esta cualidad llega a tal punto que, en un adulto, las sensaciones desencadenadas por el estímulo externo apenas pueden ser experimentadas por separado. Así, todo aquello que por experiencias pasadas se sabe de un objeto, incluido su significado y el sentido que para el propio sujeto posee, es automáticamente “sentido” en él (léase: es incorporado a la representación final que se conforma a su respecto)²⁶. Tomando las palabras del psicólogo ROHRACHER, destaca entonces PLATZGUMMER²⁷ que es gracias a este fenómeno que logramos “ver” la dureza, el filo y la frialdad de la hoja de un cuchillo, pese a no haberla tocado. Mediante el proceso cognitivo de la representación, las sensaciones producidas por el estímulo son complementadas por la experiencia, haciendo posible que el complejo de sensaciones quede sintetizado en la “cosa” finalmente percibida. Lo esencial de este proceso es su carácter compulsivo: ya no puede percibirse aquello que el objeto –como mero conjunto de estímulos y sensaciones– en efecto es²⁸.

Este punto, dice PLATZGUMMER, no representa nada nuevo para la práctica jurídica. Sólo pone a la vista que los sujetos asumimos de forma sumaria las complejas circunstancias del hecho. En este sentido, rara vez se le pregunta a un ladrón si fue consciente del lugar en que cometió el robo²⁹. Y lo mismo sucede cuando el abusador sabe que la niña sólo tiene trece años. La percepción que tendrá de ella será en esta síntesis psicológica, que incluye tal saber, así como el conocimiento de su nombre, su origen, su aspecto, etc. Allí, ya no puede hablarse de un conocimiento potencial o inactual. Con ver a su víctima, el conocimiento de su edad se actualizará en consciencia de forma inmediata; será una parte inmanente a la percepción actual³⁰.

²⁴ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 83.

²⁵ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 84.

²⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 84.

²⁷ Véase PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 84.

²⁸ ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.ª ed., 1963, p. 114.

²⁹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 85 s.

³⁰ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 86 s.

A modo de resumen, en este primer grupo se trata de circunstancias referidas a significados, propiedades y relaciones de sentido que son inherentes a objetos sensorialmente perceptibles. En estos casos, la co-consciencia se fundamenta en que el conocimiento experiencial que el sujeto posee necesariamente se incorpora al acto de la percepción³¹.

El segundo grupo, en el que –dice PLATZGUMMER– la actualidad de la consciencia tampoco suele ponerse en duda, se compone de elementos del tipo que designan cualidades o deberes especiales más o menos permanentes del autor, o que apuntan a circunstancias generales del tiempo que tienen una significación vital para aquél. Todos ellos forman parte del acervo permanente de conocimientos de una persona, es decir, constituyen su saber concomitante permanente³².

De esta manera, recurriendo nuevamente a ROHRACHER, señala PLATZGUMMER³³ que nadie en su sano juicio duda de quién es, de su profesión o de cuestiones similares. Toda esta información está constantemente “co-presente” en la consciencia. No se la piensa, sino que es simplemente sabida en todo momento. Y si un sujeto es consultado al respecto, no necesita forzar la memoria para dar una respuesta, pues la información le está disponible al instante, a partir de su vivencia presente inmediata, es decir, sin una reflexión previa y sin los fenómenos característicos que ocurren al recordar algo. Con ello quedaría demostrada la existencia de estos contenidos que, por ser co-conscientes, no requieren ser recordados. En este último aspecto, la diferencia sería sutil pero relevante. Quien es consultado sobre sus actividades anteayer por la noche debe pensar largamente para dar una respuesta. Sin embargo, aquél al que se le pregunta quién es, dónde vive y a qué se dedica actualmente no necesita esforzarse para responder. Toda esta información le es co-consciente: sólo precisa formular con palabras aquello que, aun sin tal recurso, resulta consciente de forma concomitante. Lo co-consciente –dice ROHRACHER– es lo psíquico no sujeto a la atención, y no sujeto a la atención por estar siempre presente. Constituye el acervo de contenidos de la consciencia que resulta indispensable para la vida práctica cotidiana, así como para cualquier trabajo de carácter teórico³⁴.

Como advertirá el lector, el interés de PLATZGUMMER en estos desarrollos no podía ser más que obvio, pues la co-consciencia en ROHRACHER, además de los objetivos preconcebidos y actitudes que controlan el comportamiento de la persona, comprende también aquello que es de pleno interés para el dolo. Si los tipos delictivos suelen referirse a circunstancias de la vida que nos son familiares en todo momento, esta teoría viene al rescate hablándonos de un acervo de contenidos que siempre está presente en la consciencia, debido a su significado constante o relativamente constante para la personalidad y vida del sujeto. Es siguiendo esta línea que PLATZGUMMER no duda al sostener que el funcionario infiel, al sustraer el dinero del erario público, posiblemente no evoque en su mente su cualidad y especial deber de probidad. La cuestión, de todos modos, sería intrascendente, pues tales circunstancias las tendría presentes en todo momento. Al pensarse a sí mismo como quien aliviará sus necesidades recurriendo a la caja pública, de forma implícita integrará en el pensamiento las cualidades constituyentes de ese yo³⁵. Y lo mismo sucede con otras circunstancias que presentan un significado similar para la vivencia del autor, como las referencias a «en tiempo de guerra» o «en tiempo de paz» que realizan ciertos delitos

³¹ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 87.

³² PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 87.

³³ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 87 s.

³⁴ ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.ª ed., 1963, pp. 52 s.

³⁵ Véase PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 88 s., donde, entre ejemplos, destaca la relevancia de este aporte teórico para el segmento de circunstancias en trato.

militares. Un soldado no sólo es siempre consciente de su obligación de servicio y su condición, sino a su vez de estas circunstancias ligadas a la situación de su país. En tales casos también existe una especial proximidad a la consciencia, pues el autor cuenta con ello de forma constante, aunque no lo tematice de forma explícita³⁶. Por tanto, dice PLATZGUMMER, no se trata de un «conocimiento inactual», sino de un contenido vivencial implícitamente consciente. Lo que sí cabe exigir es la prueba de que tal conocimiento o saber en efecto se tiene³⁷.

A modo de resumen, para PLATZGUMMER ambos grupos de circunstancias se ven abarcados por una consciencia real, pues aluden a un contenido vivencial que el sujeto necesariamente concibe, sea como una cualidad de su yo o del objeto, o como una modalidad del tiempo y del espacio³⁸. Puede decirse que, al menos en lo terminológico, su posición ha sido ampliamente seguida por la doctrina. Sin embargo, como se verá más adelante, en esta adhesión su propuesta ha sido generalmente confundida con la que en cambio presentara SCHMIDHÄUSER.

3.2. Un claro antecedente en v. WICK

Un dato que por razones de justicia debe aquí anexarse es que, a decir verdad, el punto de interés de PLATZGUMMER ya había sido observado por v. WICK poco más de un siglo antes. Este autor presentó serios reparos a que una *representación clara*, tal como era requerida para el dolo en su momento, debiese entenderse como aquella de la que se ocupa el pensamiento al instante de realizarse un acto. Como bien destaca, toda persona tiene representaciones a las que no cabe negar su claridad, pese a que al actuar no piense en ellas. Por ejemplo, durante su labor, artistas y artesanos piensan menos en las reglas de su arte cuanto más a fondo las conocen³⁹.

Así pues, propone v. WICK distinguir entre elementos *permanentes* y *variables* de la consciencia, señalando que, si bien no es posible trazar un límite definitivo al respecto, su clasificación encuentra fundamento en la naturaleza de nuestra mente y resulta de utilidad para la teorización sobre el dolo. De los elementos *permanentes* –dice v. WICK– somos conscientes aun sin pensar en ellos. De este modo, no requieren ser traídos a la mente para que el comportamiento resulte doloso. En este sentido, el funcionario que comete un hecho contrario a su condición no puede excusarse alegando que al hacerlo no tenía en mente que estaba en funciones. Lo mismo sucede con el marido que comete adulterio y afirma no haber estado pensando en su condición de casado. En ambos casos se infringe el deber de forma dolosa, porque relaciones vitales tan esenciales forman parte de los elementos *permanentes* de la consciencia de toda persona mentalmente sana. Relaciones como tales no pueden desaparecer u oscurecerse, sin que también quede afectada la claridad de la consciencia, es decir, sin que la persona pase a hallarse en un estado de enajenación⁴⁰. Puede observarse que entre PLATZGUMMER y v. WICK no sólo media un interés coincidente. La propuesta de este último y las circunstancias a las que alude guardan una gran similitud con lo que PLATZGUMMER identifica como el segundo grupo de elementos, es decir, aquél compuesto por el acervo de saberes permanentes que durante el acto operan de modo co-consciente. Hasta donde alcanzo a ver, sin embargo, PLATZGUMMER no cita a v. WICK en su obra.

³⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 90 s.

³⁷ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 90.

³⁸ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 91 s.

³⁹ v. WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *Archiv des Criminalrechts*, (4), 1857, p. 611.

⁴⁰ v. WICK, *ACR*, (4), 1857, pp. 612 s.

Los elementos que v. WICK denomina *variables* también presentan cierta coincidencia con las circunstancias que PLATZGUMMER ubica en el primer grupo, o al menos la presentan en lo que atañe a su distinción de aquellas que remiten al propio sujeto. En este aspecto, no obstante, las posiciones se separan porque en tales elementos v. WICK no busca una forma de actualidad, como sí en cambio hace PLATZGUMMER aludiendo a una co-consciencia condicionada por la percepción. Para v. WICK, en tanto nuestro pensamiento no se encuentre ocupado en ellos, los elementos *variables* pueden considerarse ausentes de la consciencia. De este modo, para el dolo siempre se exigiría que sean tenidos en mente. Quien toma una pistola y dispara a alguien puede al menos excusarse diciendo que no recordaba haberla cargado el día anterior. En tal supuesto, señala v. WICK, deberá excluirse el dolo siempre que su declaración no sea contradicha por las circunstancias⁴¹. Cómo respondería PLATZGUMMER a este caso y, más concretamente, si a su entender la percepción del arma habría de condicionar en consciencia el recuerdo de haberla cargado, es algo que, por supuesto, no puede aquí dilucidarse.

3.3. El pensamiento lingüístico y el pensamiento intelectual-material en SCHMIDHÄUSER

Por oposición a PLATZGUMMER, SCHMIDHÄUSER no nos habla de co-consciencia⁴². A decir verdad, incluso se pronuncia en contra de tal expresión y de lo que su empleo supondría⁴³. Su interés se dirige a demostrar que hay procesos cognitivos que, pese a no ser reflexivos, resultan igualmente conscientes y con ello *actuales*. Por supuesto, que SCHMIDHÄUSER requiera para el dolo el conocimiento de la antijuridicidad⁴⁴ y oriente su investigación en tal sentido, no cambia un ápice la utilidad de su planteamiento. Como declara de forma expresa, sus conclusiones son metodológicamente aplicables al conocimiento de las circunstancias constitutivas del tipo⁴⁵.

A juicio de SCHMIDHÄUSER, el presupuesto de una consciencia *actual*, aunque es habitualmente requerido, no resulta tan claro en todos los supuestos en que se impone una pena por un delito doloso. A modo de ejemplo recurre al caso de quien, en el marco de una discusión, percibe como un insulto el comentario burlón del otro y responde de inmediato golpeándolo con una fuerte bofetada. Si el autor alega que actuó de forma tan espontánea que ni siquiera pensó que su comportamiento causara dolor y constituyera un maltrato, es decir, que antes de tener tiempo de pensarlo ya había abofeteado a la víctima, ningún tribunal hallará en ello un problema probatorio, disponiendo su absolucón por el delito doloso. A lo sumo recurrirá a una pericia para determinar si al actuar su consciencia pudo verse afectada, y en caso de descartarlo no desarrollará una nueva teoría según la cual la consciencia actual no es necesaria para el dolo. Simplemente entenderá que aquél fue consciente de las circunstancias del hecho, en particular de la violencia y del carácter doloroso del golpe, siendo ello suficiente para la comisión dolosa⁴⁶. A este respecto, SCHMIDHÄUSER trae a colación lo apuntado por SCHÖNKE y SCHRÖDER en su

⁴¹ v. WICK, *ACR*, (4), 1857, pp. 612 s.

⁴² A todo evento, en su escrito inaugural sobre el tema sólo realiza una breve referencia a pie de página (*vid.* SCHMIDHÄUSER, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS/NAUCKE (eds.), *FS H. Mayer*, 1966, p. 327 [n. 21]), donde admite asumir las conclusiones de la Psicología asociativa y de la percepción traídas a la discusión por Platzgummer, aunque aclarando la necesidad de tener en cuenta no sólo los procesos mentales, sino también los contenidos lingüístico-intelectuales co-implicado en ellos.

⁴³ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/67. Sobre sus reflexiones al respecto, remito al lector al punto 4.1 del presente trabajo.

⁴⁴ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/36.

⁴⁵ Al respecto, véase SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 322.

⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 322 s.

comentario al Código penal alemán⁴⁷: la exigencia de una consciencia actual no debe ser sobrecargada, pues para el dolo no se requiere reflexionar sobre las circunstancias típicas; basta con que, al ser reconocidas, puedan resultar eficaces para la formación de la voluntad⁴⁸.

En todo caso, como indica SCHMIDHÄUSER, una reproducción paso a paso del pensamiento del autor, aunque enteramente concebible como preludeo a una acción, sólo resulta practicable si aquél mantuvo una conversación consigo mismo acerca del estímulo externo, su sentido y cómo reaccionar al respecto. Pero en el ejemplo de la bofetada no hubo siquiera tiempo para tal plática, ya que el autor experimentó el suceso y simplemente reaccionó con un golpe⁴⁹. La forma del pensamiento que en general se toma como presupuesto para la consciencia de un hecho resulta a menudo distorsionada por la discusión acerca de su contenido, al punto de surgir la falsa impresión de que la persona reflexiona sobre sus pensamientos. No obstante, a juicio de SCHMIDHÄUSER debe prestarse atención a la rapidez con la que nos representamos una situación y la velocidad con la que podemos reaccionar previendo incluso de forma correcta aquello esperado. En estos casos, la forma del pensamiento es totalmente diferente: no pensamos con los medios del lenguaje, sino directamente orientados hacia el objeto⁵⁰. En palabras del propio SCHMIDHÄUSER: «no siempre pensamos como se habla, sino que a menudo pensamos como sólo se puede pensar y no también hablar, es decir, directamente orientados a las cosas que hemos llegado a conocer a través del lenguaje y sus conceptos, y que hemos puesto a disposición de nuestro pensamiento, pero que ahora podemos tener presentes en consciencia incluso sin intermediación del lenguaje»⁵¹. Aprendemos las cosas del mundo real e imaginario a través del lenguaje, pero una vez que las llegamos a conocer, ya no necesitamos del lenguaje para dar significado a las cosas, a menos que queramos comunicar a otro aquello que hemos significado⁵². A juicio de SCHMIDHÄUSER, nuestra ciencia debe mantener esta diferencia que la Psicología del Lenguaje ensaya entre el pensamiento basado en el objeto (*Sachdenken*) y el pensamiento basado en el lenguaje (*Sprachdenken*)⁵³, pues sólo reconociendo el fenómeno que implica el primero se entiende que en supuestos de rápida comisión los tribunales suelen afirmar que el autor tenía consciencia del hecho pese a declarar no haber pensado en nada⁵⁴.

La descripción que este autor ensaya sobre ambos conceptos es bastante ilustrativa. Por *pensamiento basado en el objeto* ha de entenderse la relación de significado que, libre del lenguaje, establecemos con la cosa misma. Dicho de otra manera, aquella que tiene lugar en la experiencia directa con las cosas, a partir de una suerte de memoria gráfica que lleva el objeto, originariamente experimentado a través del lenguaje, al ámbito del pensamiento libre de este último. Este tipo de pensamiento, dice SCHMIDHÄUSER, es más rápido que el sustentado en el lenguaje. A veces parece no necesitar del tiempo, pues en un abrir y cerrar de ojos tanto se presenta como concluye, comprendiendo cosas concretas y enteras relaciones materiales. Es increíblemente exhaustivo y capaz de realizar de una sola vez lo que el pensamiento basado en el lenguaje sólo puede llevar a cabo en una secuencia sucesiva. Por ejemplo, en función de la

⁴⁷ SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 11.ª ed., 1963, § 59/14.

⁴⁸ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 323 (n. 15).

⁴⁹ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 324.

⁵⁰ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

⁵¹ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 325.

⁵² SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 326; también EL MISMO, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66: aquello que ya hemos comprendido podemos en gran medida pensarlo sin necesidad del lenguaje.

⁵³ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 325.

⁵⁴ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

riqueza de los conceptos que poseemos, al ingresar por primera vez a la sala de estar de otra persona, no sólo percibimos al instante una abundancia de hechos, sino también el espíritu de la familia que habita el lugar. Y basta con pensar en el tráfico rodado para entender que reaccionar con rapidez en situaciones sorprendidas sólo resulta posible a través de un pensamiento intelectual-material (*sachgedanklich*). De este modo, un tribunal tendrá razón al afirmar una consciencia actual y asumir el dolo en el *caso de la bofetada*, pues la consciencia intelectual-material de las circunstancias del hecho es también una consciencia *actual*⁵⁵. En todo caso, el juzgador deberá estar convencido de que por tal vía el autor ha comprendido la situación presente, su acción futura y los efectos esperados de ella en sus rasgos esenciales⁵⁶. Por oposición a lo anterior, el *pensamiento basado en el lenguaje* es aquél que tiene lugar cuando el sujeto pensante habla, sea consigo mismo o con un tercero. En este sentido, hablar con sí mismo en silencio también es pensamiento basado en el lenguaje. Para pensar, sólo precisamos del lenguaje cuando no contamos con la cosa en términos del pensamiento basado en el objeto⁵⁷.

Como destaca SCHMIDHÄUSER, la especial dificultad en los procesos penales radica en que cualquier discusión sobre los pensamientos del autor sólo puede practicarse a través del lenguaje. Ello lleva a que, teniendo que ser transmitida bajo la forma del pensamiento intelectual-lingüístico (*sprachgedanklich*), la esencia del pensamiento intelectual-material quede inmediatamente falseada⁵⁸. Aun así, dice SCHMIDHÄUSER, el esfuerzo no es en vano. El fruto de reconocer la existencia de un pensamiento de este tipo ha de hallarse en que con ello se registran de forma correcta los fenómenos reales de la consciencia y se posibilita una sanción justa⁵⁹.

Resumiendo esta propuesta, para el dolo la consciencia del hecho no debe ser necesariamente intelectual-lingüística, es decir, ubicarse a nivel del pensamiento hablado, suponiendo una reflexión punto por punto sobre la situación y las implicaciones del comportamiento. Basta con una consciencia intelectual-material, que capte en un instante la situación de hecho, la posibilidad de la acción y sus efectos previsibles⁶⁰. Siguiendo tal línea, el autor puede representarse el hecho de forma fugaz, sin que ello deje de ser característico de una consciencia *actual* y, por tanto, compatible con el presupuesto cognitivo del dolo⁶¹.

3.4. Nada distinto a SCHMIDHÄUSER: el *pensamiento gráfico* en FRISCH y JAKOBS

No es necesario detenerse aquí demasiado, sobre todo por las similitudes ya enunciadas en el título de este apartado. No obstante, la propuesta de FRISCH merece ser destacada por el aporte adicional que realiza al analizar la cuestión desde una perspectiva funcional. En lo material, la línea que esboza es similar a la de SCHMIDHÄUSER. Conforme señala, sólo a una parte de nuestro comportamiento subyacen representaciones revestidas por el lenguaje. La porción restante supone una comprensión en consciencia en la que los hechos se registran como una impresión, es decir, como una *mera imagen*. De lo que esta última comprensión carece es de una categorización en el entramado del lenguaje. Sin embargo, dice FRISCH, tal circunstancia no

⁵⁵ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 326 s.

⁵⁶ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 327; EL MISMO, *Einführung in das Strafrecht*, 2.ª ed., 1984, p. 201.

⁵⁷ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 326.

⁵⁸ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66; a su vez en EL MISMO, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 324 s., 327.

⁵⁹ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/67 (n. 32).

⁶⁰ SCHMIDHÄUSER, *Einführung in das Strafrecht*, 2.ª ed., 1984, p. 201; EL MISMO, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/65; EL MISMO, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 327, 331.

⁶¹ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/65.

implica que deje de presentarse un advertir (*Bemerken*) lingüísticamente no estructurado o gráfico (*bildhaft*), o, en lo que respecta a sucesos futuros, una representación gráfica, es decir, aquello que a diferencia de la representación precisada por el lenguaje suele ser identificado con un pensamiento basado en el objeto. Esta comprensión o representación gráfica, este mero advertir lo que luego puede ser lingüísticamente formulado, desde un prisma funcional es suficiente para el dolo, pues por regla nos sitúa en un estado de *capacidad de evitación* comparable al que ostenta quien tiene una representación mediada por el lenguaje⁶².

También para JAKOBS una consciencia actual puede presentarse en términos gráficos. El punto no supondría un problema mayor, ya que el elemento cognitivo del dolo no requiere una consciencia –conforme indica– conceptual, es decir, aquella que SCHMIDHÄUSER caracteriza como sustentada en el lenguaje⁶³. No obstante, a diferencia de lo que sucede con FRISCH, la exposición de JAKOBS deja ciertas dudas sobre si asume o no una real separación entre las tesis de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, y ello se debe a que las explica como orientadas a un mismo objetivo y culmina afirmando que la solución al problema sólo puede hallarse recurriendo al denominador común que estas propuestas presentan⁶⁴. Sea como fuere, toda posible identidad debe ser de plano rechazada. A desentrañar las diferencias se destinará el punto que sigue.

4. La denominada *co-consciencia* y su ambiguo empleo en la habitual discusión doctrinal

4.1. ¿*Co-consciencia* intelectual-material? Un yerro común que debe ser disipado

Como queda claro de la exposición anterior, ni PLATZGUMMER ni SCHMIDHÄUSER han ahorrado esfuerzos al abordar el problema de la actualidad de la consciencia. Ambos han procurado dar cuenta de que para la afirmación del dolo no se requiere de un pensar reflexivo en cada una de las circunstancias típicas. No obstante, si en la discusión dogmática una expresión ha logrado imponerse, difícilmente quepa negar que ella ha sido la de la *co-consciencia* introducida por PLATZGUMMER. Podrá o no concordarse con su capacidad de rendimiento, es decir, con si resulta el vocablo más adecuado para captar la totalidad de lo desarrollado en los anteriores puntos, pero en todo caso una cuestión surge evidente: cuando en el debate doctrinal se la emplea, ello ocurre bajo la idea de que las propuestas de ambos autores presentan un núcleo temático común; de otro modo, mal podría quedar resumido en un mismo rótulo.

Ahora bien, ¿es esto correcto? ¿Corresponde asumir tal identidad? Dejando de lado la intuición derivada del uso de una misma palabra, corresponde destacar que si hay algo que sobresale en las exposiciones generales sobre el tema es el casi nulo abordaje de las relaciones y posibles diferencias entre lo que PLATZGUMMER denomina *co-consciencia* y el tratamiento que SCHMIDHÄUSER brinda a la consciencia intelectual-material o gráfica. No es mi intención profundizar sobre aspectos propios de la Psicología. No obstante, sí me propongo delimitar el uso que en el ámbito dogmático debería darse a ciertas expresiones, a fin de ordenar la discusión y evitar malentendidos. Sólo de este modo podrá salir a la luz cierta falacia con la que convive la dogmática al hablar de *actualidad* en materia de dolo.

⁶² FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 176 s.

⁶³ JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 8/12 s.

⁶⁴ JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 8/11 s.

Quien sí ha procurado comparar el pensamiento de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER ha sido sin dudas RUDOLPHI. Según este autor, ambas propuestas han de entenderse coincidentes, pues el concepto de *consciencia intelectual-material* no describe una *forma* especial de consciencia distinta de la *co-consciencia*, sino propiamente su contenido mental, es decir, el *contenido* intelectual-material de la *co-consciencia*⁶⁵. Correcta o no, esta premisa parece haber sido lo suficientemente convincente como para guiar la mayoría de las exposiciones sobre el tema, donde se verifican dos características particulares. Por un lado, el empleo genérico de la expresión *co-consciencia*. Por el otro, el entrelazamiento de la terminología de ambas propuestas al intentar brindar mayores precisiones al respecto. Esto último ocurre, por ejemplo, mediante el uso alternativo o sinónimo de los vocablos *consciencia* (o *conocimiento*) *concomitante* y *consciencia intelectual-material*. Y también cuando, además de lo anterior, ambos términos suelen combinarse en lo que culmina rotulándose como una *co-consciencia intelectual-material*⁶⁶. El propio SCHMIDHÄUSER ha lamentado que tal expresión se haya tornado habitual en la literatura penal. A su entender, con ella se anudan cuestiones disímiles, de una manera tal que no se hace justicia a lo que realmente se quiere expresar⁶⁷.

Además de este uso alternativo o combinado de la terminología, hay una tercera forma en que se refleja la asumida identidad material entre ambas propuestas: el empleo de la denominación escogida por uno de los autores y la explicación propuesta por el otro. En nuestras latitudes, especialmente representativo de esta práctica resulta un precedente de los años 80, en el que el TS procura señalar que una consciencia intelectual-lingüística no es necesaria a los fines del dolo. Condenado el autor por la portación de un arma de fuego con numeración suprimida, la defensa había alegado que aquél, a pesar de ser consciente de portar el arma, desconocía tal característica en la misma. Al rechazar este argumento, el TS manifestó que para el dolo no se requiere un conocimiento reflexivo. Basta con aquél que la doctrina caracteriza como una «consciencia acompañante o co-consciencia», la cual ya es eficaz para conformar la voluntad si resulta concomitante a la imagen que el autor tiene del hecho. Así pues, la conclusión del TS es la siguiente: quien tuvo en su poder y manipuló un arma, seguramente haya sido consciente de portar un arma carente de numeración, aun cuando durante el transcurso de tal tenencia no fijase su atención de forma reflexiva y constante sobre aquella circunstancia⁶⁸. Resulta evidente que el TS, siguiendo la exposición de SCHMIDHÄUSER, resuelve el caso admitiendo que para el dolo es suficiente una consciencia intelectual-material referida al objeto. No obstante, no menos obvio es que, a fin de caracterizar tal tipo de consciencia, en la sentencia se emplea la terminología introducida por PLATZGUMMER. Más propiamente, aquella que este autor utiliza para aludir al segundo grupo de circunstancias típicas imputables a la voluntad: las que remiten al saber concomitante permanente. En la obra de BACIGALUPO, ponente de la sentencia comentada, puede advertirse el mismo intercambio entre una posición y otra. Luego de relatar una situación

⁶⁵ Véase, RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein*, 1969, p. 155; también EL MISMO, *SK-StGB*, t. I, 5.ª ed., 1989, § 16, nm. 24. En virtud de la comparación que realizan de ambos autores o bien de su cita conjunta, también parecen asumir tal premisa ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/123 s.; KÖHLER, M., *AT*, 1997, p. 166; EL MISMO, «Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, pp. 289 s.; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 60-62; VOGEL/BÜLTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, § 15, nm. 138 s.

⁶⁶ Característicos del primer yerro, WELZEL, *AT*, 11.ª ed., 1969, p. 65; KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, 5/98 ss. Incurriendo sin embargo en ambos, RUDOLPHI/STEIN, *SK-StGB*, t. I, 8.ª ed., 2012, § 16, nm. 24; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 53.ª ed., 2023, nm. 357; VOGEL/BÜLTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, Vor. §§ 15 ff., nm. 58; § 15, nm. 138; RENGIER, *AT*, 14.ª ed., 2022, 14/51; STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Sch/Schr StGB*, 30.ª ed., 2019, § 15, nm. 51, 52; JOECKS/KULHANEK, *MiKo-StGB*, t. I, 4.ª ed., 2020, § 16, nm. 78. También se habla de una *co-consciencia intelectual-material* en BGH 3 StR 162/13, de 22/11/2013, nm. 8; BGH 4 StR 362/15, de 14/07/2016, nm. 27.

⁶⁷ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

⁶⁸ STS, Penal, de 30 de enero 1989 (ECLI:ES:TS:1989:482), FD 1.

estructuralmente similar vinculada al concepto de «casa habitada», destaca que para tal forma de conocimiento se ha impuesto el nombre de *co-consciencia* o *consciencia acompañante*, cuyo desarrollo se debe a PLATZGUMMER⁶⁹. Sin embargo, parece claro que lo relevante es si media o no una consciencia (al menos) intelectual-material con respecto al carácter habitado de la casa.

Naturalmente, en estos supuestos la situación no habría de ser problemática si los planteamientos de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, pese a acudir a expresiones disímiles, resultasen en lo material coincidentes. El problema, justamente, radica en que no lo son. El párrafo anterior puede haber dejado al lector con ciertas dudas, pues, si el ojo es puesto en la *co-consciencia concomitante permanente*, resulta evidente que PLATZGUMMER procuró restringir esta categoría al conocimiento de circunstancias típicas vinculadas al propio sujeto o que directamente afectan a su persona. Dicho de otro modo, difícilmente pueda aludirse con ella al conocimiento del estado del arma o del carácter habitado de la casa, para lo cual, en cambio, la propuesta de SCHMIDHÄUSER sí presenta plena operatividad. Que tampoco la categoría de la *co-consciencia condicionada por la percepción* resulta en este ámbito de utilidad es algo que podrá verificarse a la brevedad. Por ello, no puede extrañar que, contrariamente a la interpretación dominante, cierto sector de la doctrina haya calificado la identificación como incorrecta, señalando que sendos planteamientos se orientan a objetivos diferentes⁷⁰. No cabe más que validar tal apreciación.

4.2. El origen del malentendido: la forma de acceso al objeto a ser conocido y la ubicación en consciencia de aquello ya sabido

El punto aparece ya implícito en la exposición del pensamiento de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, pero para eludir cualquier duda tal vez sea mejor dedicarle un apartado especial. Lo que resulta de interés destacar es lo siguiente: *aquello que la doctrina tiende a reunir bajo la idea de una co-consciencia, a decir verdad, concentra dos cuestiones de la cognición estructuralmente distintas, las que, en aras a una mejor comprensión de la actualidad requerida para el dolo, deben ser por fin sacadas a la luz*. Para decirlo de forma simple, mientras que SCHMIDHÄUSER ha buscado aclarar la forma en que accedemos a un objeto disponible a la cognición cuando realizamos una acción típica, PLATZGUMMER ha dirigido su atención a la ubicación en consciencia de un objeto ya conocido al momento de tal realización. Y aunque siguiendo la terminología al uso pudiese hablarse de acceso “co-consciente” al objeto y ubicación del objeto en la “co-consciencia”, tal empleo de palabras no cambiaría el hecho de que se trata de dos cosas distintas. *La primera apunta a cómo es que cognitivamente se procesa un dato al conocerlo, mientras que la segunda pretende aclarar a qué nivel de la consciencia se ubica un dato ya sabido (léase: en alguna oportunidad procesado por vez primera⁷¹) cuando nos disponemos a actuar*. No en vano PLATZGUMMER, incluso en la categoría ligada a la *co-consciencia condicionada por la percepción*⁷², emplea ejemplos en los que el autor efectivamente sabe la edad de la víctima o que aquél al que agrede es su padre, aunque al momento del hecho no reflexione sobre ello. En ambas categorías con las que trabaja, no se trata de un nuevo conocimiento adquirido al realizar un acto, sino de un dato previamente conocido que, al momento de la acción, es de algún modo traído a la consciencia.

⁶⁹ BACIGALUPO, PG, 2.ª ed., 1999, pp. 322 s.

⁷⁰ Rechazando tal coincidencia, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 118 s. (véase además el tratamiento diferenciado que realiza en pp. 110 ss.); también, SILVA SÁNCHEZ, «Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (44-1), 1991, p. 20.

⁷¹ En este sentido, SCHÜTZ, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Wert*, 1932, p. 82.

⁷² Es decir, también en la categoría no vinculada a circunstancias que el sujeto carga consigo por ser inherentes o afectar a su persona, como ocurre en lo que Platzgummer caracteriza como el *saber concomitante permanente*.

Aun así, sería posible caer en la tentación de querer hallar un vínculo entre esta primera categoría de PLATZGUMMER y la consciencia intelectivo-material propuesta por SCHMIDHÄUSER. Si ello ocurre, y así parece verificarse en la posición dominante, cabe conceder que en parte se debe a ciertas reflexiones que ambos autores, de forma poco consecuyente, esbozan al exponer cada uno su propuesta. Veamos dónde se verifican estas inconsistencias.

Por ejemplo, puede generar malentendidos que PLATZGUMMER incluya en la *co-consciencia condicionada por la percepción* tanto los casos ya señalados como el del hurto en un lugar especialmente protegido⁷³. Ya a primera vista parece claro que entre tales casos y este último media una diferencia estructural. En los primeros se deja asentado (y de forma expresa) que el sujeto conoce la edad de la niña abusada⁷⁴ o sabe que aquél al que ataca es su padre⁷⁵. La situación es disímil en el último ejemplo, donde la diferencia estructural sólo puede ser salvada asumiendo una circunstancia no aclarada en la exposición del caso: que el sujeto *sabe*, debido a una experiencia anterior, que *ese concreto lugar* presenta las características requeridas. Bajo tal hipótesis, el planteamiento de PLATZGUMMER resulta perfectamente coherente, quedando además clara su diferencia con respecto al de SCHMIDHÄUSER. Sin embargo, si se prescinde de esta asunción aclaratoria, el ejemplo bien puede entenderse como que el sujeto, a pesar de contar con el *concepto* del lugar en el que realiza el hurto, nunca lo ha aplicado a esa específica locación, de modo que, a diferencia de los supuestos anteriores, no ejecuta su acto *ya sabiendo* que el lugar presenta tales características. Si la intención de PLATZGUMMER fue orientar el caso en este sentido, su empleo da plena razón a la existencia de malentendidos, pues claramente excede el marco teórico al que pretende ceñirse su propuesta. En realidad, se trataría de un problema de acceso al objeto (a conocer) y no de cómo juega en consciencia un objeto ya sabido.

En este punto cabe introducir una diferencia que puede ser útil para culminar de precisar los planteamientos de ambos autores. Una cosa es el saber conceptual, como por ejemplo el saber qué es una «casa habitada», el cual es un medio que permite adquirir nuevos conocimientos prácticos, y otra distinta es el saber práctico, es decir, el saber que «esa casa es una casa habitada». En términos cognitivos, la diferencia radica entre el hecho de contar con el concepto de algo y el de haber aplicado tal concepto a un caso concreto. A pesar de la incógnita que suscita el ejemplo previamente señalado, sólo a un saber de carácter práctico se refiere PLATZGUMMER. No debe olvidarse que comienza su investigación destacando que la expresión conocimiento no sólo incluye lo consciente, sino también todo aquello que *una vez lo fue y podría volver a serlo*, aunque en el momento no lo sea⁷⁶. En este sentido, sólo le interesa cómo juegan estos saberes en relación con el requisito de actualidad de la consciencia.

Finalmente, la explicación que brinda PLATZGUMMER sobre el modo en que una percepción condiciona la actualidad de un saber tampoco debe llevar a pensar que su propuesta es similar a la de SCHMIDHÄUSER. PLATZGUMMER no está interesado en cómo mediante un saber conceptual llegamos a conocer una realidad nueva, es decir, en cómo un saber de esta índole nos permite adquirir un saber práctico, sino en cómo *lo sabido* a nivel práctico se refleja en nuestra consciencia al realizar un acto cognoscitivo dirigido a otro objeto. Su tesis es que la percepción

⁷³ Al respecto, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s.

⁷⁴ Véase PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 5, 86, esp. 87, donde indica que una co-consciencia como tal sólo entra en consideración cuando el autor ya previamente sabe que la niña aún no tiene catorce años o que aún no es lo suficientemente madura en el plano sexual.

⁷⁵ Así expresamente, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 35.

⁷⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 3.

de este objeto condiciona la actualidad en consciencia de aquello *ya sabido*. La propuesta de SCHMIDHÄUSER, en cambio, se orienta al acto cognoscitivo mismo: a *cómo* llegamos a conocer *algo a ser conocido*. En este ámbito también se requiere de un saber, pero sólo de un saber conceptual. De otro modo, las percepciones, en tanto actos cognoscitivos, permanecerían como impresiones sensoriales carentes de todo sentido. El mismo SCHMIDHÄUSER reconoce que un conocimiento orientado al objeto sólo puede tener lugar a través de conceptos previamente asimilados⁷⁷.

Aclarados tales puntos, tampoco cabe decir que las precisiones que brinda SCHMIDHÄUSER permitan disipar cualquier malentendido. Si bien señala que con la expresión *co-consciencia intelectual-material* se combinan cuestiones disímiles⁷⁸, lo que luego expone parece contribuir a la confusión. Desde su punto de vista, la co-consciencia o consciencia periférica (*Bewusstsein am Rande*) sólo presenta una función como concepto si pretende caracterizar un «ser consciente de pasada», un «apenas realmente percibir», es decir, una consciencia casi subliminal. A modo de ejemplo, uno puede en el límite de su consciencia advertir que el reloj de la iglesia está sonando o que se está celebrando un funeral en las cercanías. Sin embargo, como agrega SCHMIDHÄUSER, esta terminología también suele ser utilizada para aludir al reconocimiento de relaciones con un otro. El carácter de padre, madre o abuelo, en este sentido, sería por el sujeto co-pensado al interactuar con ellos. Qué tendrían en común ambas situaciones es algo que SCHMIDHÄUSER responde de la siguiente manera: las representaciones del autor podrán ser plenamente conscientes, pero posiblemente lo sean sólo en términos intelectual-materiales. La conclusión a la que finalmente arriba, así, ya no puede extrañar: en la medida en que la consciencia periférica no significa otra cosa que una consciencia intelectual-material, ella resulta *per se* suficiente para el dolo⁷⁹. Dicho lisa y llanamente: lo que en la doctrina es confusión, en SCHMIDHÄUSER, con esta innecesaria aclaración, culmina simplemente replicándose. Si se sigue su indicación, tampoco parece distinguirse entre la forma de acceso al objeto (a conocer) y la ubicación del objeto (conocido) a nivel de consciencia. Todo resulta derivado a la primera categoría, la cual absorbe el cúmulo total de los casos problemáticos (incluso el del padre agredido, pues tal vínculo sería captado por el agresor de forma intelectual-material). A mi entender, esto sólo puede entenderse como una desafortunada explicación, que no debería ser considerada al delimitar su propuesta.

A quien sí cabe conceder haber visto el trasfondo material de ambos planteos es a FRISCH, pues al abordar la temática de la actualidad de la consciencia rápidamente se apresta a destacar que la *doctrina de la co-consciencia* suele ser erróneamente confundida con el pensamiento basado en el objeto, es decir, en la jerga empleada por este autor, con la comprensión gráfica del suceso⁸⁰. A su entender, la primera –y más allá de su posición personal sobre ella⁸¹– sólo entraría en juego con respecto a aquellas circunstancias que el autor ni siquiera de forma gráfica (*bildhaft*) pensó, advirtió o se representó, pero que estaban tan a su alcance que en todo momento y sin mayor esfuerzo podría haberlas hecho objeto de sus representaciones o reflexiones⁸². En este sentido, entre ambos pares –dice FRISCH– existirían diferencias considerables. Por un lado, cuando se distingue entre un pensamiento basado en el objeto y otro sustentado en el lenguaje, simplemente se alude a la forma en que el sujeto halla acceso a determinados objetos, es decir, al modo en que debe habérselos representado. En cambio, con la co-consciencia se procura

⁷⁷ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 325.

⁷⁸ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

⁷⁹ SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/67.

⁸⁰ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178.

⁸¹ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 179 ss.

⁸² FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178.

demostrar ciertas relaciones que presenta el sujeto con determinados objetos como contenido de consciencia o de la representación. A modo de ejemplo, la que ostenta con los objetos que (de modo intelectual-lingüístico o intelectual-material) le están disponibles en todo momento, además de la que sostiene con aquellos otros que se le presentan ante sus ojos de un modo claro, también en términos lingüísticos o gráficos⁸³.

En conclusión, detrás de lo que la doctrina trata bajo el rótulo genérico de la *co-consciencia* (o expresiones derivadas) se encuentran dos problemas de índole disímil: el que atañe a la *forma de acceso al objeto a conocer durante el acto* y el que se refiere a la *ubicación en consciencia del objeto ya conocido al momento de actuar*. Una nítida distinción entre ambas esferas, conforme aquí se propone, presenta un interés no sólo teórico. *A priori*, como advertirá el lector, permite clasificar los casos presentados al inicio, pues ahora sí, con el instrumental aportado, parece claro que estructuralmente no es lo mismo no pensar en algo que se sabe (i. e., que a quien se golpea es el propio padre), que en cambio no focalizar la atención en algo que, de todos modos, es captado por nuestra capacidad de cognición (por ejemplo, el carácter habitado de la casa a la que se ingresa). Pero no sólo eso, pues la distinción sugerida también contribuye a abordar el tema de la actualidad de la consciencia, sacando a la luz lo falaz de ciertas afirmaciones que la doctrina realiza. Todo ello se verá en los distintos puntos que componen el apartado siguiente.

5. Toma de posición: ubicación (al menos actualizable) del objeto sabido en consciencia y acceso (al menos gráfico) al objeto a conocer

5.1. Introducción

Llegados a este punto, es necesario poner algo de orden en el asunto y despejar la falacia de que para el dolo todo contenido normativamente relevante debe reflejarse en consciencia en un sentido *actual*. Por supuesto, no puede llamar la atención que a partir de los desarrollos de SCHMIDHÄUSER y PLATZGUMMER la doctrina haya procurado introducir ciertas matizaciones a esta premisa inicial. Lo llamativo, no obstante, es que aún siga manteniéndose incólume la afirmación de que el dolo requiere una consciencia actual. Como se verá, en un caso, tal premisa sigue siendo aplicable; en el otro, en cambio, no es más que una mera ilusión. Lo que sigue se ensaya con base en la distinción usualmente obviada al hablarse de co-consciencia, es decir, partiendo de la diferencia existente entre la *forma de acceso al objeto disponible para la cognición* (5.2.) y la *ulterior ubicación del objeto ya conocido a nivel de la consciencia* (5.3.).

5.2. El problema de la forma de acceso al objeto disponible para la cognición

a. Algunas reflexiones con ayuda de la Psicología

Es algo difícilmente objetable que muchas de las actividades que desarrollamos en la vida cotidiana –y seguramente la mayoría de ellas– las realizamos a un nivel consciente, aunque nuestra mente no esté pensando en ello. Ejemplos al respecto sobran: caminamos, hacemos deporte, manejamos automóviles, respondemos preguntas, interactuamos de forma verbal con terceros, y todo ello de forma consciente, a pesar de no necesariamente reflexiva. Incluso muchas veces escribimos o leemos sin dirigir nuestra atención a tal actividad. Para llevar a cabo tales acciones no necesitamos primero procesarlas a nivel del lenguaje. A fin de lograr caminar nadie

⁸³ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178 (n. 65).

precisa decirse a sí mismo «ahora doy un paso hacia adelante», «ahora doy otro», y así sucesivamente. La vida misma quedaría paralizada si todo lo que hacemos lo procesáramos a un nivel reflexivo, pues la utilización del lenguaje ralentiza el pensamiento⁸⁴ y, con ello, nuestra propia capacidad de interacción. Calificar estas actividades –entre las que se incluyen los procesos automatizados pero no sólo ellos– como inconscientes o no conscientes ya debido a la ausencia de una explícita atención⁸⁵, sólo puede ser el producto de un error de base. Un error, por cierto, fácilmente identificable: el de confundir *consciencia* con *pensar en ello*, entendiéndose por lo último el hecho de prestar atención a lo que se hace⁸⁶. Probablemente, detrás de quien entienda así las cosas, no haya más que un problema terminológico, pues difícilmente pretenda alegarse que estas actividades se encuentren guiadas por el *inconsciente*, en tanto estado opuesto a la *consciencia*. Los procesos automatizados, debe quedar claro, se desarrollan a un nivel consciente⁸⁷ y no encuentro razones para pensar que sea diferente en las restantes actividades enunciadas, pese a que tampoco en ellas nuestra atención esté puesta en su realización.

En el ámbito de la Psicología, esto lo explica perfectamente SCHOOLER, de quien tomaré unas breves referencias. Conforme indica, la distinción entre actos conscientes y no conscientes a partir de la capacidad de comunicación verbal debe presuponer que las personas están expresamente al tanto de sus experiencias conscientes. No obstante, este postulado queda de inmediato falseado cuando se advierte que la experiencia subjetiva puede por momentos disociarse de la explícita atención. Pues, aunque parece que en general estamos al tanto del contenido de nuestra experiencia, varias situaciones demuestran que no es lo mismo *tener una experiencia* que *saber que se está teniendo esa experiencia*. SCHOOLER distingue así entre procesos mentales no conscientes (o no experimentados), conscientes (o experimentados) y meta-conscientes (o re-representados). En este último caso se trata de una consciencia explícita pero intermitente de los contenidos de la consciencia. En otras palabras, se trata de una re-representación en la que uno interpreta, describe o de otro modo caracteriza el estado de su mente, es decir, de una consciencia vuelta sobre sí misma. La disociación temporal entre consciencia y meta-consciencia ocurre cuando un individuo, que antes carecía de meta-consciencia sobre los contenidos de la consciencia, dirige ahora la meta-consciencia hacia tales contenidos, es decir, cuando la meta-consciencia se orienta hacia una experiencia que previamente ha ocurrido en ausencia de una explícita atención. Por ejemplo, cuando al leer uno

⁸⁴ Así lo destaca FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 112.

⁸⁵ Paradigmático, STRATENWERTH, «Unbewußte Finalität?», en STRATENWERTH *et al.* (eds.), *FS Welzel*, 1974, pp. 289 s., quien caracteriza al acto de pisar el freno de un automóvil, en tanto proceso automatizado, como un caso ilustrativo de una finalidad inconsciente. También LENCKNER/EISELE, *Sch/Schr StGB*, 27.ª ed., 2006, Vor. §§ 13 ff., nm. 41-42, señalando que muchas de las acciones cotidianas, incluidas las automatizadas, tienen lugar de manera que los procesos de dirección permanecen por debajo del umbral de la consciencia; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 8/24, 68, alegando que en la mayoría de los actos automatizados se carece de una reflexión o dirección conscientes; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, p. 221, aceptando en los automatismos un control final no consciente que en cualquier momento puede ser llevado a la consciencia.

⁸⁶ Esta crítica también es aplicable a SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, pp. 115 s., 126, pues identifica *consciencia* con atención, con reflexividad, reduciendo el mínimo de la *actualidad* o el *pensar en ello* a un nivel no consciente, es decir, a lo que denomina *no consciencia aperceptiva*. Que SCHEWE escinda la *atención del pensar en ello* es aquí intrascendente; a los fines de la crítica, lo relevante es que califica de consciente (sólo) aquello que se realiza poniendo la atención en ello.

⁸⁷ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, «La función negativa del concepto de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (39-3), 1986, pp. 913, 925; EL MISMO, *ADPCP*, (44-1), 1991, p. 11; LUZÓN PEÑA, *PG*, 4.ª ed., 2025, 11/20. También en lo material, más allá de la terminología empleada, GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-3), 1987, pp. 586 s. y n. 15. En la Psicología así lo destaca SCHOOLER, «Re-representing consciousness», *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, p. 341, calificando los procesos automatizados como conscientes, mas no meta-conscientes. Sobre esto último, véase lo que sigue.

se da cuenta de que su mente ha estado divagando o cuando advierte que ha estado escribiendo con éxito durante un largo tiempo. Aunque el contenido de estos episodios es experimentado, la atención explícita con respecto a tales hechos resulta temporalmente ausente. En todo caso, conforme señala SCHOOLER, la verificación de que las experiencias en ausencia de su reconocimiento explícito existen da cuenta suficiente de la importancia de distinguir la consciencia de lo que en cambio es la explícita atención con respecto a sus contenidos⁸⁸.

A poco que se lo mira, el modelo coincide con el tratamiento que la dogmática brinda a los actos cognitivos que, siempre conscientes o actuales, suponen una experiencia gráfica del objeto o una re-representación de la experiencia a través del lenguaje. Tal vez deba aventurarse que el verdadero acto cognitivo, el real acceso al objeto, es siempre gráfico o intelectual-material, pues un pensamiento intelectual-lingüístico no tiene como objeto el objeto de la cognición, sino la cognición o experiencia misma obtenida del objeto, la cual pasa a ser explicada (re-representada) en consciencia. No en vano identifica SCHOOLER un segundo supuesto de disociación entre los procesos mentales conscientes y meta-conscientes, destacando que cuando se desencadena la meta-consciencia, como en todo proceso de recodificación, parte de la información puede verse perdida o distorsionada, produciéndose así una re-representación tergiversada de la experiencia original⁸⁹. En este sentido, una consciencia intelectual-lingüística no supone más que re-representar la experiencia gráfica, poner la atención sobre ella, es decir, pensar poniendo en palabras aquello experimentado en términos gráficos. Dicho de otro modo, como SCHMIDHÄUSER y FRISCH han destacado, se trata de aquella forma del pensamiento que se verifica al comunicar nuestra experiencia a un tercero, pero también al pensar de forma reflexiva, es decir, al tener una conversación con uno mismo⁹⁰. Lo referido por SCHOOLER de que la meta-consciencia no es sino una consciencia vuelta sobre sí misma no expone ni más ni menos que eso.

Que el pensamiento intelectual-material o gráfico lejos está de ser no consciente, también es algo que se desprende del modelo de SCHOOLER. Ello surge obvio pues este autor ubica tal experiencia a nivel de la consciencia y la establece como objeto de la re-representación o meta-consciencia. Por supuesto, una explicación de este fenómeno no es nada fácil, justamente porque para ello interviene el lenguaje, perdiéndose así la esencia del acto no sustentado en él. Puede eventualmente recurrirse a un ejemplo, es decir, a la forma más “gráfica” que tenemos de explicar las cosas. Cuando al conducir frenamos ante la luz roja de un semáforo, tal comportamiento se ve sin dudas mediado por un proceso cognitivo. Sin embargo, este comportamiento no requiere que procesemos a nivel lingüístico un mensaje tal como el de «hay una luz roja y ella supone que debo frenar». Una vez que el significado de esta señal ha sido aprendido, podemos recoger la información que ella nos provee e interactuar con los participantes de la circulación vial sin la necesidad de una específica reflexión al respecto⁹¹. Esta comprensión gráfica del entorno, que en el concreto caso tiene lugar durante el proceso automatizado de la conducción, ni debido a lo primero ni debido a lo segundo resulta menos consciente.

⁸⁸ SCHOOLER, *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, pp. 339 s.

⁸⁹ SCHOOLER, *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, pp. 340, 342. Esto encuentra una total similitud con lo apuntado por Schmidhäuser: como la discusión sobre los pensamientos del autor sólo puede tener lugar mediante el lenguaje, la esencia del pensamiento intelectual-material queda inmediatamente falseada (véase SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66; EL MISMO, *FS H. Mayer*, 1966, pp. 324 s., 327).

⁹⁰ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 326; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 175.

⁹¹ Destacando lo innecesario de recurrir al lenguaje una vez que un concepto ha sido asimilado, SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 7/66.

b. *La consciencia gráfica y su extensión a las circunstancias situacionales y causales*

Con la introducción que antecede, podemos retomar el tema de interés, volviendo la mirada hacia los actos cognitivos referidos a circunstancias típicas, como por ejemplo la de «casa habitada» (art. 241.1 CP)⁹² aludida en uno de los casos propuestos al inicio de la investigación. En tales supuestos, bastará con que el sujeto cuente con un saber conceptual, que en su acervo cognitivo posea el concepto de «casa habitada», para que, con total actualidad y sin siquiera reflexionar al respecto, habitualmente comprenda que el lugar en el que ingresa presenta tales características. Lo mismo rige para el carácter suprimido de la numeración del arma (art. 564.2.1º CP), al que el TS alude en la sentencia en su momento comentada. Y nada distinto, por supuesto, sucede con respecto a circunstancias que, si bien no son típicas, resultan de utilidad para inferir que el autor comprendió aquéllas que sí lo son. A modo de ejemplo, quien en plena ciudad participa de una carrera ilegal de coches cruzando sucesivos semáforos en rojo, aunque esté muy concentrado en ganar la competición y ponga su exclusiva atención en ello, no por ello dejará de advertir las señales de tránsito y su significado. Ciertamente no las respeta, pero de todos modos las procesa en términos gráficos. Hasta donde alcanzo a ver, la suficiencia de esta forma de acceso al objeto no fue introducida por SCHRÖDER al actualizar el comentario de SCHÖNKE al StGB⁹³, tal como no obstante parece señalar SCHMIDHÄUSER⁹⁴, sino ya por FRANK, quien incluso apuntara la posibilidad de que la problemática subyacente no hubiese sido abordada por la literatura penal anterior a su época. Su objetivo fue justamente incorporar a la discusión un aspecto planteado en la Psicología: la diferencia entre el objeto de la consciencia y el contenido de la consciencia. En este sentido, una circunstancia puede ser conocida, a pesar de que la atención de la mente no se dirija a ella. Dicho de otro modo, puede formar parte del *contenido* de la consciencia, sin que en tal momento sea *objeto* de la consciencia⁹⁵.

Por supuesto, la capacidad de rendimiento de esta forma de cognición gráfica no encuentra su límite en los elementos típicos situacionales, ni tampoco en circunstancias –*per se* no típicas, pero sí– útiles para la ulterior deducción de los presupuestos del tipo. De hecho, ella también se extiende a los juicios causales, donde la condición de posibilidad para su emisión depende de que el sujeto, como suele suceder, posea un saber conceptual acerca de la evolución habitual del *tipo* de actividad que desarrolla. Si lo posee, puede perfectamente proyectar las consecuencias de su conducta, e incluso hacerlo a un nivel meramente gráfico. En este sentido, la intuición general de FRANK, según la cual (el curso causal hacia) el resultado, a diferencia de las otras circunstancias típicas, sí debería ser «pensado», es decir, ser objeto de la atención⁹⁶, supone una sobreexigencia que, al menos hoy puede decirse, no se condice con la naturaleza de los actos cognitivos. Por si cupiera alguna duda sobre lo innecesario de requerir una atención expresa sobre los cursos causales, es posible recurrir a un ejemplo planteado por FRISCH. Conforme destaca este autor, quien tras un rápido vistazo a derecha e izquierda atraviesa con su coche una intersección, no suele tener representaciones precisadas mediante el lenguaje. Regularmente no se dice a sí mismo «por la derecha no viene nadie», «por la izquierda tampoco viene nadie», «así que puedo avanzar». Y sin embargo, no es que este conductor actúe con base en una ausencia de

⁹² A mayor abundamiento, también puede pensarse, por ejemplo, en la circunstancia de «establecimiento de explotación agrícola o ganadera» que agrava el hurto según el art. 235.1.4º CP.

⁹³ Así al menos ya en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 9.ª ed., 1959, § 59 II 5 (p. 323); la referencia de Schmidhäuser es a SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 11.ª ed., 1963, § 59, nm. 14 (p. 366).

⁹⁴ SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 323 (n. 15).

⁹⁵ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 29.

⁹⁶ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 29; EL MISMO, *StGB*, 18.ª ed., 1931, § 59 I (p. 181). Sobre la posición de FRANK, véase más en el punto 5.3.b.

representación; tiene una impresión de la situación y actúa en función de ella. Si al momento del hecho se le preguntase por qué continúa con la conducción, su respuesta habrá de ser aquello que, sin haber sido trasladado a nivel del lenguaje, ineludiblemente se ha dicho a sí mismo: que nadie venía por derecha ni por izquierda⁹⁷. Lo que se desprende de este ejemplo es que la conclusión «puedo avanzar» no se fundamenta sólo en la captación gráfica de los estados de cosas «nadie por derecha ni por izquierda». Parte ineludible de ella es el pronóstico de que en el futuro inmediato «nada ocurrirá». Y este juicio causal, como acto cognitivo, en su esencia no difiere del anterior referido al estado de cosas: lo mismo que aquél, es actual, consciente, pero no reflexivo. La aplicabilidad de esta forma de cognición *también* a las consecuencias futuras fue expresamente admitida por SCHMIDHÄUSER y FRISCH⁹⁸. De forma resumida: el juicio causal puede perfectamente sustentarse en un abordaje gráfico del evento.

A modo de ejemplo, quien repetidamente dispara contra un político rodeado de seguidores, en tanto posea –como es usual– un saber conceptual sobre las implicaciones de ese tipo de conducta en el contexto en que se ejecuta, estará en condiciones de inferir y fácilmente inferirá que puede o irá a alcanzar a otra persona, aun cuando su atención esté puesta en disparar al político. Al haber percibido la presencia de terceros junto aquél, difícilmente pueda decirse que a su respecto no ha tenido representación causal alguna. Si se le preguntase si al disparar previó que algunos de los proyectiles podrían dar o darían en sujetos distintos a su objetivo, de ser honesta su respuesta, seguramente dirá, luego de procesar a nivel lingüístico aquello que sólo advirtió de forma gráfica, que sí previó tal posibilidad o que asumió la producción de tales consecuencias. Lo mismo cabe afirmar de quien rodeado de una muchedumbre comienza a lanzar sin control puñetazos destinados a un concreto objetivo. Por más reflexiva que sea su atención con respecto al posicionamiento del destinatario, una representación gráfica del espectro lesivo de los golpes resulta aquí poco objetable. Esta forma de consciencia y su suficiencia para el dolo aparece magistralmente resumida en la olvidada formulación ofrecida por BOCKELMANN: el presupuesto cognitivo del dolo se ve ya satisfecho si aquello que el autor *reconoce* y *prevé* devendría actual en caso de hacerlo objeto de la reflexión⁹⁹. Si algo cabe objetar a esta fórmula es que designe como *no actual* aquello que el sujeto *actualmente* advierte, sólo que de forma gráfica. En lo práctico, en nada difiere de los aportes que a este respecto realizaran tanto SCHMIDHÄUSER como FRISCH.

c. Precisiones adicionales

Que el contar con un saber conceptual nos permita juzgar nuestros actos a un nivel meramente gráfico, es decir, sin tener que recurrir al lenguaje, no debe hacernos pensar que esta consciencia se funda siempre en el saber conceptual que corresponde esperar en el caso. A decir verdad, una persona puede poseer el saber conceptual esperado, mas también uno distinto, incluso de carácter errado, y por la razón que sea emplearlo para juzgar la situación en la que actúa. Así pues, la atribución (procesal) de estados mentales, si busca permanecer ligada a la imagen humana con la que opera el derecho penal material, sólo incorrectamente puede tomar como base un sujeto infalible, es decir, siempre racional con respecto a la forma que juzga su entorno

⁹⁷ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 176.

⁹⁸ SCHMIDHÄUSER, *Einführung in das Strafrecht*, 2.ª ed., 1984, p. 201; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 176.

⁹⁹ BOCKELMANN, «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», en KAUFMANN, A. et al. (eds.) *GS Radbruch*, 1968, pp. 254 s. (sin cursivas en el original). La *Fórmula* alude también a lo que el sujeto *sabe*. Sin embargo, ese aspecto resulta útil para el punto que sigue: si el dolo requiere un pensamiento actual con respecto a lo sabido.

y las consecuencias de su acción¹⁰⁰. La única racionalidad que en este ámbito opera no recae sobre el sujeto al que se le atribuye el estado mental, sino sobre la proposición que le asigna esa situación psíquica. Racionales deben ser las alternativas cognitivas que, *ex ante*, cabe adjudicar a un individuo en una específica situación¹⁰¹. En este sentido, nada excluye la posibilidad de asignar juicios (causales o situacionales) erróneos, sustentados en saberes conceptuales erróneos. Los motivos que llevan a que un sujeto emplee un saber conceptual –y no otro– suelen operar a un nivel no consciente¹⁰² y presentan una naturaleza por demás variada. Entre ellos cabe mencionar la asunción de capacidades que no se poseen¹⁰³, el alto umbral inhibitorio con respecto a la muerte de terceros¹⁰⁴, o bien el riesgo que ciertas conductas generan para la vida del propio agente¹⁰⁵. Lo mismo que en las representaciones lingüísticas, tampoco en el pensamiento gráfico luce desacertada la apreciación de HAUSER: al fin y al cabo, uno tiende a creer sólo aquello que desea¹⁰⁶. La posibilidad de un desconocimiento resulta ciertamente escasa en los ejemplos brindados al final del punto que antecede. Sin embargo, esta improbabilidad no debe llevarnos a conclusiones drásticas. También sería viable concluir, indicios probatorios de por medio, que sus autores, por el motivo que fuere, de forma gráfica descartaron afectar a terceros al emprender sus ataques. A veces “lo racional” es afirmar que el sujeto no ha sido “racional”.

Dos mínimas observaciones. Por un lado, lo desarrollado en el párrafo anterior ayuda a entender que el reconocimiento de este tipo de consciencia gráfica no supone brindar a los tribunales una razón teórica para relajar los baremos de atribución de estados mentales¹⁰⁷. Muy por el contrario, sólo evidencia cómo las personas acceden a un objeto de la cognición y deja intactos los

¹⁰⁰ En el ámbito conceptual, calificando de carentes de apoyo psicológico y psiquiátrico a las teorizaciones del dolo que parten de un sujeto unilateralmente racional, KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, 1993, p. 30. Limitando sus conclusiones al carácter habitualmente gráfico de las representaciones, BOCKELMANN, *GS Radbruch*, 1968, p. 254.

¹⁰¹ En este aspecto, es enteramente racional asumir que un sujeto puede tener representaciones “no racionales”, es decir, distintas a las esperadas desde un prisma general. La lógica procesal, a decir verdad, opera bajo el presupuesto de la *racionalidad-excepción*: ante la ausencia de indicios en contrario, rige la regla probatoria que impone atribuir el estado mental que cualquiera tendría en aquella situación; si se presentan en cambio aquellos indicios, dado el carácter *iuris tantum* de las reglas, bien podrá admitirse que el estado mental del sujeto ha sido disímil a lo que la norma general indica.

¹⁰² Así lo indican los estudios psicológicos conforme destaca WYER JR., «Some determinants and consequences of beliefs», en ALBARRACÍN/JOHNSON (eds.), *The Handbook of Attitudes*, 2.ª ed., v. I, 2019, p. 334.

¹⁰³ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, «Revista de Revistas. Recensión a Schünemann», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-2), 1987, p. 546; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2.ª ed., 2005, p. 270.

¹⁰⁴ Argumento por cierto clásico en la jurisprudencia alemana. Véase, entre muchas otras, BGH 4 StR 51/83, de 07/06/1983 (en *NStZ*, 1983, p. 407); BGH 4 StR 422/02, de 16/01/2003 (en *NStZ*, 2003, pp. 431 s.); BGH 2 StR 52/03, de 23/04/2003 (en *NStZ*, 2003, p. 604); BGH 4 StR 558/11, de 22/03/2012, nm. 32; BGH 4 StR 447/23, de 20/12/2023, nm. 17. Su introducción en los años 80 para limitar la relevancia probatoria de los riesgos elevados es destacada en VERREL, «(Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?», *NStZ*, 2004, p. 309. Comentando la evolución de este criterio y su declive en los casos de emociones violentas y consumo de alcohol, HELMI, *Die Tötungshemmschwelle*, 2012, pp. 37 ss., 68-71, 169-94, 207 s., 209-236. Sobre los vaivenes de este enfoque y su actualidad, PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 15/94 s.

¹⁰⁵ En este sentido, BGH 4 StR 482/19, de 18/06/2020, nm. 32, 33 (*Berliner Raser-Fall*); BGH 4 StR 399/17, de 01/03/2018, nm. 21 (*Berliner Raser-Fall*). En la doctrina, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 219; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/23; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/5.

¹⁰⁶ HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *Der Gerichtssaal*, (54), 1897, p. 176; también destacando el usual vínculo entre la creencia y los intereses del sujeto, PERALTA, «El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva», en VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH Luzón Peña*, v. I., 2020, pp. 909 s. Como señala WYER JR., en ALBARRACÍN/JOHNSON (eds.), *The Handbook of Attitudes*, 2.ª ed., v. I, 2019, p. 361, hay pruebas abundantes de que solemos formarnos creencias que nos hacen quedar bajo una luz positiva. En este sentido, sobre nosotros mismos tendemos a ser optimistas.

¹⁰⁷ Es llamativo cómo para algunos este reconocimiento facilita la prueba del estado mental que requiere el dolo (así, VOGEL/BULTE, *LK-StGB*, t. I, 13.ª ed., 2020, Vor. §§ 15 ff., nm. 74), mientras que para otros la dificulta (véase KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht – 2. Teil», *JA*, 1986, p. 314).

estándares habituales: la práctica probatoria deberá valorar la totalidad de las circunstancias del caso y la disciplina procesal elaborar reglas que permitan racionalmente afirmar que alguien se ha representado el objeto de interés, ahora incluso también a un nivel meramente gráfico. Por otro lado, el reconocimiento de que los actos cognitivos también pueden ocurrir a un nivel gráfico no carece de trascendencia para la práctica probatoria. De hecho, a diferencia de lo que sucede con el problema de aquello *ya sabido* al momento de actuar, su aporte es más procesal que material. Por ello, aquí debo apartarme de la apreciación de RAGUÉS, según la cual esta propuesta carece de aplicabilidad práctica, ya que el proceso probatorio sólo puede valerse de alternativas más simples, como las del conocimiento y el desconocimiento. El objetivo de esta elaboración, a diferencia de lo que le objeta este autor, no consiste en que deban probarse sutiles realidades psicológicas¹⁰⁸. A mi entender, se limita a informar cómo es que la cognición accede normalmente a un objeto, a fin de que la disciplina procesal ajuste sus reglas en consecuencia.

Las conclusiones obtenidas, para mayor abundancia, pueden trasladarse al *caso de la carrera ilegal de automóviles* al que se hiciera referencia con anterioridad. De hecho, ellas permiten completar la situación cognitiva que, en general, todo conductor presenta durante una competición de este tipo. Puede decirse al respecto que, pese a fijar su atención en ganar la carrera y no mirar a las esquinas como cualquier conductor promedio haría, con total actualidad los competidores advertirán las señales de tránsito. Pero no sólo eso, pues muy probablemente también se dirán, a partir de un saber conceptual erróneo (por ejemplo, que por allí a tal hora generalmente no circulan vehículos), escogido y aplicado al caso por motivos no conscientes (i.e., el riesgo para su propia vida), que «finalmente, al cruzar las esquinas, nada habrá de suceder»¹⁰⁹. Y todo ello, no obstante, lo harán sin *re-representarse* su percepción del estado de cosas del tránsito y sin *re-representarse* el juicio causal emitido, es decir, sin reflexionar a través del lenguaje, pero de forma enteramente *actual*. Una situación como tal, en la que de forma gráfica el sujeto asume la *no* realización del tipo, bien puede suponer un *desconocimiento* excluyente del dolo¹¹⁰. La propuesta en análisis, nuevamente, ni lleva a afirmar el dolo ni tampoco a negarlo. Su objetivo es explicar cómo tiene lugar la cognición en determinados contextos. Lo que luego se diga, tendrá estrictamente que ver con cómo se encuentre conformado el concepto de dolo.

d. *Un mero esbozo: el problema de las acciones impulsivas*

Antes de cerrar este apartado, me gustaría introducir un último punto, aún a modo de simple esbozo. Difícilmente pueda negarse que lo hasta aquí desarrollado es de interés para un ámbito específico como el de las *acciones impulsivas*. Es allí donde de forma más clara se advierte una intervención en el mundo no mediada por la reflexión respecto de las consecuencias. En todo caso, el problema no se vincula con la presencia de un actuar voluntario. Tal cuestión puede ser resuelta de forma positiva¹¹¹, pues la afirmación de un comportamiento –o, si se quiere, de la inevitabilidad de la intervención– ha de ser funcionalmente decidida en virtud de la satisfacción

¹⁰⁸ Cfr. RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 515 ss.

¹⁰⁹ El caso también puede ser reconstruido, por ejemplo, con base en el *saber conceptual erróneo* de que a pesar de la velocidad desarrollada aún es posible eludir cualquier colisión; un saber cuya elección, por su parte, puede venir motivada en la auto-asignación de capacidades de conducción mayores a las que se poseen. La existencia o no de una representación y las concretas motivaciones que dieron curso a tal estado mental deberán ser objeto de análisis durante el proceso probatorio.

¹¹⁰ Exclusión que, en todo caso, no dependerá de factores vinculados a la delimitación del estado mental atribuible al sujeto, sino de la racionalidad del estado mental (de desconocimiento) ya asignado a aquél.

¹¹¹ Afirmando allí una acción, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 10-12, 14, 16; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 8/69; LUZÓN PEÑA, *PG*, 4.ª ed., 2025, 11/20; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, p. 221.

de las condiciones mínimas que hacen al posible seguimiento de una norma; condiciones que, valga destacar, en esta especie de supuestos parecen claramente verificarse¹¹². El aspecto problemático, a decir verdad, radica en el nivel de consciencia presente en esta actuación (voluntaria pero) impulsiva, y en su suficiencia a los fines requeridos para el dolo. Dicho de otro modo, en aquellos puntos que, valga destacar, pese a no ser nuevos en la discusión dogmática¹¹³, permanecían aún no enteramente consensuados en la doctrina de principios de este siglo¹¹⁴, y probablemente hoy, debido a la multiplicidad de casos que pueden ser ingresados en la categoría del actuar impulsivo, continúen presentándose como igualmente inciertos¹¹⁵. Lo que sigue no pretende dar una respuesta definitiva al asunto, sino sólo apuntar algunas cuestiones de interés para la investigación en curso.

Por un lado, puede decirse que quien por motivos de odio o venganza impulsivamente descarga su ira lanzando una piedra hacia el sujeto que se encuentra detrás de una ventana cerrada¹¹⁶, dado el estado en el que ejecuta su comportamiento, por regla general no habrá de procesar a nivel lingüístico todas las circunstancias inherentes a esa forma de actuar. La captación del estado de cosas «sujeto detrás de la ventana» podrá darse a nivel lingüístico o gráfico, pero la proyección causal hacia una lesión, dado el carácter impulsivo de la reacción, seguramente ocurra en términos gráficos. Y lo mismo cabe predicar de la ruptura de la ventana, la cual es una consecuencia mediata para la lesión. En supuestos de este tipo, no parecen surgir mayores objeciones a admitir la previsión requerida para el dolo, aunque sólo sea a un nivel no reflexivo¹¹⁷.

No obstante, como destaca SILVA, esta aceptación no puede hacerse extensiva a todo tipo de comportamiento impulsivo. También debe dejarse un espacio para escenarios en que posiblemente se carezca de una representación, incluso de índole gráfica¹¹⁸. Siguiendo esta línea, no parece convincente el rechazo de toda representación posible¹¹⁹, pero tampoco su automática asunción a fin “salvar” el dolo. A modo de ejemplo, KLEE va demasiado lejos cuando, en su crítica a WIMMER, alega que esta especie de comportamientos siempre supone una representación, por

¹¹² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 13-15, cuyas conclusiones aquí comparto.

¹¹³ Al respecto, puede seguirse el debate entre Wimmer y Klee en WIMMER, «Über die Bestrafung triebhaften Handels», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (47), 1927, pp. 101 ss.; EL MISMO, «Über das Fehlen des Bewußtseins von Tatbestandsmerkmalen bei ungeordneten Triebhandlungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (49), 1929, pp. 675 ss.; KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (48), 1928, pp. 1 ss.

¹¹⁴ Destacando la falta de claridad sobre si en estos supuestos debe excluirse el dolo, SCHROEDER, *LK-StGB*, t. I, 11.^a ed., 2003, § 16, nm. 107, con más referencias; ya previamente SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 19, 21, señalando que el punto merece ser debatido. En cambio, según NAU, *Die Bewußtseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten*, 2001, p. 115, desde el siglo XVII la opinión dominante en Alemania admite estos casos como dolosos. También LACKNER/KÜHL, *StGB*, 26.^a ed., 2007, § 15, nm. 9, señalan que en general, y no menos por razones político-criminales, el dolo debería ser afirmado, aunque aceptan que la forma de consciencia en tales supuestos no resulta del todo clara.

¹¹⁵ Así, por ejemplo, manteniendo la opinión de la falta de claridad sobre la forma de consciencia en los comportamientos impulsivos, LACKNER/KÜHL/HEGER, *StGB*, 30.^a ed., 2023, § 15, nm. 9.

¹¹⁶ Tomo en general el ejemplo ofrecido en KLEE, *ZStW*, (48), 1928, p. 8, prescindiendo de sus conclusiones.

¹¹⁷ En este sentido, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 197 (n. 129); SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, pp. 20 s.; por derivación, así parece también asumirlo SCHMIDHÄUSER, *FS H. Mayer*, 1966, p. 330.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (44-1), 1991, p. 21; del mismo modo, STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, *Sch/Schr StGB*, 30.^a ed., 2019, § 15, nm. 51; ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.^a ed., 2020, § 12/81 (n. 203). Sobre los vaivenes de la jurisprudencia alemana en la afirmación del dolo en esta especie de conductas, PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.^a ed., 2023, § 15, nm. 93; ya previamente, con mayores referencias, LA MISMA, *NK-StGB*, t. I, 3.^a ed., 2009, § 15, nm. 95.

¹¹⁹ Más allá de ciertos recaudos, así parece materialmente proponer NAU, *Die Bewußtseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten*, 2001, pp. 105 s., 117.

más difusa que resulte¹²⁰. Tal forma de cognición puede entenderse como un preludio de lo que luego fuera a identificarse como una comprensión gráfica, pero en modo alguno da carta blanca para una generalizada asunción del (presupuesto cognitivo del) dolo en todo comportamiento impulsivo. Una solución intermedia, que bucee en los pormenores de cada uno de estos casos, resulta más acorde con aquella subjetividad que procesalmente –y de seguro con el aporte de la Psicología– cabe atribuir a quien realiza un acto de esta especie. Pues si hay algo que queda claro es lo siguiente: así como ciertos comportamientos impulsivos resultan ilustrativos de una posible representación no reflexiva, otros, vista la diversidad de supuestos asignables a la impulsividad, sacan a la luz los límites mismos de esta forma de cognición del objeto.

A este respecto, puede reformularse uno de los casos que diera origen a la doctrina del *dolus indirectus*. Piénsese en quien, inmediatamente luego de una agresión o durante el calor de la discusión, de forma impulsiva emplea un medio de ataque especialmente apto para causar la muerte de su oponente, como por ejemplo apuñalarlo en una zona vital¹²¹. En estos casos no resulta evidente que al actuar se desarrolle siempre, al menos de forma gráfica, alguna previsión sobre los efectos posibles del comportamiento. Cabe observar que las acciones impulsivas presentan un núcleo conceptual que en modo alguno puede restringirse a la presencia o ausencia de una consciencia gráfica, pues en algunos de sus supuestos parece posible afirmarla, mientras que en otros, si no negarla, debe al menos ponérsela en duda. En resumen, no creo prudente descartar que esta estructura también pudiese admitir casos de *desconocimiento*.

5.3. El problema de la ubicación del objeto ya conocido a nivel de la consciencia

a. *Lo sabido como dato no necesariamente referido al sujeto actuante*

Si el punto anterior versa sobre la *forma de acceso a un objeto a conocer*, lo que sigue nos lleva a una dimensión totalmente diferente. Ya no se trata de aquello que al actuar se encuentra *disponible para la cognición y resulta reconocido* por medios gráficos o lingüísticos, sino de lo que al momento del comportamiento *ya es parte* del acervo de información del que el sujeto *dispone*. En pocas palabras: se abandona aquí el mundo de lo *reconocido* en el instante del acto para pasar al de *lo sabido* al momento de actuar. Un mundo que abarca un espectro de conocimientos amplio y diverso, pero eventualmente delimitable a partir de su enunciación por el derecho como dato de interés. En este sentido, denominar «acervo permanente de conocimientos» sólo a las circunstancias vinculadas a la persona del autor o que lo afectan en su vida cotidiana, conforme no obstante propone PLATZGUMMER¹²², no parece presentar razón alguna, salvo que se intente demostrar algo que, hasta donde alcanzo, el propio PLATZGUMMER nunca indica: que por ser «permanentes», su co-activación en consciencia resulta siempre ineludible, por oposición a lo que sucede con los saberes que asigna al restante grupo de circunstancias. Más allá de que, según su propuesta, unos saberes son actuales por portarlos el sujeto siempre consigo¹²³, mientras que

¹²⁰ Véase KLEE, *ZStW*, (48), 1928, pp. 7 s. También parecen admitir el dolo en toda conducta impulsiva, BOCKELMANN, *GS Radbruch*, 1968, pp. 255 s.; WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen*, 1964, p. 19 y n. 45.

¹²¹ Tomo como base, sin todos sus detalles, el caso que presenta CARPZOV, *Practicæ novæ imperialis saxonicae*, 2ª ed., 1646, p. 5 (correspondiente a la Pars. I, Quæstio I, nm. 28). Planteando este supuesto en el marco de (lo que parece ser) un actuar impulsivo, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, 2020, p. 35. En la formulación previa brindada por DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Opera Omnia*, t. I, 1599, p. 561, el caso no permite ser reinterpretado en clave de una reacción impulsiva; su redacción describe un acto planificado con consecuencias mayores a las previstas.

¹²² PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, p. 87.

¹²³ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 87 s., 91.

los otros sólo lo son a partir de una percepción¹²⁴, no parece que PLATZGUMMER quisiese debilitar la actualidad de este último grupo con una afirmación como la objetada, pues justamente en ella, dado que trata sobre circunstancias no vinculadas al sujeto actuante, se asienta la real utilidad de su teoría. Si la clasificación que propone debe ser mantenida, es algo que aquí puede dejarse de lado. En todo caso, lo digno de destacar es que poseemos un amplio espectro de saberes que, anudados o no a nuestra persona, también pueden ser de interés para el derecho.

Un ejemplo al respecto ya ha sido puesto a la vista: el del lugar donde se ejecuta un robo. Por un lado, puede que el sujeto conozca el concepto de «casa habitada», es decir, lo que ello significa, y que, aunque nunca haya estado en la casa habitada en la que comete el robo, subsuma esa locación en tal concepto por vía de una representación gráfica o lingüística. Pero también puede que ya no se trate de un problema cognitivo, pues es posible que el autor, por haber estado allí con anterioridad, *sepa* que el lugar en concreto presenta las características respectivas. En esta última hipótesis, el interrogante versará sobre si aquello sabido también es parte de su consciencia al momento de ejecutar el acto. Más compleja parece la situación cuando se trata, como en otro de los ejemplos propuestos, de la concreta edad del menor sexualmente agredido. Es probable que de su aspecto personal resulte inferible su carácter de menor de edad, pero difícil será admitir, salvo casos de evidente niñez, que las formas de cognición ya tratadas sean un medio eficaz para determinar si la víctima tiene 17, 16 o, en cambio, tal como requiere el 181.1 CP, menos de 16 años. No en vano PLATZGUMMER aborda el caso partiendo de que el autor efectivamente sabe la edad de la víctima¹²⁵. En este sentido, debe quedar claro que el problema que motiva este punto no se liga al acto cognoscitivo de nuevos objetos, sino a la relación que *lo sabido pero no pensado* establece con lo actualmente consciente durante la realización de un acto.

b. *La renuncia a una consciencia actual como primera aproximación*

Habiendo quedado su pensamiento injustamente perdido en los derroteros de la historia, no viene mal reiterar que el primero en detectar el problema fue v. WICK a mediados del siglo XIX. En su propuesta, recordemos, los elementos *permanentes* de la consciencia no requerían ser pensados al actuar, pues eran parte de la información con la que cuenta toda persona mentalmente sana. Distinto era el caso de los elementos de carácter *variable*, que sí debían ser pensados al actuar, a fin de que el dolo pudiese ser afirmado. Una solución más radical, aunque parcialmente confundida con el problema del acto cognoscitivo, es la que esboza FRANK apenas medio siglo después. No refiriéndose a la edad de la víctima abusada pero sí a su minoridad, se pregunta FRANK aquello que, a su juicio, debería ser un tema ineludible para el legislador del futuro: si para el dolo tiene que bastar con que *se sepa* tal dato o si en cambio ha de requerirse que *se piense* en él al desarrollar el acto. Su apreciación preliminar, que pasado un cuarto de siglo mantuvo sin ahondar al respecto, fue que el resultado debe ser *pensado*, pero no así las demás circunstancias, que pueden ser simplemente *sabidas*¹²⁶.

A poco que se la analiza, esta última frase dice más de lo que parece. No es irrelevante que para las circunstancias situacionales FRANK no utilice el adjetivo *bewußt* (consciente), sino el participio del verbo *wissen*: *gewußt* (sabida). En todo caso, este uso es indicativo de un cambio en el objeto de sus reflexiones; un cambio que, al exponer el problema de forma conjunta con el tratado en el punto anterior, probablemente ni el propio FRANK haya advertido. Como puede

¹²⁴ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s., 87.

¹²⁵ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 84, 86 s.

¹²⁶ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, p. 29; EL MISMO, *StGB*, 18.^a ed., 1931, § 59 I (p. 181).

observarse, en este nuevo y específico ámbito ya no resultan de interés sus aportes sobre el acto cognoscitivo. A modo de recordatorio: que durante la ejecución de un comportamiento ciertas circunstancias situacionales pueden ser conocidas (ser parte del *contenido* de nuestra consciencia), sin la necesidad de que nuestra atención se dirija a ellas (sin que para el conocimiento deban ser el *objeto* de nuestra consciencia). Por oposición a esto último, ahora FRANK no nos habla de aquello *a conocer* y *reconocido* al momento del hecho, sino de lo que *ya es parte* del acervo de conocimientos del sujeto durante su ejecución. Simplificando su propuesta: a) para el *juicio causal* requiere un acto cognoscitivo sujeto a la especial atención del agente, es decir, que resulte el objeto de su consciencia (que será actual); b) para las *circunstancias situacionales a conocer* sólo demanda que durante el acto cognoscitivo sean parte del contenido (no el objeto) de su consciencia (que será actual); y finalmente, en lo que aquí interesa, c) para las *circunstancias situacionales ya sabidas* no requiere que sean ni objeto ni contenido de su consciencia. Dicho de otro modo: una consciencia *actual*, incluso de orden gráfico, sería siempre requerida para aquello a conocer durante el acto (a y b), pero no así para aquello ya conocido (c).

A los fines de la afirmación del dolo, esta propuesta, comparada con la de v. WICK, brinda un salvoconducto al *caso del agresor sexual de la menor* que, aun sabiendo su edad, no trae tal dato a consciencia al momento de actuar. No obstante, pese a que en supuestos de esta especie FRANK suele ser citado de forma recurrente¹²⁷, la doctrina hoy dominante no sigue a pies juntillas su argumentación. Arriba a resultados idénticos que aquél, mas procurando hallar allí, en el ámbito de *lo sabido* pero no considerado al actuar, la tan ansiada *actualidad* de la que FRANK por el contrario prescinde. ¿Cómo es que lo hace? No de otro modo que recurriendo a la idea de la *co-consciencia*¹²⁸. En breve se abordará esta cuestión. Antes resulta conveniente delimitar el concreto el alcance de este saber capaz de sustentar un actuar doloso.

c. *¿Sólo los saberes prácticos situacionales? Sobre la posible consideración de los saberes prácticos causales*

Si partimos de que un saber –no actual en FRANK o actual por co-consciente en la doctrina dominante– resulta suficiente para la afirmación del dolo, la duda que al instante se presenta es si su restricción a circunstancias típico-situacionales deviene en efecto razonable. Pues, en todo caso, también un específico curso causal puede ser parte del acervo de conocimientos de un sujeto, ya debido a experiencias previas estructuralmente similares. A decir verdad, FRANK no se expide sobre esta posibilidad; simplemente, sin ahondar al respecto, demanda que el curso causal sea objeto de un acto cognoscitivo durante el hecho. Pero si la afirmación inicial es válida y un curso causal puede ser reconducido a un saber, la pregunta que se impone es la siguiente: ¿acaso no debería *también*, conforme propone FRANK para las demás circunstancias, *un saber causal* considerarse suficiente para la afirmación del dolo, a pesar de que el sujeto no lo lleve a consciencia durante el caso concreto? La misma pregunta puede formularse desde la perspectiva dominante orientada a buscar una suerte de actualidad en la consciencia: ¿debe acaso también un *saber causal* considerarse co-consciente y, en este sentido, suficiente para la afirmación del dolo? A fin de responder a este interrogante, cabe recurrir a un caso propuesto por STRATENWERTH, mas también a una posible reformulación. Comencemos por el caso original:

¹²⁷ Por todos, SCHROEDER, *LK-StGB*, t. I, 11.ª ed., 2003, § 16, nm. 99; PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 16, nm. 160; JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/10.

¹²⁸ Concretamente para el caso de la menor abusada, PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s., 86 s.; MAURACH/ZIPF, *AT*, t. I, 8.ª ed., 1992, 22/48; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.ª ed., 2011, 8/76. Aunque con reparos, destacando la habitualidad de tal recurso, PUPPE, *NK-StGB*, t. I, 6.ª ed., 2023, § 16, nm. 160 s.

Caso del médico insistente:

Un médico ha experimentado que, bajo determinadas condiciones, un medicamento es capaz de provocar un colapso con peligro para la vida. No obstante, vuelve a utilizar este medicamento sin tener en cuenta que las mismas condiciones se presentan nuevamente.

Las reflexiones de STRATENWERTH con respecto al 224.I.1 StGB, que declara punibles las lesiones corporales peligrosas para la vida originadas en el suministro de veneno, pueden ser aquí obviadas. Lisa y llanamente indica que en el caso sólo es posible asumir un conocimiento *actualizable* de los factores que, en esa situación, hacen del medicamento un veneno, es decir, no una efectiva consciencia de estar suministrando tal sustancia¹²⁹. No obstante, a los fines que aquí interesan, sus conclusiones pueden ser trasladadas a la siguiente idea: sólo cabría atribuir al médico un saber conceptual (sustentado en la experiencia, pero no aplicado al hecho concreto) de que con tal medio usualmente se causa la lesión o la muerte de un ser humano. También FEIJÓO comparte esta visión sobre el caso. Conforme señala, el conocimiento requerido para el dolo no puede ser definido como todo aquello que el sujeto alguna vez experimentó y, por tanto, conoce de forma latente¹³⁰. Cabe conceder a ambos autores que de la posesión de un saber conceptual – en este caso de orden causal– no se deriva su necesario traslado a los hechos. Bajo tal presupuesto, un acto cognoscitivo puede tener lugar, o bien no tenerlo, y corresponde a la práctica procesal determinar si su emisión debe ser atribuida al sujeto. Pero no es éste el punto que busco aquí problematizar. Valga la siguiente reformulación del caso y un ejemplo adicional:

Caso del médico insistente 2:

Un médico ha experimentado que al suministrar el medicamento *x* al paciente A, que es portador de la patología *w* y presenta la constitución física *z*, éste ha sufrido un colapso que puso en peligro su vida. Luego de la recuperación del paciente, a fin de continuar con el tratamiento, el médico vuelve a suministrarle a A el mismo medicamento *x*. Las consecuencias resultan idénticas.

Caso del padre que asfixia a su hijo:

El padre de un bebé de escasos meses de edad sabe que, si mantiene presionada su mano sobre las vías respiratorias de aquél, le producirá una situación de desmayo con graves consecuencias para su salud. Y lo sabe en concreto porque en una ocasión anterior, a fin de que su bebé dejase de llorar, decidió emplear tal maniobra, debiendo el menor ser hospitalizado por un cuadro de hipoxia cerebral por asfixia que le dejó un leve pero permanente deterioro cognitivo. Pese a ello, tiempo después y ante los llantos del bebé, vuelve a utilizar el mismo método, con idénticos resultados.

Si hay algo que distingue estos casos del propuesto por STRATENWERTH, es que sus protagonistas no sólo cuentan con un saber causal de orden conceptual. Ya no se trata de un mero saber referido a un caso genérico, es decir, a un caso *tipo*. Dicho de otro modo, no es que el médico únicamente sabe, como cualquier otro colega de su profesión, que ese medicamento generalmente produce el resultado en cuestión en pacientes con determinadas características. Tampoco es que el padre sabe, como cualquier otra persona, que impedir que un bebé respire ocasiona por regla graves consecuencias para su salud. Muy por el contrario, lo característico de ambos ejemplos es que sus autores, debido a una experiencia previa referida al mismo objeto de su acción, *saben* las concretas consecuencias que tendrá su comportamiento. En ese orden, no poseen un mero saber conceptual sino ya un *saber práctico*: un saber referido al supuesto particular. Con independencia de lo que creyeran en la primera oportunidad, la experiencia obtenida *ex post facto* los ha hecho acreedores del saber correspondiente, es decir, les ha permitido que el saber conceptual se

¹²⁹ STRATENWERTH, AT, 4.ª ed., 2000, 8/75; y luego en STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 6.ª ed., 2011, 8/75.

¹³⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 120 s.

transforme en un saber práctico. Tanto el médico como el padre *saben* las consecuencias de tal acto, independientemente de si al llevarlo nuevamente a cabo reflexionan sobre ellas o no.

Permítaseme una comparación que puede ser ilustrativa. Lo hasta aquí expuesto resulta aplicable a casos en que aquello que entra en juego no es un saber causal sino un saber referido a una dimensión de sentido. Lo interesante de estos últimos es que, si bien se diferencian de los primeros, también en ellos la conformación del saber depende de algún tipo de inferencia por parte del sujeto. Ya no se trata de aquella información a la que aluden los elementos descriptivos, es decir, la que normalmente puede ser obtenida mediante una charla o la lectura de un documento, como por ejemplo la concreta edad de un menor. Se trata en cambio de la información a la que remiten los elementos normativos, para cuya constitución como un saber se requiere la emisión de un juicio con respecto a determinadas circunstancias fácticas. El caso del consentimiento es un buen ejemplo de ello. Piénsese en la siguiente situación:

Caso del amigo irreverente:

Debido al grado de amistad que los une, A cree que B no opondrá reparos si le realiza un tocamiento superficial de índole sexual. Ya lo ha hecho en una o dos ocasiones, sin que B presentara oposición. Así pues, confiando en su consentimiento, vuelve a realizar un contacto de índole similar. La actitud de B cambia en esta ocasión. Antes había omitido toda reacción para no afectar una amistad de décadas; ahora, ya harta de la situación, responde con total desagrado, señalándole que el vínculo que los une no le da derecho a ese tipo de contacto. Transcurrido un tiempo, sin tener presente esa advertencia, A repite la conducta en el marco de un distendido intercambio de bromas entre ambos. La respuesta que obtiene es idéntica a la anterior.

En este caso, A claramente sabe que no tiene el consentimiento de B para realizar ese tocamiento. Puede que antes partiera de un saber conceptual incorrecto, según el cual está permitido tocar a sus amigas de tal manera. Puede que incluso sea tan necio como para mantener ese saber incólume, es decir, que tome a B como una mera excepción a la regla. Pero en todo caso, debido a la contundente respuesta obtenida, ahora sabe que con B ese saber no resulta aplicable. Se ha formado, lisa y llanamente, un *saber práctico* con respecto a B. Si aun así reitera su intento, lo hará *sabiendo* que B no presta su consentimiento para esa especie de contacto con sus amigos.

Veo difícil que la doctrina fuese a excluir este saber de aquella constelación que califica de *co-consciente* y a la que asigna la suficiente entidad como para satisfacer el presupuesto cognitivo del dolo. Pero hasta donde alcanzo a ver, tal calificación y suficiencia no es que sea rechazada, sino que ni siquiera es propuesta cuando se trata de saberes (prácticos, pero) de orden causal. Y ello no deja de extrañar cuando se advierte que entre aquel saber referido a una dimensión de sentido (léase, referido a un elemento normativo situacional) y este saber causal (o vinculado al elemento causal) media una estructura de origen idéntica: en ambos, a partir de ciertas condiciones fácticas, se deduce un saber específico. En el primer caso, ante la negativa de B, se logra el saber práctico de que B no consiente tal tipo de contacto (léase, de que el contacto tiene y tendrá el sentido de «no consentido»); en el segundo, dado el colapso del paciente o el cuadro de hipoxia sufrido por el menor, se obtiene el saber práctico de que en esos sujetos el medio empleado genera las consecuencias ya apuntadas (léase, que el medio, aplicado a tales objetos, es y será «causal de un específico resultado»). Si para el dolo es suficiente un saber práctico referido a un elemento situacional (descriptivo o normativo), no veo por qué deba ser diferente cuando se cuenta con un saber práctico de orden causal. El lector podrá compartir o rechazar estas reflexiones, pero tendrá que admitir que una opinión disímil suena poco congruente.

d. *La semántica de lo actual y las tesis fuerte y débil de la co-consciencia*

Con lo dicho anteriormente, podemos volver a la cuestión dejada en suspenso: si en los casos tratados, debido a que el sujeto cuenta con el respectivo saber, debe siempre hablarse de una consciencia *actual*, pese a que al actuar nunca ha puesto su atención en la circunstancia sabida. En este aspecto, no puede obviarse que el objetivo de PLATZGUMMER era afirmar que lo co-consciente también es *actual*, de modo que en los casos problemáticos este requisito pueda tenerse por salvado. Dicho de otro modo, que al momento del acto lo sabido es co-pensado, aunque la atención del sujeto no se dirija a ello. Al fin y al cabo, notará el lector, lo que está en juego no es otra cosa que la semántica que cabe otorgar a la idea de *lo actual*.

A decir verdad, con miras a esta ansiada pero esquiva actualidad, la doctrina de la co-consciencia resulta útil bajo una condición bastante concreta: que se asuma imposible un caso en que lo sabido no resulte co-consciente, es decir, co-pensado. Formulado a la inversa: debe partirse de que durante el acto *siempre* se es co-consciente de aquel saber inherente o que lo afecta a uno de forma directa, lo cual no parece generar mayores reparos, mas también (y aquí viene el problema) de cualquier otra información que se posea, en tanto ocurra un acto de percepción que guarde un vínculo con ella. Naturalmente, este último aspecto es el menos obvio. Para su efectividad demanda de un presupuesto adicional y, por cierto, lógicamente anterior al ya enunciado: asumir que *cada saber* no vinculado al sujeto cuenta con un acto de la percepción capaz de condicionar una co-consciencia a su respecto y que, *siempre* que esta percepción tiene lugar, el saber respectivo inmediatamente se activa a un nivel co-consciente. A esta forma de entender la doctrina de la co-consciencia puede denominársela *tesis fuerte* de la co-consciencia.

Por oposición a ello, es posible presentar una *tesis débil*, la cual opera cuando, no admitiéndose la validez de la premisa compuesta de la *tesis fuerte*, se la decide reemplazar por la(s) siguiente(s): *no siempre* una percepción vinculada al saber activa ese contenido a nivel co-consciente y/o la co-consciencia de ciertos saberes no puede ser sensorialmente condicionada porque *algunos* saberes carecen de un acto de la percepción que así lo permita. La opción por esta interpretación débil, notará el lector, merma de forma considerable la utilidad de la construcción teórica. Por un lado, el problema inicial de la actualidad de la consciencia se traslada al de la percepción condicionante de la co-consciencia, no lográndose con ello avance alguno en la solución buscada: a fin de lograr la tan ansiada actualidad, ahora debe definirse *en qué casos sí y en qué casos no* una determinada percepción condiciona que lo sabido sea co-pensado (y siempre que ese saber cuente con una percepción que lo habilite). Por otro lado, al limitarse el radio de acción de la co-consciencia condicionada por la percepción, de la teorización inicial sólo queda aquello que no genera mayor debate, pues los saberes vinculados a circunstancias que afectan al agente suelen i) asumirse siempre conscientes¹⁵¹, o ii) atribuirse como parte de la consciencia independientemente de si fueron traídos o no a la mente¹⁵², o iii) implícitamente admitirse como conscientes debido al conocimiento de estar desarrollándose una actividad vinculada a tal saber¹⁵³. Incluso FRISCH, quien se ha mostrado crítico de la doctrina de la co-consciencia¹⁵⁴, reconoce que este ámbito del saber no resulta problemático para la afirmación del dolo¹⁵⁵.

¹⁵¹ Así ya, v. WICK, *ACR*, (4), 1857, p. 612.

¹⁵² En este sentido, RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 516 s.

¹⁵³ Al respecto, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.^a ed., 2020, 12/123.

¹⁵⁴ Su posición puede consultarse en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 179 ss.

¹⁵⁵ Así, FRISCH, «Vorsatz und Mitbewußtsein», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *GS Arm. Kaufmann*, 1989, p. 322, aunque también curiosamente extendiendo su reflexión a ciertos saberes no vinculados a la persona del propio autor.

La posición de PLATZGUMMER cuadra perfecto con la *tesis fuerte*. El mejor indicio se observa cuando aborda el caso de la menor sexualmente agredida, es decir, cuando alega que el abusador de la menor, cuya concreta edad conoce, co-conscientemente actualiza este saber con la sola percepción de su persona¹³⁶. Esta afirmación, naturalmente, más allá de parecer orientada a cubrir lagunas en su teoría¹³⁷, resulta difícil de aceptar¹³⁸. O utilizando las palabras de JAKOBS: no parece más que una mera ficción¹³⁹. La percepción de una persona menor de edad probablemente pueda –y esto debería confirmarlo la Psicología– elevar a nivel co-consciente el dato sabido de su minoridad. Una razón para así pensarlo radica en que esa información, debido a rasgos externos, deviene inferible a través de los sentidos, de modo que incluso en un primer contacto –hasta cierto límite de edad– podría advertirse que es portadora de tal característica. Pero muy distinto es afirmar que la mera y sola percepción activa en consciencia un saber tan concreto como la edad de la menor, al punto que con tenerla ante sus ojos el autor no sólo la conciba como una menor de edad, sino co-conscientemente como una menor de tal específica edad.

Cabe admitir que la propuesta de PLATZGUMMER va demasiado lejos. Resulta contraria a la más simple experiencia la idea de que una percepción tenga el efecto de generar una actualización –aun a un nivel co-consciente– de toda la información que previamente se ha obtenido y por ello se posee respecto de una persona u objeto¹⁴⁰. De hecho, la cuestión va más allá de cualquier intuición general. Pasadas más de tres décadas, la advertencia de JAKOBS sobre la ausencia de reglas psicológicas que validen tal conclusión presenta hoy, valga la palabra, una total “actualidad”¹⁴¹. A modo de ejemplo, ROXIN y GRECO destacan lo dudoso de que un suboficial que golpea a un cabo amigo de otra unidad durante una pelea en la cantina sea co-consciente de maltratar a un subordinado (cfr. § 30 de la Ley penal militar alemana –WStG–). En la propuesta que formulan, la co-consciencia debe fundamentarse en el concreto contexto en el que se desarrolla la acción, pues de otro modo se corre el riesgo de extender el dolo en demasía, atribuyéndole todo lo que alguna vez fue objeto de la experiencia y se conoce de forma latente¹⁴².

Ahora bien, lo convincente de esta crítica no da razones para concluir, como no obstante hacen estos autores, que la activación de un saber por vía de una percepción deba ocurrir cuando lo sabido haya alcanzado un grado considerable de internalización¹⁴³. A decir verdad, con ello no se hace más que asumir una *tesis débil* de la co-consciencia y, por tanto, que lo co-consciente, cuando puede demostrarse como tal (lo cual presupone admitir la existencia de un acto de la percepción capaz de activar tal saber), es ciertamente *actual*. Por un lado, queda claro que, a diferencia de lo que propone la *tesis fuerte*, en esta *tesis débil* no basta con la existencia de un acto de la percepción ligado a un saber: la actualización demanda, además, un determinado grado de internalización de aquel saber. Pero por el otro, esta *tesis débil* comparte con la *fuerte* que

¹³⁶ PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 83 s., 86 s.

¹³⁷ Pues queda claro que la edad de la menor no compone la categoría del *saber concomitante permanente* que Platzgummer restringe a las circunstancias personales o íntimamente ligadas a la vida del autor.

¹³⁸ Crítico ya de tal derivación, ROXIN, «Literaturbericht. Allgemeiner Teil», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1/2), 1966, p. 255.

¹³⁹ JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/12.

¹⁴⁰ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128. También en este sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 64 s.; KÖHLER, M., *GA*, 1981, pp. 290 s.

¹⁴¹ JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., 1991, 8/12.

¹⁴² ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128. También críticos, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 121 s.; GONZÁLEZ LILLO, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, (2), 2019, p. 22. Aunque desde otra perspectiva, véase a su vez la objeción de KÖHLER, M., *GA*, 1981, pp. 290 s.

¹⁴³ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128.

ninguna pretende afirmar que a partir de la percepción el sujeto efectivamente pensará en lo sabido; ambas señalan que mediante ella se será co-consciente de lo sabido, es decir, que lo sabido será co-pensado. En todo caso, la *débil* no es sino de una “versión cuidada” de la tesis de PLATZGUMMER, orientada, claro está, al mismo objetivo: salvar la sagrada actualidad de la consciencia, siempre necesaria para la afirmación del dolo. Una actualidad que, sin embargo, si se la toma en el sentido originario del poner la atención en ello, tampoco en esta alternativa parece superar la crítica dirigida a la *tesis fuerte*. Al fin y al cabo, también aquí la actualidad no es más que una tranquilizadora *ficción*. Pero en ambos casos, cabe observar, una ficción orientada a la *actualidad* de lo sabido y no en cambio con respecto a *lo sabido*. Por ello, la apresurada crítica de objetivismo que ensayan M. KÖHLER y DÍAZ PITA no puede ser compartida¹⁴⁴. Sobre todo en el caso de esta última, quien, por motivo de no advertir la diferencia entre los planteamientos de PLATZGUMMER y SCHMIDHÄUSER, recurre al supuesto de la agresión sexual de un menor, no destacando el conocimiento de su edad previo al acto, sino la posibilidad de que tal circunstancia, a pesar de lo evidente de la situación, no sea (por vez primera) advertida¹⁴⁵.

e. *Posibles objeciones desde el plano procesal*

Un último aspecto a ser considerado es si estas reflexiones teóricas resultan relevantes en el plano práctico; algo que, a modo de ejemplo, un autor como RAGUÉS terminantemente niega. Cabe observar que, a diferencia de cómo ensaya su crítica al abordaje meramente gráfico, en este específico ámbito los argumentos que invoca no parecen limitarse a la impracticabilidad del aporte (léase, conforme indica, a la imposibilidad de tener por probadas sutilezas psicológicas), sino también a su irrelevancia (pues, a su entender, tales saberes serían ya atribuidos como conscientes)¹⁴⁶. Es cierto que los supuestos que la doctrina identifica como problemáticos en la práctica judicial suelen ser muchas veces obviados. En el común denominador de los casos, el hecho objeto de acusación (a ser probado o tenido por probado en la sentencia de condena) resulta descrito afirmando que el sujeto se ha representado el elemento típico en cuestión, y no mucho más que eso. Retomando algunos de los ejemplos planteados: que quien tocó a su amiga se representó su falta de consentimiento para ese tipo de contacto, que quien golpeó a su padre tuvo especialmente en cuenta que golpeaba a su padre y no a otra persona, o que quien agredió sexualmente a la niña se representó su concreta edad (o el hecho de que tenía menos de 16 años)¹⁴⁷. Y si quejándose el acusado preguntase por qué se describe el hecho de tal manera, si (honestamente, no como mero argumento de defensa) dijese que durante su acto ni siquiera pensó en tales circunstancias, la respuesta que obtendría no sería nada diferente a «¡es que tú lo sabías!». En este sentido, como observa RAGUÉS al describir la situación, la práctica tribunalicia suele trabajar con simples binomios como los de conocimiento/desconocimiento, consciencia/no consciencia o representación/no representación¹⁴⁸.

Pero esta descripción de la realidad, de todos modos, no puede ser tomada como parámetro, porque es reflejo de tres vicios dignos de ser corregidos. Es una *práctica no fidedigna*, ya que, en

¹⁴⁴ Véase, KÖHLER, M., *GA*, 1981, pp. 290 s.; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, pp. 62 s.

¹⁴⁵ Así, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, 1994, p. 63. No obstante, aludiendo al caso en que se tiene un conocimiento previo de la edad del menor, KÖHLER, M., *GA*, 1981, p. 290.

¹⁴⁶ RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, pp. 515 ss.

¹⁴⁷ Incluso, si, conforme aquí se propone, se toman en consideración los saber prácticos de carácter causal, se dirá que tanto el médico (que nuevamente suministra la medicación) como el padre (que nuevamente ejecuta la maniobra de asfixia) se representaron, respectivamente, las lesiones del paciente y del bebé.

¹⁴⁸ RAGUÉS, *El dolo y su prueba*, 1999, p. 515.

su reduccionismo a las categorías mencionadas, todas ellas en general representativas de una *actualidad*, asume presente un *pensar en lo sabido* que no siempre ocurre en la realidad. En este sentido, la ficcionada actualidad de la consciencia objetada a las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia culmina aquí nuevamente replicada, al atribuirse a quien, por ejemplo, sabe la edad de la menor, cualesquiera de las categorías cognitivas mencionadas, significativas de un tener en mente la circunstancia típica. Es además una *práctica imprecisa*, pues no distingue lo que el sujeto ha activado en consciencia de lo que es simplemente sabido. Todo es actual, pues la atribución es de representación, consciencia o conocimiento. Aquél «¡tú lo sabías!» se traduce como un «¡lo has tenido en mente al hacerlo!». Y es una *práctica evitable*, porque en el específico ámbito de lo sabido, la distinción entre *lo sabido pensado* y *lo sabido no pensado* es enteramente practicable. En ciertos supuestos, hasta puede decirse que resulta evidente. ¿Acaso suena lógico afirmar que el agresor sexual piensa en la edad de la menor en el momento específico del acto? Incluso un lego, apoyándose en una psicología popular no refinada por los desarrollos en materia probatoria, se aventaría a negar la representación de esta circunstancia.

Así pues, también desde una –en palabras de RAGUÉS– imputación social del conocimiento, debería afirmarse que el sujeto no se ha representado la circunstancia típica, pero sí al menos la ha sabido. Las reglas destinadas a la atribución de estados mentales pueden dirigirse a designar a) lo que válidamente cabe decir que el sujeto reconoció (de forma lingüística o gráfica) al momento del acto, mas también b) lo que con iguales fundamentos corresponde alegar que sabía, sea habiéndolo hecho objeto de una reflexión o no habiéndolo hecho objeto de una reflexión. Creo que el propio RAGUÉS compartiría esta apreciación, a pesar de decantarse por una visión unificada de los estados mentales a ser atribuidos. Desde esta perspectiva, el diseño del objeto de la acusación no tiene por qué recurrir a categorías genéricas, cuando la práctica probatoria cuenta con instrumentos suficientes para realizar ciertas distinciones.

Ahora bien, si los vicios de la práctica tribunalicia no pueden ser el parámetro para la resolución del problema, tampoco es aconsejable que esta práctica opere con categorías genéricas debido a una imposición externa, es decir, a fin de dar cuenta del estado mental *actual* que al derecho penal material concretamente le interesa. No es aconsejable porque los fines de la praxis probatoria, como parte del derecho procesal, son distintos a los que el derecho penal persigue al valorar los hechos que aquella le provee¹⁴⁹. La práctica probatoria busca reconstruir situaciones fácticas¹⁵⁰, naturalmente dentro de un espectro de relevancia delimitado por aquél, pero sin pretensión alguna con respecto a cómo deben ser luego valoradas. Sólo si esta práctica se somete al derecho penal material, si relega su propia identidad, si comienza a interesarse por la valoración de los hechos que afirma, si, por ejemplo, construye reglas probatorias destinadas a que en situaciones muy disvaliosas deba siempre afirmarse el presupuesto psíquico requerido para un castigo agravado como el del dolo, es que puede arribarse a ficciones tales como que el agresor sexual, al realizar su acto, pone el foco de atención en la concreta edad de su víctima, es

¹⁴⁹ Este aspecto no parece ser tenido en cuenta por SÁNCHEZ-MÁLAGA, «La expansión del derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 905 s., quien, en lo que se advierte como una clara injerencia de los intereses penales en la práctica probatoria, busca fundar la atribución del estado mental requerido para el dolo en que, de acuerdo con el contexto de actuación, el sujeto debiese y pudiese tener ese estado mental, y no resultase racional que confiase en la no realización del tipo.

¹⁵⁰ Y, por cierto, situaciones fácticas reales, verdaderas, aunque en su camino hacia la verdad (como ideal) vea limitados sus recursos por razones institucionales. Si ello implica una verdad *construida* o sólo *aproximativa* (así, respectivamente, FREUND, *Normative Probleme*, 1987, pp. 151 ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 1995, pp. 50 ss.), es algo que no puede ser aquí abordado. Para una interesante crítica a tales posiciones véase PÉREZ BARBERÁ, «Prueba legítima y verdad en el proceso penal I», *Isonomía*, (52), 2020, pp. 17 s., 20.

decir, que al agredirla tiene una consciencia *actual* de tal circunstancia. Si ello ocurriese, nos encontraríamos ante un procedimiento de atribución de estados mentales totalmente desligado de los estándares con los que interpretamos las acciones cotidianas, pero ante todo frente a un procedimiento puesto al servicio de necesidades político-criminales. Quien tenga estos términos por aceptables, estará obviando que el proceso penal, al orientarse a la satisfacción de la justicia material del caso¹⁵¹, también supone una garantía para el ciudadano, a saber, la de que las valoraciones que realice el derecho penal material se harán sobre hechos reconstruidos de la forma más fiel posible a como ocurren en la interacción social cotidiana. En este sentido, así como no cabe asignar a la praxis probatoria una incapacidad de rendimiento en ámbitos en que mantiene su utilidad, tampoco corresponde considerarla un instrumento maleable, con el cual acomodar las afirmaciones sobre el hecho a las necesidades político-criminales de turno.

f. *Lo actualizable como aspecto (también) conformador de una actuación consciente*

Descartadas las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia, así como la alternativa que se ofrece desde un prisma procesal, la investigación se encuentra en condiciones de ensayar una propuesta más precisa y, sobre todo, ajena a las *ficciones* a las que suele recurrirse. Es que, a decir verdad, no median razones para obviar tres “realidades” que se nos imponen.

La primera es difícilmente controvertible: existen circunstancias que, pese a ser de interés para el derecho, al realizar un acto nunca o rara vez se presentan en consciencia de forma *actual*, si por esta modalidad, como corresponde e inicialmente propusiera la doctrina, se entiende un *pensar o poner la atención* en ellas. La academia no estaba equivocada al identificar este aspecto como problemático, pero tal reconocimiento no habilita a salir del paso pervirtiendo el concepto mismo de *actualidad*, como hace la doctrina dominante, o mediante el recurso a sistemas que, en la práctica, derivan en inaceptables lagunas de punibilidad¹⁵².

La segunda tiene que ver con que, superada la barrera de lo potencialmente cognoscible, aquello ya conocido, si no es objeto de la atención durante el acto, resulta de todos modos *actualizable*, es decir, pasible de ser actual. Esta distinción es fundamental para evitar la confusión con el desconocimiento: lo actualizable no implica un *poder saber* (un conocimiento que, al ser potencial, requiere ser adquirido), sino un *poder atender* lo ya sabido (un saber disponible, aunque no ocupe el foco atencional). Dicho de otra manera, aquello *a conocer*, aquello que previo al acto *no se conoce*, puede evolucionar a *algo conocido* o permanecer como *cognoscible*, es decir, mantenerse en el ámbito de un conocimiento potencial; aquello que *ya se conoce*, en cambio, nunca puede ser potencial, sino simplemente *actual* o *actualizable*. Nos hallamos aquí ante circunstancias que ya son parte del acervo de conocimientos del sujeto, pero ante todo frente a

¹⁵¹ En este sentido, TARUFFO, «Verdad y proceso», en EL MISMO, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 2013, p. 13; CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. I, 1998, pp. 34 s., 37; ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 30.^a ed., 2022, 1/1, 3.

¹⁵² Así por ejemplo el propuesto en KÖHLER, M., *GA*, 1981, pp. 294 s. Es cierto que, en tanto busca determinar la actualidad mediante indicios conductuales, dando allí plena operatividad al *in dubio pro reo*, la propuesta de M. Köhler pone un freno a la automática asunción del estado mental exigido para el dolo. Sin embargo, este proceder lejos está de solucionar el problema. Dado que en estos casos lo común es que no se observen indicios de actualidad o que la prueba indiciaria sólo rinda para una duda (*pro reo*), una coherente aplicación del sistema debe llevar (casi siempre) a negar una consciencia actual, a afirmar que el sujeto desconoció la circunstancia en cuestión y, por tanto, a decir que no se ha obrado de forma dolosa.

circunstancias cuya actualización no requiere un esfuerzo mayor, como sí ocurre en reflexiones más profundas o cuando se busca revelar lo inconsciente¹⁵³.

Finalmente, la tercera realidad radica en que también *lo actualizable* forma parte de un actuar consciente, pues en la consciencia, como estado opuesto al inconsciente, convive *lo sabido pensado* (o actual)¹⁵⁴ con *lo simplemente sabido* (o actualizable). En este aspecto, difícilmente *lo actualizable* pueda concebirse como un *desconocimiento*¹⁵⁵. El propio ROHRACHER así lo admite, explicando que lo co-consciente (aquí: lo actualizable) “despierta” cada mañana tan pronto como volvemos a la consciencia¹⁵⁶. Y a pesar de su específica posición al respecto, en un sentido similar lo explica FRISCH al trasladar el tema al campo penal. A la consciencia no sólo pertenece aquello que se entiende como claramente consciente, es decir, aquello que es objeto de la atención del autor. Entre lo claramente consciente y lo inconsciente se encuentra la categoría de lo co-consciente, en tanto aquello que está *disponible en todo momento*. En otras palabras, lo co-consciente está *ahí* si uno dirige su atención en la dirección adecuada¹⁵⁷.

En la propuesta que se acaba de esbozar, notará el lector, no se habla de co-consciencia o de lo co-consciente. No es que se busque negar categorías asentadas en la Psicología, sino dar cuenta de que su uso en la dogmática penal, como evidencia el estado de la discusión, ha traído más confusiones que certezas. Si por cuestiones prácticas se prefiere mantener la terminología, lo sabido al momento de actuar puede seguir designándose como *co-consciente*. La única condición sería aclarar que tal rótulo sólo alude a *aquello que, pese a ser sabido, no resulta objeto de la atención durante el acto*. Dicho de otro modo: siempre que, corrigiendo la tesis de la doctrina dominante, se renuncie a toda ficción y se admita que lo co-consciente es *actualizable* y no actual. La diferencia entre mi propuesta y las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia radica en que éstas, al fin y al cabo, pretenden fundamentar una actualidad en lo co-consciente, actualidad que, en mi propuesta, resulta en cambio negada. Puede así entenderse lo innecesario del recurso a una *percepción condicionante* o a un *grado elevado de internalización del saber*. Lo co-consciente (mejor: lo actualizable) es un saber que presenta dos características: resulta de fácil acceso al pensamiento y da forma a la acción que se realiza (la co-conforma). En pocas palabras, se trata de un saber que, siendo parte del acervo de conocimientos del sujeto, se encuentra a su disposición con sólo dirigir la atención de forma adecuada.

Por otro lado, también puede mantenerse la expresión al uso, siempre que se acepte que lo co-consciente (aquí: lo sabido no objeto de la atención), por el hecho de admitirse como meramente *actualizable*, no deja de ser parte de lo consciente. En las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia la tendencia hacia una ficcionada actualidad parece hallar motivo en la idea de que lo actualizable no puede ser consciente, es decir, que lo consciente, para poder serlo, debe ser

¹⁵³ Al respecto, véase FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178. En sentido similar, LEVY, *Consciousness and Moral Responsibility*, 2014, pp. 32 ss., quien alude a aquel saber que al sujeto le está *personalmente* disponible (léase: del que puede ser *personalmente consciente*), distinguiéndolo de aquel otro que sólo le está disponible de forma *disposicional* (léase: del que sólo puede ser *disposicionalmente consciente*).

¹⁵⁴ Y también lo que pertenece al punto anteriormente tratado: *lo pensado no previamente sabido*, que es producto del acto cognitivo realizado al comportarse en el mundo exterior, y que resulta siempre *actual*, sea que se desarrolle en términos gráficos o lingüísticos.

¹⁵⁵ Este aspecto ya había sido apuntado por ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (70-4), 1958, p. 598: para el dolo no siempre se requiere una consciencia actual, pues si el autor conoce la edad de la víctima no es necesario que al actuar el dato le sea explícitamente consciente.

¹⁵⁶ ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.ª ed., 1963, p. 53.

¹⁵⁷ FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 178.

siempre actual. En este sentido, la frase explicativa de la primera “realidad”, según la cual ciertas circunstancias sabidas «nunca o rara vez se presentan en consciencia de forma actual», no debe ser malentendida. En modo alguno indica que «no se presentan en consciencia por no reflejarse en el pensamiento actual». Ello implicaría una incorrecta equiparación entre consciencia y actualidad. Muy contrariamente, sólo señala que «se presentan en consciencia, mas no de forma actual». Tal vez pueda pensarse que lo aquí esbozado resulta similar a la propuesta de SCHEWE, seguida en España por BUSTOS RAMÍREZ. Lo que sigue intenta demostrar que ello no es así.

Al igual que la doctrina dominante, también SCHEWE admite que la ausencia de un pensamiento actual debe llevar a excluir el dolo¹⁵⁸. Sin embargo, su alejamiento resulta rápido pues, según aclara, dos son los errores en los que esta doctrina incurre. Por un lado, «actualidad» suele equipararse a «consciencia»¹⁵⁹, cuando procesos mentales actuales, como por ejemplo el «pensar en ello», no requieren de la ayuda de la atención consciente para mantener íntegra una orientación ya fijada¹⁶⁰. Por el otro, lo «no consciente aperceptivo» tiende a confundirse con lo «no consciente» en el sentido de lo no procesado o sólo «potencialmente» controlable¹⁶¹. Esto también sería erróneo porque la orientación hacia referencias no requiere dar cuenta explícita de ellas; se las considera como presupuestos evidentes, como base de todo comportamiento consciente, sin necesidad de una atención especial. A este respecto, SCHEWE recurre a la opinión de BASH, quien contrapone una «orientación no consciente» a una «orientación conscientemente reflexiva», en la que uno da cuenta explícita de aquellas referencias sobre las que se encuentra ya orientado. Por ello, «no consciente», a juicio de SCHEWE, no significa «no atendido y, por tanto, no procesado», sino «no atendido por ser evidente»¹⁶². Este «no consciente aperceptivo» posee la imperceptibilidad de lo que se da por supuesto y, como base de los procesos más conscientes, pertenece a las posesiones del «campo actual de la experiencia»¹⁶³.

En conclusión, para SCHEWE *actualidad* significa *pensar en ello*, circunstancia que también se presenta en una orientación *no consciente* (aperceptiva). De esta forma, y a diferencia de su acepción más estricta, la actualidad no se reduce al *poner la atención en ello*, que es lo que este autor señala como prototípico de una orientación *consciente*. El *pensar actual* y la *atención* aparecen así escindidos, quedando esta última relegada a una forma especial, cualificada o reflexiva del primero. En este sentido, lo no consciente, en tanto resulte aperceptivo, seguirá siendo *actual*, satisfaciéndose así la cognición requerida para el dolo. La misma idea se observa en BUSTOS RAMÍREZ¹⁶⁴. Conforme destaca, la actualidad no ha de ser entendida en el sentido de lo

¹⁵⁸ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, pp. 125 s.

¹⁵⁹ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 126.

¹⁶⁰ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 116.

¹⁶¹ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 126.

¹⁶² SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 115.

¹⁶³ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 126.

¹⁶⁴ Entre ambos autores, cabe aclarar, se verifica una pequeña discrepancia terminológica, que de todos modos no afecta la identidad de fondo. En Bustos *poner la atención y pensar en ello* son expresiones equiparables utilizadas para aludir a lo consciente. Ello no ocurre en Schewe, que sólo reserva el *poner la atención* para este ámbito. El *pensar en ello*, en cambio, es sinónimo de la *actualidad* que caracteriza lo consciente como lo no consciente aperceptivo. Otro aspecto a destacar es que Bustos, al remitir a Schewe, traduce «Unbewußte» como «inconsciente», lo cual puede inducir a error. En todo caso, lo que debe quedar claro es que, al hablar de lo *no consciente*, Schewe no busca referirse a lo que no es parte de la consciencia sino del *inconsciente*¹⁶⁴. *No consciente* (*inconsciente* según Bustos) significa no abarcado por la atención, de modo que en la propuesta de ambos tanto *lo consciente* (en tanto sujeto a la atención) como *lo no consciente aperceptivo* (o pensado sin necesidad de la atención) resultan ámbitos regidos por la consciencia. Respecto a *lo inconsciente*, valga lo que de forma resumida señala KASTRUP, «There Is an ‘Unconscious’, but It May Well Be Conscious», *Europe’s Journal of Psychology*, (13-3), 2017,

atendido o del *pensar en ello*, sino como aquello que está presente, ya sea porque es atendido (consciente) o porque se da por supuesto (inconsciente dominado)¹⁶⁵.

A poco que se mira la cuestión, tiene razón BUSTOS cuando indica que quienes exigen un conocimiento actual se ven obligados a ampliar tal concepto, intentado no obstante mantenerlo en el ámbito de lo consciente¹⁶⁶. A decir verdad, lo que las *tesis fuerte y débil* de la co-consciencia hacen es ampliar el ámbito semántico de *lo consciente* y, por tanto, al verlo como sinónimo, también el de *lo actual*. Pero no puede decirse que esta ficcionada extensión no suceda en la propuesta de SCHEWE y BUSTOS, pues a fin de garantizar la actualidad señalan que una apercepción no consciente también goza de tal característica. Si *lo no consciente aperceptivo* supone un pensar en ello (sólo que) no acompañado por la atención, entonces no median diferencias con la idea de que se es co-consciente de ello. En ambos casos se intenta afirmar una actualidad, sea no consciente (por no sujeta a la atención) o co-consciente (¡también por no sujeta a la atención!). Por *actual* –como se dijera al inicio de este estudio– *sólo puede entenderse un pensar o poner la atención en la circunstancia típica respectiva, en este caso ya previamente sabida*. De esta manera, *aquello sabido que no se ve acompañado de la atención, es decir, que no es pensado, sólo puede resultar actualizable*. Otra alternativa supone pervertir el concepto mismo de actualidad.

Ahora bien, esto no debe llevar al siguiente error: creer que lo sabido, cuando permanece en el ámbito de lo meramente actualizable, resulta ajeno a la consciencia. Como ya se ha indicado, también lo actualizable conforma un actuar consciente, es parte de la consciencia al realizar el acto, y, por tanto, no puede decirse que al respecto medie una situación de *desconocimiento*. Tal vez un ejemplo de la vida cotidiana sea útil para disipar toda duda. Quien besa a su pareja, seguramente tenga su atención puesta en el acto de besar a la persona que se encuentra frente a él. Al hacerlo, no pensará en el dato «es mi pareja». Tal circunstancia lejos estará de tener una actualidad en consciencia conforme ha sido aquí delimitada. Y sin embargo, nadie se atreverá a decir que, dado que el sujeto no reflexiona sobre ello, de forma consciente simplemente besa a quien tiene en frente y sólo de forma no consciente (o inconsciente) besa a su pareja. Formulado de otro modo: nadie dirá que al realizar el acto *desconocía* que a quien besaba era su pareja. Se trata, incuestionablemente, de un acto consciente de «besar a la pareja», a pesar de que el dato sabido «es mi pareja» resulte para aquél sólo *actualizable*. Lo mismo sucede con quien, no pensando en la circunstancia respectiva, la cual, no obstante, es parte de su acervo de conocimientos, golpea durante una discusión a su padre o abusa de alguien menor de una determinada edad. Lo que SCHEWE y BUSTOS destacan como evidente¹⁶⁷ no es sino un aspecto de *lo consciente pasible de ser actualizado*.

Lo hasta aquí desarrollado, notará el lector, tiene un claro tinte adscriptivista. Al emplearse frases como «nadie se atrevería a decir que...» se está echando mano a aquello que la experiencia general nos provee respecto de un *caso-tipo*. ¿Resulta esto objetable? La realidad es que no, ni en lo que atañe al método, ni en lo que refiere a la verdad de la conclusión aquí sustentada. En cuanto al método, así es que operamos en la vida cotidiana: fundando inferencias en regularidades nómicas. En cuanto a la verdad de la conclusión, ella no presupone adscribir

p. 559: para la psicología profunda, la psiquis humana consta de dos segmentos principales, uno consciente, que comprende aquello accesible por vía introspectiva, y otro inconsciente, no accesible por tal vía pero que influye en los pensamientos, sentimientos y comportamientos conscientes.

¹⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, 4.ª ed., 1994, p. 304.

¹⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, 4.ª ed., 1994, p. 303.

¹⁶⁷ SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, p. 115; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, 4.ª ed., 1994, p. 304.

estados mentales prescindiendo de su eventual correlato fáctico, sino hacerlo partiendo del cuerpo de saberes que conforman la psicología popular. Y en este contexto, parece claro que a determinadas intervenciones en el mundo suele asignárseles un carácter consciente, incluso admitiendo que el sujeto no piensa en ciertos caracteres que acompañan a su comportamiento. Dicho de forma simple: asumiendo que *lo consciente* abarca mucho más que *lo actual*¹⁶⁸.

Quien permanezca escéptico frente a la eficacia de estas reglas de la psicología popular, bien puede comprobar las inferencias resultantes mediante un método más simple: consultando al interlocutor mismo¹⁶⁹. Retomando el caso de quien besa a su pareja, si al finalizar su acción se le pidiese que la describa, puede apostarse que la respuesta que dará –si el interlocutor es sincero (¿y por qué acaso no habría de serlo aquí?)– será «he besado a mi pareja», y no, en cambio, «he besado a una persona y ahora, actualizando el dato de que es mi pareja, logro advertir que en concreto besé a mi pareja». Y si además se le preguntase si previo a besarla pensó en que se trataba de su pareja, seguramente su respuesta sea un «no» rotundo. Nuevamente: no hay contradicción alguna en afirmar que ciertas circunstancias sabidas hacen parte del actuar consciente, aun siendo simplemente actualizables. Confundir un *no pensar en ello* con un *desconocimiento* sería equiparar la consciencia con respecto a un objeto, que es lo habitualmente requerido para el dolo, con lo que en cambio es la reflexión.

Los ejemplos *del beso* y *del golpe al padre* son de utilidad para seguir precisando lo aquí sugerido: ambos dejan en evidencia que, incluso en los contactos más estrechos, por regla se carece de un pensamiento actual sobre aquello que se sabe. Por ello, tampoco el grado de internalización del dato, conforme propone la *tesis débil* de la co-consciencia, permite salvar el carácter meramente actualizable de lo sabido en estos supuestos¹⁷⁰. A decir verdad, el punto no radica en *cuándo* o *bajo qué condiciones* lo sabido se actualizará en consciencia. Se trata de aceptar algo mucho más simple: que además de *lo actual* existe *lo actualizable*, que durante el acto puede permanecer en un nivel *actualizable*, y que, aun siendo *actualizable*, da forma al actuar consciente por ser parte del estado de la *consciencia*. *Lo actual*, en todo caso, es solo el aspecto restante de este estado.

En general, lo aquí propuesto no conduce a resultados prácticos disímiles a los sostenidos en las alternativas previamente estudiadas. Salvo en el ámbito de los saberes prácticos de orden causal, en los casos usualmente citados como problemáticos la doctrina no hace otra cosa que, de una u otra manera, afirmar que lo sabido se presenta a un nivel actual, lo cual le permite tener por satisfecho el elemento cognitivo del dolo. Las formas en que tal conclusión es fundamentada, no obstante, resultan claramente disímiles, pero pueden resumirse de la siguiente manera. Para las *tesis fuerte* y *débil* de la co-consciencia, *lo actual* es siempre consciente, bien por ser objeto de la atención, o bien por ser co-pensado o co-atendido, es decir, por ser co-consciente. Para la tesis de SCHEWE y BUSTOS RAMÍREZ, *lo actual* es siempre un pensar en ello, que puede ser consciente (cuando se ve mediado por la atención), mas también no consciente (si se encuentra guiado por

¹⁶⁸ Por ello, aunque la praxis judicial (que no opera sino de forma adscriptiva) suele incurrir en ficciones al reconducir los casos a estructuras que aluden a un pensamiento actual (*i.e.*, asumiendo ya una representación), la *justificación* que habitualmente brinda es en parte verdadera. La cuestión no radica en rechazar la adscripción como método, sino en ajustar las premisas que fundamentan la inferencia (atributiva de un estado mental). Con ello, dentro de lo que este proceder provee, logra distinguirse su núcleo de verdad de aquello que, en cambio, sólo resulta un exceso (bien basado en un error o en un interés funcionalmente orientado). En este aspecto, el clásico «¡tú lo sabías!» al que la lógica tribunalicia recurre, en el fondo, no refleja otra cosa que un estado permanente de lo sabido en la consciencia. Dicho de otro modo, un «¡tú lo sabes, aunque no pienses en ello!».

¹⁶⁹ También destacando esta alternativa (aun así, falible), GONZÁLEZ LILLO, *InDret*, (2), 2019, pp. 20 s.

¹⁷⁰ En tal sentido, sin embargo, ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5.ª ed., 2020, 12/128.

la apercepción). En cambio, para la propuesta que aquí se ensaya, *lo actual*, en tanto lo atendido o pensado, es siempre consciente, lo mismo que *lo actualizable*, por conformar la acción y estar inmediatamente disponible al pensamiento en caso de dirigirse la atención a ello.

Esta precisión teórica, en todo caso, permite sacar a la luz algo que permanece velado en el tratamiento habitual y que, para mayor claridad, debería ser trasladado a la conceptualización del dolo: que cuando se trata de circunstancias sabidas al momento de actuar, en la práctica, y más allá de la explicación que se brinde, no se requiere más que su carácter *actualizable*. La *Fórmula* de BOCKELMANN, si se la reduce al punto aquí en análisis, reproduce de forma perfecta el pensamiento oculto detrás de la temática: el presupuesto cognitivo del dolo se ve ya satisfecho si aquello que el autor *sabe* devendría actual en caso de hacerlo objeto de la reflexión¹⁷¹.

6. Conclusiones

Los puntos fundamentales de este estudio pueden resumirse de la siguiente manera:

- 1) A pesar de que la doctrina continúa afirmando que el dolo requiere una consciencia *actual* de los elementos del tipo, las matizaciones que luego introduce son significativas de que este postulado, más allá de lo declarativo, no es seguido a pies juntillas. Una consciencia actual, en todo caso, demanda que la atención del sujeto se dirija hacia el objeto, que se piense en él, lo cual, aplicado de forma coherente, lleva a soluciones axiológicamente inadmisibles.
- 2) En la discusión sobre la actualidad de la consciencia, la doctrina, con su habitual y automático recurso a la *co-consciencia*, suele pasar por alto que el problema afecta a dos planos de la cognición disímiles, cada uno de los cuales demanda un específico aparato teórico para su correcto tratamiento. En este sentido, el ámbito de aplicación de la doctrina de la *co-consciencia* es más restringido de lo que tiende a pensarse.
- 3) El primer plano es el del *acceso al objeto a ser conocido durante el acto*, el cual, contrariamente a lo que podría pensarse, no requiere un pensamiento mediado por el lenguaje. Los seres humanos somos capaces de comprender las cosas de forma gráfica, es decir, sin la necesidad de re-representárnoslas a través de las palabras. La actualidad de la consciencia, como exigencia habitual para el dolo, se encuentra garantizada tanto en el pensamiento intelectual-lingüístico, como en el pensamiento intelectual-material (o gráfico).
- 4) El segundo plano es el de *aquello ya sabido al momento de actuar*. Los recursos empleados para intentar recrear una *actualidad* en lo sabido (léase: la *co-consciencia* o la no consciencia aperceptiva) no culminan sino derivando en una versión ficcionada e innecesaria de *lo actual*. Ficcional porque *lo actual* es aquello –y sólo aquello– sobre lo que se pone el foco de atención. Innecesaria porque en este ámbito basta con que el saber resulte *actualizable*, es decir, con que el sujeto pueda pensar, reflexionar, poner la atención en aquel saber que *dota de sentido* a su actuar *consciente* y le resulta de *fácil acceso*. *Lo actualizable*, en este sentido, también forma parte de *la consciencia*, al igual que *lo actual*. El punto a aclarar es que, tratándose de un dato que el sujeto ya posee, en modo alguno supone un conocimiento de carácter potencial. Conocimiento potencial y posibilidad de actualizar lo sabido no significan lo mismo. Lo actualizable, en todo caso, no implica un mayor esfuerzo de reflexión: se trata de aquel saber siempre disponible, si es que la atención es puesta en la dirección correcta.

¹⁷¹ BOCKELMANN, *GS Radbruch*, 1968, pp. 254 s. (sin cursivas en el original).

5) Sea que se trate de circunstancias *a conocer* durante el acto o de circunstancias *ya sabidas* al actuar, mientras los presupuestos de los puntos anteriores se vean satisfechos, sólo erróneamente podrá hablarse de un desconocimiento. Sin embargo, en aras a evitar equívocos y eludir ficciones innecesarias, sería recomendable que los estudios que en un futuro aborden el tema concedan sin más lo siguiente: *el elemento cognitivo del dolo demanda una consciencia actual (gráfica o lingüística) de aquello a conocer durante el acto, pero sólo una consciencia actualizable de aquello ya conocido al momento de actuar*. En todo caso, más que una consciencia actual, lo que en el fondo se requiere no es sino *un actuar en consciencia* de la circunstancia típica en cuestión.

7. Bibliografía

- BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, 2.^a ed., Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, 1999.
- BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2-2, 2.^a ed., Felix Meiner, Leipzig, 1916.
- BOCKELMANN, «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», en KAUFMANN, A. *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1968, pp. 252-259.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.
- CARPZOV, *Practicæ novæ imperialis saxonicae*, 2.^a ed., Michaelis Wendt Editor, Wittebergæ, 1646.
- CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.
- CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2.^a ed., Bdef, Ciudad de Buenos Aires, 2005.
- DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Opera Omnia*, t. I, Ioannem Feyrabendt, Francoforti ad Mœnum, 1599.
- DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ENGISCH, «Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (70-4), 1958, pp. 566-615.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 18.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931.
- , *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Alfred Töpelmann, Giessen, 1907.
- FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung“*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987.
- FRISCH, «Vorsatz und Mitbewußtsein - Strukturen des Vorsatzes», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 311-350.
- , *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (40-3), 1987, pp. 579-607.

GRECO, «Objektive Zurechnung als Vorsatzgegenstand? Überlegungen aus Anlass des BGH-Urteils zum Göttinger Transplantationskandal (BGHSt 62, 223)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2018, pp. 539-548.

———, «Dolo sem vontade», en RAPOSO *et al.* (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 885-903.

GONZÁLEZ LILLO, «(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia “inconsciente”», *InDret*, (2), 2019, pp. 1-42.

HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *Der Gerichtssaal*, (54), 1897, pp. 161-185.

HEIMS, «Zur Lehre vom Schuldbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (40), 1919, pp. 743-769.

HELMI, *Die Tötungshemmschwelle als Indiz zur Begründung bedingten Vorsatzes*, Kovač, Hamburg, 2012.

JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

———, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOECKS/KULHANEK, «§ 16», *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 4.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1993.

KASTRUP, «There Is an ‘Unconscious’, but It May Well Be Conscious», *Europe's Journal of Psychology*, (13-3), 2017, pp. 559-572.

KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus „Volljuristischer“ Sicht – 2. Teil: Die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes und die „Krise des Innern“ im Strafrecht –», *Juristische Arbeitsblätter*, 1986, pp. 310-321.

KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (48), 1928, pp. 1-10.

KÖHLER, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997.

———, «Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1981, pp. 285-300.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Franz Vahlen, München, 2017.

LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 26.^a ed., C. H. Beck, München, 2007.

- LACKNER/KÜHL/HEGER, *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., C. H. Beck, München, 2023.
- LENCKNER/EISELE, «Vor. §§ 13 ff.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch*, 27.^a ed., C. H. Beck, München, 2006.
- LEVY, *Consciousness and Moral Responsibility*, Oxford University Press, New York, 2014.
- LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- MAURACH/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 8.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1992.
- MAYER, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967.
- MEZGER, *Strafrecht: Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1949.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- NAU, *Die Bewußtseinsform bei normalpsychologischen Affekttaten: Ein Vorsatzproblem?*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001.
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 7.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2004.
- PERALTA, «El error inexcusable: fundamentos filosóficos y regulación positiva», en VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, v. I., Reus, Madrid, 2020, pp. 905-916.
- PÉREZ BARBERÁ, «¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada», *En Letra: Derecho Penal*, (VI-11), 2021, pp. 91-139.
- , «Prueba legítima y verdad en el proceso penal I», *Isonomía*, (52), 2020, pp. 5-29.
- , *El dolo eventual*, Hammurabi, Ciudad de Buenos Aires, 2011.
- PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Springer, Viena, 1964.
- PUPPE, «§ 15», en KINDHÄUSER/NEUMANN *et al.* (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 6.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.
- , «§ 16», en KINDHÄUSER/NEUMANN *et al.* (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 6.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.
- , «§ 15», en KINDHÄUSER/NEUMANN *et al.* (eds.), *NomosKommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 3.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2009.
- RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2007.
- , *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., C. H. Beck, München, 2022.
- RINCK, *Der zweistufige Deliktaufbau*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

ROHRACHER, *Einführung in die Psychologie*, 8.^a ed., Urban & Schwarzenberg, Viena-Innsbruck, 1963.

ROXIN, «Literaturbericht. Allgemeiner Teil», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78-1/2), 1966, pp. 214-262.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 5.^a ed., C. H. Beck, München, 2020.

ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 30.^a ed., C. H. Beck, München, 2022.

RUDOLPHI, «§ 16», en EL MISMO/HORN *et al.*, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 5.^a ed., Alfred Metzner, Neuwied-Frankfurt am Main, 1989.

———, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Schwartz, Göttingen, 1969.

RUDOLPHI/STEIN, «§ 16», en WOLTER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 8.^a ed., Carl Heymanns, Köln, 2012.

SÁNCHEZ-MÁLAGA, «La expansión del derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.) *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 893-907.

SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Luchterhand, Berlin, 1967.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984.

———, *Einführung in das Strafrecht*, 2.^a ed., Westdeutscher, Opladen, 1984.

———, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS/NAUCKE (eds.), *Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 317-338.

SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 11.^a ed., C. H. Beck, München, 1963.

———, *Strafgesetzbuch*, 9.^a ed., C. H. Beck, München, 1959.

SCHOOLER, «Re-representing consciousness: dissociations between experience and meta-consciousness», *Trends in Cognitive Sciences*, (6-8), 2002, pp. 339-344.

SCHROEDER, «§ 16», en JÄHNKE/LAUFHÜTTE *et al.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 11.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2003.

SCHÜTZ, *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Wert*, Julius Springer, Viena, 1932.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025.

———, «Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (44-1), 1991, pp. 1-23.

———, «Revista de Revistas. Recensión a Schünemann», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-2), 1987, pp. 537-548.

———, «La función negativa del concepto de acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (39-3), 1986, pp. 905-933.

STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, «§ 15», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch*, 30.^a ed., C. H. Beck, München, 2019.

STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000.

———, «Unbewußte Finalität?», en STRATENWERTH *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin, 1974, pp. 289-305.

STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat*, 6.^a ed., Franz Vahlen, München, 2011.

TARUFFO, «Verdad y proceso», en EL MISMO, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D. F., 2013, pp. 13-30.

VERREL, «(Noch kein) Ende der Hemmschwellentheorie?», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, pp. 309-312.

VOGEL/BÜLTE, «Vor. § 15 ff.», en CIRENER/RADTKE *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 13.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2020.

———, «§ 15», en CIRENER/RADTKE *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 13.^a ed., de Gruyter, Berlin, 2020.

V. HIPPEL, «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», en BIRKMEYER *et al.* (eds.), *Vergleichende Darstellung*, Band III, Otto Liebmann, Berlin, 1908, pp. 373-599.

V. WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *Archiv des Criminalrechts*, (4), 1857, pp. 572-625.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1969.

———, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, N. G. Elwert, Marburg, 1964.

———, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 8.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1963.

———, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 6.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1958.

———, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 3.^a ed., de Gruyter, Berlin, 1954.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 53.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2023.

WIMMER, «Über das Fehlen des Bewußtseins von Tatbestandsmerkmalen bei ungeordneten Triebhandlungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (49), 1929, pp. 675-687.

———, «Über die Bestrafung triebhaften Handels», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (47), 1927, pp. 101-136.

WYER JR., «Some determinants and consequences of beliefs», en ALBARRACÍN/JOHNSON (eds.), *The Handbook of Attitudes*, 2.^a ed., v. I, Routledge, New York, 2019, pp. 332-376.