

APA:

LAURENZO COPELLO, P. (2023). Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial. Teoría del Delito*, (37), 95-116.

## LOS COMPONENTES DEL DOLO: RESPUESTAS DESDE UNA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO\*

PATRICIA LAURENZO COPELLO\*\*

**SUMARIO:** 1. El problema del contenido psicológico del dolo: su importancia en la práctica judicial. 2. Las clases de dolo. 3. Una alternativa a la concepción clásica: la fundamentación teleológica-funcional y las teorías puras del conocimiento. 4. El problema de la culpa consciente. Bibliografía.

### RESUMEN:

La autora en el presente artículo analiza el desarrollo y las implicancias del dolo en el Derecho Penal. De este modo, inicia soslayando y exponiendo las principales deficiencias del contenido psicológico del dolo; a la vez, al analizar las clases de dolo, según la doctrina tradicional, se evidencian las diversas problemáticas sobre su fundamentación. Ante ello, expone sus ideas partiendo de los modernos enfoques teleológico-funcionales, que intentan reconstruir la teoría del dolo partiendo de criterios propios del Derecho Penal, para finalmente fundamentar que la esencia del dolo queda situada en el ámbito cognoscitivo.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Penal, dolo, clases de dolo, contenido psicológico del dolo, enfoques teleológico-funcionales, teoría del conocimiento.

**TITLE:** The Components of Intent: Responses from a Knowledge Theory

### ABSTRACT:

In this article, the author analyzes the development and implications of intent in Criminal Law. The article begins by addressing and exposing the main deficiencies of the psychological content of intent. Additionally, while analyzing the types of intent according to traditional doctrine, various problems with its foundation are revealed. To address these issues, the author proposes a reconstruction of intent theory based on modern teleological-functional approaches, ultimately arguing that the essence of intent lies within the cognitive realm

**KEYWORDS:** Criminal Law, intent, types of intent, psychological content of intent, teleological-functional approaches, theory of knowledge.

\* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 12, 2002, pp. 321-337.

\*\* Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Málaga.

## 1. EL PROBLEMA DEL CONTENIDO PSICOLÓGICO DEL DOLO: SU IMPORTANCIA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

Durante muchos años, la discusión dogmática sobre el dolo estuvo prácticamente monopolizada por el problema de su objeto de referencia. Se discutía, en concreto, si la conducta dolosa requería la conciencia de la antijuridicidad de la conducta o si, por el contrario, bastaba con el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo. Esta polémica, plasmada en las teorías del *dolus malus* y del dolo natural respectivamente, no estaba exenta de repercusiones prácticas pues las diversas tesis conducían a soluciones diferentes del error vencible de prohibición, de modo tal que la primera permitía excluir la pena del delito doloso mientras que la segunda tan solo daba lugar a su atenuación<sup>1</sup>.

Tan importante consecuencia práctica explica, junto a otras razones, el destacadísimo lugar que ocupó esta cuestión en el contexto del pensamiento jurídico-penal hasta bien entrado el siglo XX, del mismo modo que hoy son motivos contrapuestos los que justifican el marcado declive de aquella polémica. No es casual, en efecto, la gradual pérdida de protagonismo que experimentó la discusión sobre la pertenencia de la conciencia de la antijuridicidad al dolo coincidiendo con la regulación específica del error de prohibición en muchas legislaciones. Y no lo es porque, con ello, los efectos prácticos de la decisión en favor de alguna de las teorías arriba indicadas se diluyen de modo considerable. Así, por ejemplo, desde que en 1983 se incorporó al Código penal español un precepto destinado a dar solución a los supuestos de error sobre la ilicitud de la conducta<sup>2</sup> quedó claro que, cualquiera sea el camino teórico adoptado, en todo caso el error vencible de prohibición debe resolverse por imperativo legal con una atenuación de la pena del correspondiente delito doloso<sup>3</sup>. A partir de aquí, la discusión sobre la pertenencia de la antijuridicidad al dolo se convierte en una cuestión básicamente teórica, sin particulares repercusiones

1 Sobre los problemas que originó el enfrentamiento entre las teorías del dolo y las teorías de la culpabilidad en la solución del error de prohibición, véanse, TORÍO LOPEZ: *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la "teoría de la culpabilidad"*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 249 y ss.; MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 570 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS: *Error sobre el tipo y error de prohibición en el proyecto del Código penal*, en *Revista La Ley*, Madrid, 1980, pp. 1073 y ss.

2 El error de prohibición se reguló por primera vez en España con motivo de la importante reforma penal de 1983, que introdujo el art. 6 bis a) al Código entonces vigente. En la misma línea se sitúa el artículo 14 del Código penal aprobado en el año 1995, coincidente, en lo sustancial, con el artículo 14 del Código penal peruano.

3 Los Códigos peruano y español coinciden plenamente en este aspecto, al establecer, en sus respectivos artículos 14, que el error vencible sobre la ilicitud del hecho conduce a la atenuación de

en la aplicación del Derecho<sup>4</sup>. De ahí el segundo plano al que se ha visto relegada esta polémica en los últimos años.

No sucede lo mismo con el problema del contenido psicológico del dolo. La cuestión de si son exigibles el conocimiento y la voluntad o si basta con la conciencia de determinados elementos del delito ocupa en la actualidad un lugar destacado en la discusión jurídico-penal. Y no porque se trate de un descubrimiento de los últimos años. El enfrentamiento entre las teorías de la voluntad y de la representación data de finales del siglo XIX<sup>5</sup> y aunque durante cierto tiempo permaneció algo olvidado como consecuencia de un relativo consenso doctrinal favorable a la fórmula mixta del conocimiento y la voluntad, hoy vuelve a adquirir protagonismo de la mano de las modernas tesis normativas partidarias de una reconstrucción de la teoría del delito en atención a criterios teleológico-funcionales.

La razón de la permanencia de este tema en el centro de atención de la dogmática penal ha de buscarse una vez más en motivos prácticos, pues son muchas las legislaciones que, como los Códigos penales de España y Perú, no contienen definición alguna del dolo<sup>6</sup>. Sólo la regulación del error de tipo permite inferir alguna

---

la pena del correspondiente delito doloso. Con ello se establece una clara distinción legal entre error de tipo y error de prohibición, pues mientras el primero elimina siempre el dolo dando lugar, en su caso, a la sanción por imprudencia, el segundo mantiene la punición a título de dolo aunque atenuando sus efectos punitivos. De ahí que muchos autores consideren que estas legislaciones han optado por la llamada teoría de la culpabilidad. Respecto de la legislación peruana, véase, en este sentido, VILLA STEIN; *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Lima, 2001, pp. 447 y s.; y en relación al Código español, CEREZO MIR; *Derecho penal. Parte general-lecciones*, 2ª ed., UNED, Madrid, 2000, pp. 119 y ss.

- 4 Una vez resuelta la cuestión en la ley, las diversas posturas doctrinales intentan más bien ajustar sus postulados a la legislación para no perder la coherencia interna de sus fundamentaciones. Así, es frecuente que los partidarios de la teoría del dolo -según la cual el error de prohibición vencible excluye la responsabilidad a título de dolo- intenten salvar su punto de vista concediendo al actual precepto regulador del error de prohibición vencible el carácter de cláusula de *culpa iuris*, destinado a evitar lagunas de punibilidad en aquellos casos donde la ley no tipifique la correspondiente conducta en su forma imprudente. Véanse, en esta línea, MIR PUIG; *Derecho penal*, cit., p. 574; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN; *Derecho penal Parte general*, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 682.
- 5 Ciertamente, como sostiene FEIJOO SÁNCHEZ -La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, en *Cuadernos de Política Criminal*, n°65, Madrid, 1998, p. 271-, la actual discusión dogmática transcurre por cauces bien distintos a los que dieron origen a la polémica en el siglo XIX. Sin embargo, una observación atenta del desarrollo de las teorías del dolo a través de la historia permite descubrir que nada es totalmente nuevo en la discusión sobre el contenido psicológico del principal elemento subjetivo del delito. Al respecto véase un análisis detenido en LAURENZO COPELLO: *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, pp. 30 y ss.
- 6 Algunas legislaciones europeas, en cambio, contienen referencias explícitas al contenido psicológico del dolo. Tal es el caso del Código penal italiano, cuyo art. 43 define este elemento del delito

pauta al respecto al excluir la pena del delito doloso en todos los casos de falta de conciencia actual de algún elemento del tipo, remitiendo al delito imprudente en los supuestos de vencibilidad del error. Este criterio, recogido en el art. 14 del Código Penal español<sup>7</sup>, al igual que en el peruano, indica con claridad que el conocimiento de los elementos del tipo es un componente esencial del comportamiento doloso, cuya ausencia determina en todo caso —incluso cuando la ignorancia es superable— la imposibilidad de aplicar la correspondiente figura dolosa. Pero esta pauta legal ni agota el posible contenido de este elemento del delito ni cierra las puertas a las tesis que sitúan su esencia en la voluntad.

Al quedar abierta la cuestión de la definición del principal elemento subjetivo del delito en el plano legal, las teorías del dolo adquieren un papel instrumental de primer orden, pues su respuesta sobre los componentes psicológicos constitutivos de la conducta dolosa se convierten en guía inexcusable para la práctica judicial. Estas teorías no sólo indican al Juez el tipo de relación subjetiva entre hecho y autor necesaria para afirmar la presencia de un delito doloso, sino que al definir esos elementos subjetivos señalan igualmente lo que ha de ser objeto de prueba en el proceso<sup>8</sup>.

Esa íntima relación entre teoría y práctica se detecta claramente en la evolución de la jurisprudencia sobre este tema, cuyas fases corren paralelas al estado de la discusión en el plano doctrinal. Así, durante el largo período de consenso en torno a las tesis volitivas en el campo teórico, los tribunales españoles mostraron su nítida preferencia por la teoría del consentimiento, sin desprestigiar, con todo, los postulados de la teoría de la probabilidad. A finales de los años ochenta, sin embargo, y particularmente a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (relativa a la intoxicación masiva por ingestión de aceite de colza desnaturalizado), el alto Tribunal comenzó a reconocer en no pocos pronunciamientos el predominio del conocimiento en la definición del hecho doloso, reflejando así una corriente de

---

como la “previsión y voluntad del resultado”. Véase, al respecto, TASSI: *Il Dolo*, Milán, 1992, pp. 7 y ss.

- 7 Dice el artículo 14.1 del Código español: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuere vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”. La expresión “en su caso” ha de interpretarse en el sentido de que sólo será posible castigar por imprudencia si el Código penal contempla la correspondiente figura imprudente. De no ser así, el error, aún siendo vencible, deberá quedar impune. En este sentido, resulta técnicamente más correcta la formulación del Código penal peruano, cuyo artículo 14 expresamente aclara que “la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley”.
- 8 Los efectos de la selección de una teoría del dolo en el contexto procesal penal pueden consultarse, con mayores detalles y múltiples referencias Jurisprudenciales y bibliográficas, en mi trabajo *Dolo y conocimiento*, cit., pp. 115 y ss.

opinión que por aquellos años vino a romper el control absoluto de las teorías de la voluntad<sup>9</sup>.

Esta evolución jurisprudencial ha dado como resultado un estado de cosas algo confuso, propio de una etapa de transición, en el que es difícil señalar una dirección unívoca en las decisiones judiciales vinculadas a los componentes psicológicos del dolo. A grandes rasgos, cabría indicar la coexistencia de dos líneas jurisprudenciales difícilmente conciliables entre sí: por una parte -y quizás de modo preferente-, encontramos una tesis ecléctica, partidaria de combinar las teorías de la probabilidad y del consentimiento<sup>10</sup> mediante fórmulas cercanas a la de “tomarse en serio la realización del tipo y conformarse con él”, propuesta en su momento por Stratenwerth<sup>11</sup>. De otro lado, numerosas sentencias optan por una tesis pura del conocimiento, sea a través de la clásica teoría de la probabilidad defendida desde hace años por Gim-

9 La importante Sentencia del aceite de colza, de la que fue ponente el profesor y magistrado Dr. ENRIQUE BACIGALUPO, introdujo por primera vez de modo claro en la jurisprudencia española una tesis cognitiva del dolo. El siguiente párrafo es un claro ejemplo de este nuevo criterio: “En la medida en que la jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo..., la teoría de la imputación objetiva será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, *obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos*, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracteriza, precisamente, al dolo”. Muchas Sentencias posteriores señalan a este pronunciamiento jurisprudencial como un auténtico “punto de inflexión” en la doctrina del Tribunal Supremo Español sobre el dolo (eventual).

10 Conforme a este punto de vista, para actuar dolosamente no basta, pues, con una actitud volitiva favorable al resultado -el consentimiento- sino que la previsión en sí misma ha de reunir también ciertas condiciones: es preciso la asunción del riesgo como *probable* y no sólo como posible. Así lo expresa, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 16 de junio de 1987 (RJ 4955), al admitir el dolo eventual “cuando el sujeto, representándose un resultado dañoso de *muy probable* originación, le presta su *aprobación, contando con su posibilidad y asumiéndolo* en sus efectos, sin refrenar sus impulsos criminales”. Adviértase que, pese a la mención acumulativa de diversas fórmulas relativas al contenido volitivo del dolo eventual -aprobar, contar con, asumir-, en última instancia el Tribunal Supremo se remite siempre a la idea de consentimiento. Acepta esta unificación esencial de las diversas formulaciones volitivas del dolo eventual a partir de la raíz común del consentimiento, GÓMEZ BENITEZ: *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, pp. 209 y ss.

11 Véase, STRATENWERTH: *Strafrecht, K.T.*, 3ª ed., Colonia/Berlin/Bonn/Munich, 1981, p. 110. En línea semejante, entre otros, RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar*, parág. 16, n° marg. 43; ZUGALDÍA ESPINAR: *La demarcación entre el dolo, y la culpa: el problema del dolo eventual en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 420 y s.

bernat<sup>12</sup>, sea mediante la fórmula de Frisch según la cual actúa con dolo quien es consciente del peligro concreto de realización del tipo<sup>13</sup>.

Estas diferencias de conceptualización del dolo en la aplicación del Derecho —sin duda originadas en el disenso doctrinal predominante en la actualidad— dan lugar a un peligroso debilitamiento de ciertas garantías básicas para el justiciable. Así, no solo se resiente el principio de seguridad jurídica en tanto es difícil conocer con claridad los límites entre lo doloso y lo imprudente, sino que, además, surge el riesgo de aplicación desigual de la ley penal, pues la coexistencia de teorías jurisprudenciales distintas sobre el contenido psicológico del dolo puede desembocar en la valoración de un mismo hecho como doloso o imprudente en función de la tesis adoptada por el juzgador.

Un claro ejemplo de esa situación lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 24 de noviembre de 1995 (RJ 8214), en la que se juzgó el caso de una niña de 19 meses de edad que, pese a padecer una grave herida en la lengua, fue forzada por su madre y su abuela a ingerir alimentos sólidos, sin que ambas mujeres cesaran en su intento hasta que la niña comenzó a experimentar espasmos que le impedían respirar. Llegado éste punto, las mujeres intentaron diversas maniobras de reanimación y, al no conseguir resultados favorables, trasladaron de inmediato a la menor a un ambulatorio donde, sin embargo, ingresó con una parada respiratoria irreversible. A partir de la teoría ecléctica, la mayoría de la Sala excluyó el dolo y condenó por homicidio imprudente, fundándose, en última instancia, en la ausencia del elemento volitivo: la voluntad de las mujeres, dice la Sentencia, fue “en todo momento contraria a la muerte de la menor que nunca aceptaron ni aprobaron”. Pero lo auténticamente significativo de este pronunciamiento reside en la presencia de un voto particular donde se llega a la solución contraria a la sostenida en el fallo. El magistrado disidente, en efecto, opta por una teoría del dolo no supeditada a ele-

12 Sobre el papel de la teoría de la probabilidad en la jurisprudencia española, mucho más decisivo de lo que en ocasiones se pretende presentar, véase GIMBERNAT: *Algunos aspectos de la reciente, doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 422 y ss.

13 FRISCH: *Vorsatz und Risiko*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1983, pp. 119 y ss., 159 y ss., si bien este autor exige una toma de posición personal frente al peligro -el “partir para sí” del riesgo— que en alguna medida le aparta de las teorías puras del conocimiento. Definen igualmente al dolo como conocimiento de una determinada dimensión de riesgo, entre otros, SCHMIDHÄUSER: *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventuales” und bewusste Fahrlässigkeit)*, en *JUS*, 1980, pp. 245 y 248; BACIGALUPO: *Principios de Derecho penal*, PG, 4ª ed, Madrid, 1997, p. 228; SANCINETTI: *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 198 y s.; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 401 y s.; FEIJÓO SÁNCHEZ: *La distinción entre dolo e imprudencia*, cit., pp. 277 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pp. 323 y ss.

mentos volitivos y sobre esa base califica el homicidio como doloso: “ha de reputarse dolosa la conducta —dice el voto particular—, porque el conocimiento del peligro propio de la acción que supera el límite del riesgo permitido es suficiente para teñir de doloso un comportamiento, ya que se somete a la víctima a situaciones peligrosas que no se tiene la seguridad de controlar, aunque no se persiga el resultado típico”.

Por muy sorprendente que parezca, desde un punto de vista estrictamente lógico, no cabe la posibilidad de considerar correcta una de las dos soluciones e incorrecta la otra. Al contrario, en realidad, las dos merecen aprobación desde el punto de vista de su coherencia interna porque cada una de ellas resuelve el caso en función de la definición del dolo que toma como punto de partida. Así, la solución de la mayoría resulta correcta en tanto rechaza el dolo por no haberse constatado en el juicio la presencia de una auténtica voluntad de producir el resultado de muerte, cuya concurrencia se considera esencial para calificar de doloso un comportamiento. Pero no menos coherente es la solución del magistrado disidente, pues al optar éste por una definición puramente cognitiva del dolo, le basta con demostrar que las mujeres fueron conscientes del peligro de muerte de la niña para afirmar la presencia de un homicidio doloso.

Esta posibilidad de coexistencia de tesis diversas conducentes a resultados prácticos divergentes pone de manifiesto, pues, la auténtica magnitud del problema: no se trata simplemente de ajustar el procedimiento de prueba del dolo en la práctica judicial, sino de llegar a acuerdos en el plano de las definiciones con el fin de evitar que tales diferencias lleguen a producirse.

Todo ello pone de manifiesto la notable importancia práctica de las teorías del dolo, al tiempo que refleja la necesidad de esclarecer criterios y buscar puntos de encuentro entre las diversas tesis que hoy se enfrentan en la doctrina con el fin de evitar que la falta de acuerdo teórico repercuta en el terreno de la aplicación del Derecho, abriendo las puertas a una peligrosa situación de inseguridad y desigualdad para los ciudadanos.

## **2. LAS CLASES DE DOLO**

A pesar del reconocimiento casi unánime de diversas formas de aparición del dolo, la doctrina mayoritaria no renuncia por ello a ofrecer una fórmula sintética que, al menos en apariencia, está llamada a captar los elementos comunes a toda conducta dolosa, en concreto, el “conocimiento y voluntad” de realización del tipo. Trasladados estos criterios teóricos al plano de la práctica, es obvia la concurrencia de dos elementos psicológicos perfectamente diferenciados entre sí y necesitados, por tanto, de prueba independiente: el juzgador habrá de constatar, por una parte,

la efectiva conciencia de ese mínimo de posibilidades de realización del tipo y, por otra, la intención del autor de alcanzar el resultado prohibido.

Sin embargo, no es preciso profundizar demasiado para detectar la escasa utilidad de esa fórmula desde el punto de vista de la aplicación del Derecho. Para decidir si un supuesto de hecho puede reputarse doloso no bastan las referencias genéricas a elementos psicológicos que en sí mismos admiten muy diversos contenidos. La prueba ha de versar sobre datos concretos y ni el conocimiento ni la voluntad lo son en términos tan generales. La utilidad de aquella fórmula genérica —desde el punto de vista de la función instrumental de las teorías del dolo— depende, pues, de la previa concreción de cada uno de sus extremos. Se trata de saber qué clase de conocimiento y qué contenido volitivo específico ha de concurrir en el autor del hecho para dirigirle el juicio de desvaloración propio del delito doloso.

Llegados a este punto, y siguiendo siempre las tesis hoy imperantes, no parece que exista una respuesta única a la cuestión planteada. Basta una breve mirada a las distintas formas de dolo para comprobar que en cada una de ellas aquellos elementos subjetivos presentan perfiles diversos, tanto por el modo de combinarse como por su propia configuración. Veámoslo.

A estar a la opinión mayoritaria, la forma prototípica del dolo la constituye el dolo directo, caracterizado porque la realización del tipo constituye el fin del autor<sup>14</sup>. La voluntad se presenta aquí en su configuración más genuina -la de intencionalidad- y quizás por ello adquiere el máximo protagonismo, relegando al conocimiento al papel de mero presupuesto necesario para que ella actúe. De ahí la tendencia a no exigir ninguna condición especial en el elemento cognitivo, basando con la conciencia de la mera posibilidad, siquiera remota, de producción del resultado<sup>15</sup>.

14 Cfr., por todos, CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español* T. II, Madrid, 6ª ed., 1998, p. 146; VILLA STEIN: *Derecho penal*, P.G., cit., 255. Conforme a la opinión dominante, fin y motivo no son elementos identificables entre sí, de modo tal que un efecto antijurídico puede constituir el fin del autor dando lugar, por tanto, a un dolo directo sin ser, al mismo tiempo, el objetivo final que impulsa su conducta. Véase, al respecto, CRAMER; en *StGB SCHÖNKE/SCHRÖDER*, parág. 15, n° marg. 66; STRATANWERTH: *Strafrecht*, A.T, cit., pp. 113 y s. Discrepa de este punto de vista, sin embargo, ZIEGERT —*Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, pp. 73 y s. — para quien la referencia a la realización del tipo como motivo no significa que aquella deba erigirse en el fin último del acto, sino sencillamente en la causa inmediata de éste. Sólo así, concluye este autor, es posible distinguir el dolo directo del de consecuencias necesarias, ya que también en este último caso el resultado queda comprendido en la finalidad, aunque sin ser el motor del comportamiento.

15 Especialmente radical en cuanto al papel de la voluntad como elemento distintivo prácticamente único del dolo directo, SCHROEDER, F-Ch.: *StGB, Leipziger Kommentar*, parág. 16, n° marg.76. En opinión de MIR PUIG —Conocimiento y voluntad en el dolo, en Elementos

Muy distintas se presentan las cosas en cuanto volvemos la vista al dolo de consecuencias necesarias (o directo de segundo grado), definido, en general, como aquel supuesto en el que, pese a no perseguirse el resultado típico, se emprende la conducta con la práctica seguridad de su realización<sup>16</sup>. Nadie duda en admitir aquí el claro predominio del conocimiento. A diferencia del dolo directo, en éste caso la conciencia de realización del tipo no es un mero presupuesto para la actuación de la voluntad, sino el único y auténtico puente entre el querer del autor y el resultado. La voluntad se deriva íntegra y automáticamente del elemento cognoscitivo<sup>17</sup>. Y precisamente por eso se exige ahora el grado más elevado posible de conocimiento: la certeza.

Como se ve, ambos elementos adquieren perfiles novedosos en comparación con la primera forma de dolo, peculiaridad ésta que da lugar, a su vez, a diferencias en el ámbito práctico. En concreto, nos encontramos con un elemento —la voluntad— íntegramente dependiente del otro, de donde se sigue que basta la prueba del conocimiento en los rigurosos niveles aquí exigidos para dar por probado también,

---

subjetivos de los tipos penales, *Consejo General del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 19—, la presencia de intencionalidad puede hacer posible la punición a título de dolo incluso cuando, desde el punto de vista objetivo, el peligro quede por debajo del requerido para el castigo de la imprudencia. Entienden, sin embargo, que el conocimiento ha de alcanzar al menos el nivel de riesgo necesario para la imputación objetiva del resultado, ROXIN: *Strafrecht*, A.T., 2º Ed, Munich, 1994, pp. 350 y s.; RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar*, párag, 16, nº marg. 36; LUZÓN PEÑA: *Curso de Derecho penal*, P.G., Madrid, 1996, pp. 412 y 414; CERESO MIR: *Curso*, II, cit., p. 146, quien pone el límite en los casos donde el autor se representa el resultado “como absolutamente improbable”. Más exigente aún, OTTO: *Der Vorsatz*, en JURA, 1996, p. 472, según el cual todas las formas de dolo requieren la conciencia del peligro concreto de producción del resultado. En todo caso, se ha demostrado que, en la práctica, los Tribunales no suelen condenar por un hecho doloso -en particular por homicidio- cuando el autor elige un medio con escasas posibilidades de alcanzar el resultado lesivo —véase en esta línea—el detallado estudio de la jurisprudencia alemana realizado por ROSS: *Über den Vorsatz*, Badén- Badén, 1979, pp. 112 y ss.

- 16 Así la doctrina ampliamente mayoritaria. Véanse, por ejemplo, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN: *Derecho penal* cit., p. 447; LUZÓN PEÑA: *Curso*, cit., p. 415; RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar*, parág, 16, nº marg. 37. Sin embargo, algunos autores no se refieren a la representación (casi) segura de la producción del resultado, sino a la certeza del autor de que esa consecuencia accesoria no querida directamente resultará inevitable *si se alcanza el fin perseguido* -en esta línea-, RODRÍGUEZ MUÑOZ: en *Notas al Tratado de Derecho penal* de MEZGER, T. II, cit., p. 154; ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 225; CERESO MIR: *Curso*, II, cit., p. 146; SANCINETTI: *Teoría del delito*, cit., pp. 147 y s; En contra, optando en estos casos por el dolo eventual, MIR PUIG: *Derecho penal*, cit., p. 245.
- 17 El resultado .se considera “querido” sencillamente porque el autor “sabe” que se va a producir y no porque el autor manifieste alguna clase de tendencia o actitud favorable a su realización. Claramente en este sentido ya MEZGER: *Tratado de Derecho penal*, T. II, Madrid, 1949, (traducción de RODRÍGUEZ MUÑOZ), p. 152.

de modo automático y sin necesidad de constatación autónoma alguna, el acompañante elemento volitivo.

Pero las diferencias entre el dolo directo y el de consecuencias necesarias no acaban en estos aspectos prácticos. Bien mirado, se trata en realidad de dos supuestos casi antagónicos desde el punto de vista de la combinación del conocimiento y la voluntad, pues mientras la característica singular y específica del primero reside en la voluntad —en la intención—; el dolo de consecuencias necesarias, en cambio, encuentra su auténtico dato distintivo en el conocimiento, hasta el punto de que la voluntad pierde todo protagonismo como posible indicador del contenido doloso del hecho o de su exclusión. Buena muestra de ello es el supuesto enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 20 de septiembre de 1993 (RJ. 6801) relativo a un sujeto que golpeó violentamente y luego degolló a su mujer, embarazada de pocos meses, porque ésta se negaba a tener el hijo y pretendía abortar. Si nos centramos en el aborto ocurrido como consecuencia de la muerte de la mujer, parece incontestable la concurrencia de dolo directo de segundo grado, pues era evidente la inevitable pérdida del embrión al producirse el fallecimiento de la madre. Sembrado, salvo que se fuerce en exceso el concepto de voluntad, parece igualmente clara la ausencia del elemento volitivo: el sujeto actuó motivado precisamente por su oposición a la interrupción del embarazo. La actitud frente al resultado se presenta así como un dato completamente irrelevante. Lo único decisivo es el conocimiento.

Pero si en las clases de dolo estudiadas hasta aquí se descubre ya una clara falta de unidad en sus elementos constitutivos, sin duda la cuestión se complica aún más cuando llegamos al dolo eventual. Pese al conocido disenso doctrinal de cara a dotar de contenido a este supuesto limítrofe con la culpa, la gran mayoría de los autores parecen coincidir en calificarlo como una “forma debilitada” de dolo, donde tanto el conocimiento como la voluntad se presentan con menor intensidad<sup>18</sup>. De ahí el permanente ensayo de nuevas fórmulas tendentes a buscar algún tipo de conexión interna entre los elementos cognitivo y volitivo que permita compensar hasta cierto punto esa debilidad consustancial al dolo eventual.

Sin embargo, la mejor prueba del escaso éxito de esos intentos es la tendencia generalizada a presentar a esta clase de dolo como un “caso especial” no relevante para decidir sobre la auténtica esencia del hecho doloso. Así, no faltan autores que al tomar conciencia de las dificultades para reconducir los supuestos de dolo eventual a una raíz psicológica común con las otras formas, prefieren dar la imagen de un caso excepcional, fuertemente marcado por su acercamiento a la imprudencia y, por

18 Cfr. ROXIN: *Strafrecht, A. T.*, cit., pp. 348 y s. Véase, también, en sentido crítico, HERZBERG: *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässigen Verhalten*, en *JZ*, 1988, p. 575.

tanto, poco significativo para decidir sobre el contenido prototípico de la conducta dolosa.

Tales argumentaciones resultarían convincentes si la legislación positiva diera cuenta de esa peculiar debilidad del dolo eventual por la vía de contemplar alguna clase de atenuación de la pena respecto a los supuestos “normales” de conducta dolosa<sup>19</sup>. Pero en el Derecho penal español, al igual que en el peruano, no se da esa circunstancia: salvo contadas excepciones donde se exige la “intencionalidad” en la conducta (por ej. en la falta de daños del art. 625.1 CP)<sup>20</sup> -descartándose así no sólo el dolo eventual sino también el de consecuencias necesarias—, nuestra legislación asimila a efectos punitivos todo el campo de los hechos dolosos, con independencia de su forma de manifestación concreta. El conjunto de conductas dolosas reciben, pues, idéntico juicio de desvaloración. Y si ello es así, parece imprescindible no

19 De hecho, existe un sector doctrinal que propugna el tratamiento atenuado del dolo eventual. En esta línea, LUZÓN PEÑA; *Curso*, cit., pp. 427 y s.; CORCOY BIDASOLO: *En el límite entre dolo e imprudencia*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 972. Especialmente radicales en la línea de diferenciar tajantemente el dolo eventual de las otras formas de dolo, hasta el punto de considerarlo técnicamente como un supuesto de culpa consciente que por motivos político-criminales el legislador asimila a la conducta dolosa a efectos punitivos, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho penal*. Vol. II, Madrid, 1999, pp. 70 y s. y 183.

20 En ocasiones, la legislación utiliza algunas fórmulas para referirse al dolo que parte de la doctrina interpreta en un sentido restrictivo. Es el caso, por ejemplo, del término “a sabiendas” en la definición del delito de parricidio en el Código penal peruano, cuya presencia ha dado lugar a una corriente de opinión favorable a excluir el dolo eventual por tratarse de un supuesto donde el conocimiento de la producción del resultado no alcanza el grado de certeza que parece exigir aquel término legal -en este sentido, CASTILLO ALVA: *Homicidio*, Lima, 1998, p. 133. Sin embargo, llevado este argumento hasta sus últimas consecuencias, en realidad no debería excluirse sólo el dolo eventual, sino también, aunque parezca sorprendente, un amplísimo grupo de supuestos donde el autor actúa de forma intencionada, es decir, con dolo directo de primer grado. Y ello sencillamente porque, como hemos visto, es prácticamente unánime la opinión que no exige certeza en la realización del tipo (es decir, no exige actuar “a sabiendas” en esta línea restrictiva que estudiamos) para imputar un hecho a título de dolo a quien ha actuado con intencionalidad. Consecuentemente, no podría castigarse por parricidio a quien se plantea como fin directo e inmediato la muerte del pariente pero elige un medio que sólo le permite prever como posible y no como segura la consecución de ese fin. Obviamente, una interpretación de estas características es a todas luces insostenible desde el punto de vista político-criminal y, por tanto, ha de ser descartada. Por eso, me parece más apropiado concluir con CERESO MIR -*Curso*, II, cit., p. 130- que las referencias legales del estilo de la indicada no son más que términos diversos para designar al dolo en general, sin implicar restricción alguna en cuanto a sus posibles formas de aparición. A mayor abundamiento, resulta discutible, además, que siempre el parricidio con dolo directo sea más grave que el realizado con dolo eventual. ¿Es realmente más grave matar a un hijo, por ejemplo, disparándole un tiro a la cabeza que poner una bomba en el coche de su madre sabiendo que con gran probabilidad va a estallar en un momento en el que el niño también viaje en el vehículo?

renunciar a la búsqueda de una esencia común, única, para todos esos comportamientos<sup>21</sup>.

Como hemos visto, la clásica división tripartita del dolo poco ha ayudado en esta tarea. Su reconocimiento como una verdad incontestable ha desembocado más bien en un conglomerado de conductas subjetivamente diversas, cuyo único punto de unión se encuentra en la genérica fórmula del “conocimiento y voluntad”<sup>22</sup>. Una fórmula que, al abstraerse de los perfiles específicos de esos dos elementos internos—diferentes, como se ha constatado, en cada clase de dolo—, resulta escasamente útil para guiar al juzgador sobre los datos psicológicos concretos que han de probarse en el proceso.

Este diagnóstico de la situación justifica la actual corriente jurídico-penal partidaria de prescindir de las clases de dolo a la hora de captar y describir su esencia. Se trata precisamente de superar las diferencias para centrarse en los elementos comunes a toda conducta dolosa<sup>23</sup>, tarea que de modo necesario sitúa la búsqueda en el terreno de los límites pues, como bien afirma Herzberg, lo esencial nunca se encuentra en el supuesto que abarca lo “máximo posible”, sino en aquél que presenta lo “mínimo imprescindible”<sup>24</sup>. La pregunta clave puede formularse entonces del siguiente modo: ¿cuáles son los componentes subjetivos mínimos que han de concurrir para dirigir a un comportamiento el juicio de desvaloración preferente propio del Derecho penal?<sup>25</sup>

Situados en el plano de mínimos, es casi obvia la necesidad de volver la vista al terreno del dolo eventual o, incluso más, a los criterios llamados a distinguirlo de la imprudencia. Y no porque se pretenda convertir a este supuesto en el “prototipo” de conducta dolosa, como han sugerido algunos críticos. No se trata de una mera sustitución en el papel tradicionalmente ocupado por el dolo directo. El objetivo es más ambicioso: se trata, en definitiva, de superar las diferenciaciones internas en el

21 Sobre esta línea doctrinal, muy frecuente ya en las concepciones normativas del dolo, véase con mayores detalles y referencias bibliográficas mi libro *Dolo y conocimiento*, cit., pp. 233 y ss.

22 Con razón afirma ROXIN —*Strafrecht*, cit., p. 349- que se trata de una fórmula puramente formal necesitada de una ulterior concreción de carácter unificador.

23 También en esta línea, BACIGALUPO: *Principios*, cit., pp. 230 y ss; FRISCH: *Vorsatz und Risiko*, cit., p. 496; HERZBERG: *Das Wollen*, cit., p. 575; DÍAZ PITA: *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pp. 41 y ss.

24 Cfr., HERZBERG: *Das Wollen*, cit., p. 575.

25 Ya reconocía esta imprescindible unidad esencial de todas las formas de dolo, afirmando por ello que el criterio delimitador entre el dolo eventual y la culpa consciente necesariamente debía ser válido para todas las clases de dolo, KAUFMANN, ARWIN: *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs und Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, en *ZStW* 70, 1958, p. 72.

contexto de los comportamientos dolosos para captar su auténtica esencia psicológica<sup>26</sup>. Probablemente, una teoría que tenga éxito en esta tarea no necesitará ya de clasificación interna alguna y podrá eludir la siempre polémica cuestión del alcance y límites entre las tradicionales formas de aparición del dolo.

### 3. UNA ALTERNATIVA A LA CONCEPCIÓN CLÁSICA: LA FUNDAMENTACIÓN TELEOLÓGICO- FUNCIONAL Y LAS TEORÍAS PURAS DEL CONOCIMIENTO

Los modernos enfoques teleológico-funcionales intentan reconstruir la teoría del dolo partiendo de criterios propios del Derecho penal, superando así las ataduras ontológicas que, durante el predominio del finalismo, daban lugar a una visión de los componentes psicológicos del dolo ajena a consideraciones valorativas y sólo dependiente de la estructura óptica de la acción humana<sup>27</sup>.

El punto de partida de estos criterios puede sintetizarse en la siguiente idea: si las normas penales se dirigen de modo preferente a evitar los comportamientos dolosos, ello significa que estos representan el tipo de conducta más perturbadora para los fines del ordenamiento punitivo<sup>28</sup>. En consecuencia, en la conducta dolosa han de concurrir una serie de componentes subjetivos que, en conjunto, expresen de modo claro que el sujeto se mueve en función de juicios frontalmente contrapuestos a los subyacentes en las normas penales, es decir, a las valoraciones que de modo directo reflejan los fines del Derecho penal<sup>29</sup>.

Concretando estas ideas en atención a la opinión ampliamente mayoritaria que sitúa el fin primordial del Derecho penal en la tutela de bienes jurídicos, será

26 En este contexto de captación de los elementos mínimos necesarios para calificar un hecho como doloso —sin aditamentos inesenciales— ha de entenderse la propuesta de algunos autores de identificar al dolo eventual con la “forma básica” de conducta dolosa. Así, FRISCH: *Vorsatz und Risiko*, cit., p. 496. En línea similar, KINDHÄUSER: *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, en ZStW 96, 1984, p. 30; SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación*, cit., p. 402. Por su parte, CORCOY BIDASOLO: *En el límite entre dolo e imprudencia*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; 1985, se refiere al dolo eventual como el “concepto básico de dolo” y a las otras dos formas como “dolos cualificados”.

27 Respecto a las implicaciones metodológicas vinculadas a la determinación del concepto del dolo remito a mi libro *Dolo y conocimiento*, cit., en particular, pp. 207 y ss.

28 Cfr. FRISCH: *Vorsatz und Risiko*, en particular, pp. 46 y ss.

29 Y ello porque tales conductas no sólo ponen en peligro al bien jurídico concretamente afectado sino también a la propia vigencia de la norma. Así, entre otros, HASSEMER: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Munich, 1990, p. 223; FRISCH: *Vorsatz und Risiko*, cit., p. 101. En sentido similar, SCHROTH: *Vorsatz und Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt, 1994, pp. 10 y ss.

dolosa aquella conducta que exprese externamente que el autor dirige su comportamiento en función de pautas contrapuestas a la idea de salvaguarda de aquellos bienes jurídicos. ¿Y cuándo se da esta situación desde el punto de vista subjetivo? Desde luego, cuando el sujeto orienta intencionalmente su acción a lesionar un bien jurídico. Pero también cuando, aun sin perseguir esa lesión ni querer producirla, emprende la conducta pese a ser consciente de que ésta representa un riesgo directo e inmediato —concreto, en suma— de producción del resultado lesivo<sup>30</sup>. Es decir, cuando la evitación del efecto dañoso se presenta al autor como no controlable, no dependiente de factores por él dominables.

Al margen de actitudes internas, esta última situación es suficiente ya para recibir el juicio de desvaloración preferente del Derecho penal en la medida en que puede interpretarse *externamente* como una “decisión contra el bien jurídico”<sup>31</sup>, esto es, como una decisión de actuar fundada en criterios contrapuestos a los fines del ordenamiento punitivo. Pretender añadir a ello otro tipo de exigencias relacionadas con el juicio personal que al autor le merecen los bienes tutelados por el Derecho penal no sólo es innecesario sino, incluso, ilegítimo, pues la función de las normas penales no puede extenderse hasta el punto de imponer a los ciudadanos la aceptación interna de sus valoraciones<sup>32</sup>. Lo que cada uno piense sobre la importancia de los objetos penalmente tutelados forma parte de su ámbito de libertad<sup>33</sup>. Sólo el comportamiento externo puede ser captado por los mandatos: y prohibiciones y únicamente en la medida en la que exprese al exterior unas pautas de actuación

30 Así, FRISCH: *Vorsatz und Risiko*, cit., pp. 90 y ss.; PUPPE: *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, en *ZStW*, 1991, pp. 14 y ss.; BACIGALUPO: *Principios*, cit., p. 228; FEIJÓO SÁNCHEZ: *La distinción entre dolo e imprudencia*, cit., pp. 298 y ss.

31 Lo importante en este contexto es, pues, que la conducta pueda ser *interpretada*, conforme a criterios sociales, como una negación de la orden contenida: en la norma penal de evitar la perturbación del bien jurídico. Siguen este enfoque normativo en la determinación del contenido del dolo, aunque con diversos matices, PHILIPPS: *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, en *ZStW* 85, 1973, 36 y ss.; ROXIN: *Strafrecht*; cit., p. 360; PUPPE: *Vorsatz und Zurechnung*, cit., pp. 39 y s.

32 Véase, en éste sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978, p. 19. Acude a una argumentación similar a la expuesta en el texto para fundamentar un componente puramente cognoscitivo de los elementos subjetivos de justificación, VALLE MUÑOZ: *El elemento subjetivo de justificación y la graduación de lo injusto penal*, Barcelona, 1994, pp. 83 y ss. La afirmación aquí defendida no se contrapone al reconocimiento de una influencia fáctica innegable del Derecho penal en el mantenimiento de ciertos valores interiorizados por la mayoría de los miembros de la sociedad y que son precisamente los que las normas penales tutelan. Pero aunque así sea, ello no legitima al ordenamiento punitivo a *imponer* tales valores a quienes no los comparten. La misión de las normas penales queda suficientemente cumplida si incluso estos últimos se abstienen de realizar conductas externas lesivas de los bienes tutelados.

33 Coincidente, en los resultados, PUPPE: *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 39 y a.

contrapuestas a los legítimos intereses sociales salvaguardados por el ordenamiento punitivo.

Así las cosas, la esencia del dolo queda situada entonces, en el ámbito cognoscitivo, pues más allá de la posible presencia de una voluntad contraria al bien jurídico en determinados hechos dolosos, se ha comprobado: que la voluntad no es imprescindible de cara a captar el mínimo necesario para dar forma a la conducta que en mayor medida se contrapone a los fines del Derecho penal. Para eso hace falta menos: basta la conciencia de poner al bien jurídico en una situación de inseguridad absoluta<sup>34</sup>, esto es, el conocimiento del peligro concreto de realización del tipo.

Y ello porque tal posición subjetiva no sólo implica un riesgo para el bien jurídico individualmente comprometido en el hecho, sino también para la propia vigencia de la norma. Pues, quien actúa a pesar de ser consciente de colocar al objeto de tutela en una situación ajena a su control pone de manifiesto que no orienta su conducta por las mismas pautas marcadas por aquélla. De ahí el contenido especialmente perturbador de esta clase de comportamientos para los fines del Derecho penal.

Desde el punto de vista de la fundamentación normativa de la punición preferente del delito doloso la tesis pura del conocimiento ofrece así una salida asentada en bases sólidas y convincentes.

Sin embargo, esta tendencia rupturista con la clásica definición del dolo como conocimiento y voluntad no deja de presentar dificultades a la hora de ajustarla a otros supuestos de responsabilidad subjetiva. En particular, se le han dirigido serias críticas de cara a su posible engarce con la llamada culpa consciente. Veamos brevemente esta cuestión.

#### 4. EL PROBLEMA DE LA CULPA CONSCIENTE

Desde las teorías volitivas es frecuente reprochar a la tesis pura del conocimiento una ampliación desmedida del campo del dolo en detrimento de todo el ámbito ocupado hasta ahora por la culpa consciente. La crítica se fundamenta en la clásica idea según la cual dolo eventual y culpa consciente vendrían a coincidir en el terreno cognoscitivo, concretándose este elemento en ambos casos en la conciencia

---

34 Tiene razón GIMBERNAT —*Algunos aspectos*, cit., p. 430— cuando afirma que intención y conocimiento de la probabilidad del resultado son equivalentes desde el punto de vista del peligro que implican para el bien jurídico, ya que en ambos casos existen serias posibilidades de que ese riesgo se concrete en lesión. En sentido similar, aunque con la inclusión de alguna forma de participación de la voluntad, MIR PUIG: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 236.

de la posibilidad de producción del resultado<sup>35</sup>. Así las cosas, la única vía para distinguirlos se encontraría, pues, en la voluntad del autor<sup>36</sup>, de donde se sigue que una renuncia a este componente del hecho doloso daría lugar al paso de toda la culpa consciente al terreno del dolo.

Siguiendo estos postulados, la doctrina mayoritaria sitúa el límite entre dolo e imprudencia en la actitud volitiva del sujeto frente a la realización del tipo: si la *asume* actuará con dolo eventual; si *confía* en evitarla tan solo habrá culpa.

A primera vista, este planteamiento parece poner en un serio aprieto a la teoría pura del conocimiento, pues es obvio que sería inadmisibles, desde el punto de vista valorativo, una tesis capaz de extender de modo tan extremo el ámbito de intervención del Derecho penal. Sin embargo, una mirada algo más atenta al contenido y límites atribuidos por buena parte de la doctrina a aquellos elementos volitivos, en particular a la “confianza” llamada a excluir el dolo, permite alejar tales fantasmas.

En efecto, no son pocos los autores que, en un regreso tal vez inconsciente a las lúcidas propuestas de Armin Kaufmann<sup>37</sup>, establecen límites muy estrictos a aquel posicionamiento subjetivo excluyente del dolo. En concreto, se requiere un fundamento de racionalidad en el mismo que deja fuera los supuestos de confianza infundada, equivalente al mero deseo de eludir la realización del tipo. De este modo, el dolo sólo resulta eliminado si en función de las circunstancias del caso o de las medidas de evitación adoptadas, el autor tenía razones fundadas para creer en la no producción del resultado -o, si se prefiere, en la posibilidad de “controlar” el suceso

35 En este sentido, CEREZO MIR, *Curso*, II, cit., p. 153; KÜPPER: Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, en *ZStW* 100, 1988, p. 58; CRAMER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER, cit., parág. 15, n<sup>o</sup> marg. 75; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 58; DÍAZ PITA: *El dolo eventual*, cit., pp. 107 y s.; MAQUEDA ABREU: La relación dolo de peligro - dolo (eventual) de lesión. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 “sobre el aceite de colza”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, p. 433.

36 Así, claramente, GÓMEZ BENITEZ: *Teoría del delito*, cit., pp. 210 y s.

37 Desde su posición finalista, este autor señaló hace ya muchos años que no basta la mera esperanza en la no realización del tipo para excluir la voluntad de realización propia del dolo, sino que es preciso una voluntad de evitación basada en criterios racionales de exclusión del resultado. Véase su teoría en KAUFMANN; *Dolus eventualis*, cit., pp. 73 y ss. Si bien esta tesis no tuvo demasiada aceptación como fórmula directa para establecer los límites entre dolo y culpa, no es menos cierto que hoy son muchos quienes admiten que el establecimiento de medidas de evitación por parte del autor del hecho puede jugar como serio indicio de la presencia de un error en la evaluación de la auténtica magnitud del riesgo de su conducta. Véase en esta línea, HILLENKAMP: *Dolus eventualis und Vermeiderville*, en *Gedächtnisschrift für ARMIN KAUFMANN*, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1989, pp. 364 y s.

y conducirlo a un buen fin-. La mera confianza irracional, por el contrario, se considera insuficiente para descartar el reproche característico del hecho doloso<sup>38</sup>.

Como ejemplo de esta última circunstancia —donde la irracionalidad convierte a la confianza en sinónimo de simple esperanza— cabe citar el conocido caso Bulto<sup>39</sup>, en el que varios terroristas adhirieron un explosivo al cuerpo de una persona exigiéndole una suma de dinero a cambio de su desactivación. Por causas desconocidas, el artefacto hizo explosión mientras la víctima se encontraba sola en su despacho. En este supuesto, el Tribunal Supremo echó mano de la teoría de la probabilidad —dominada sin duda por el elemento cognoscitivo— para afirmar el dolo eventual, descartando así el intento de los implicados de reconducir la cuestión a un homicidio imprudente partiendo de su pretendida confianza en el buen funcionamiento del mecanismo explosivo a pesar de reconocer que nunca antes lo habían puesto en práctica.

Pero seguramente donde con mayor claridad se expresa la asunción por la jurisprudencia española del criterio de la confianza fundada es en el ya mencionado caso del aceite de colza<sup>40</sup>. En aquella ocasión, los importadores del aceite adulterado alegaron su confianza en la depuración del producto por alguna de las personas que debían intervenir en el posterior proceso de refinamiento y comercialización, pero no fueron capaces de informar sobre ninguna medida concreta en ese sentido. Ante tales circunstancias, el Tribunal Supremo no se conformó con la mera responsabilidad imprudente, porque “esa confianza no se apoyaba en un fundamento lo suficientemente racional (y) el procesado no tomó ninguna medida que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Por lo tanto —sigue el Tribunal— sobre estas bases no es posible eliminar el dolo... Éste sólo se puede excluir como dolo eventual, cuando las medidas que el autor ha tomado para evitar el resultado le hubieran generado un error sobre el peligro real y concreto de su acción, dado que, en tales casos, habrá carecido del conocimiento de dicho peligro”.

Como se ve, el criterio de la confianza fundada reconduce la cuestión de modo decidido al plano del conocimiento: actúa bajo esas circunstancias no quien

38 En este sentido, KÜPPER: *Zum Verhältnis*, cit., pp. 774 y s.; LUZÓN PEÑA: *Curso*, cit., p. 426; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: *Delitos de peligro*, cit., pp. 62 y ss.; MAQUEDA ABREU: *La relación*, cit., p. 436. En contra, aceptando la confianza irracional como base suficiente para excluir el dolo, MIR PUIG: *Conocimiento y voluntad*, cit., p. 32.

39 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986 (RJ 7841).

40 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992. Como ya se adelantó, se trató de un supuesto de envenenamiento masivo por la puesta en el mercado de aceite de colza desnaturalizado no apto para el consumo. Entre los procesados se encontraban quienes habían importado el aceite desde Francia y lo habían vendido a otros empresarios para su posterior envasado y venta en España. A esos importadores nos referimos en el texto.

simplemente desea una buena salida, sino quien tiene “razones para creer” en ese buen final, es decir, aquel que evalúa la situación en función de criterios de racionalidad capaces de hacerle incurrir en un *error*<sup>41</sup>. Así las cosas, nos encontramos, pues, ante un claro defecto del conocimiento. Por decirlo en palabras de Stratenwerth el sujeto “conoce” el peligro, pero no lo “reconoce” para su caso<sup>42</sup>. Es decir, si bien tiene conciencia de la peligrosidad general de la clase de conducta que emprende, sin embargo, fundándose en las circunstancias concurrentes, desecha ese peligro para su situación concreta. El conocimiento experimental no coincide con el conocimiento abstracto<sup>43</sup>.

Queda claro, pues, que las características hoy exigidas mayoritariamente para dar relevancia a la confianza excluyen de del dolo sitúan la raíz de ese posicionamiento personal en un dato perteneciente al ámbito cognoscitivo, en concreto, en un error sobre el curso causal: el autor imprudente que actúa movido por la confianza se caracteriza por incurrir en una evaluación equivocada de la situación, de modo tal que a pesar de existir objetivamente un peligro inmediato y directo de producción del resultado, el sujeto lo evalúa mal y cree tenerlo bajo su control.

De esta manera, las teorías volitivas aquí aludidas vienen a situar los límites entre dolo y culpa en el mismo sitio que las puras del conocimiento y, además, con idénticos argumentos. En efecto, independientemente de que aquel error de evaluación pueda fundamentar a su vez alguna clase de posicionamiento personal en contra de la producción del resultado, lo decisivo en ambas tesis, desde el punto de vista psicológico, es la falta de conciencia del peligro concreto para el bien jurídico. En consecuencia, ninguna de las dos posturas permite degradar el hecho doloso a mera imprudencia cuando el autor es consciente de poner al bien jurídico en situación de total inseguridad, con independencia de cual sea su actitud interna frente al mismo. La mera esperanza infundada es tan irrelevante en la tesis del conocimiento como en las teorías volitivas hoy dominantes.

¿Dónde reside entonces la diferencia entre unas y otras? Probablemente la única distinción relevante se encuentre en el plano de la imprudencia: mientras las tesis volitivas admiten a pesar de todo la partición entre culpa consciente e inconsciente, una teoría pura del conocimiento nos lleva a negar la posibilidad de una imprudencia plenamente “consciente”. En efecto, si bien este caso no es totalmente idéntico a la tradicional culpa sin representación —donde el autor sencillamente

41 Así, JAKOBS: *Strafrecht*, at, pp. 315 y s.; BACIGALUPO: *Principios*, cit., p. 243; KINDHÄUSER: *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, cit., pp. 27 y s.; CORCOY BIDASOLO: *En el límite*, cit., pp. 970 y s.; FEIJÓO SÁNCHEZ: *La distinción entre dolo e imprudencia*, cit., p. 300.

42 STRATENWERTH; *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*, en *ZStW* 71, 1959, p. 59.

43 Véase, KARGL: *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt, 1993, pp. 27 y s. y 34.

ignora el peligro—, tampoco es acertado hablar aquí de conciencia plena del riesgo, pues el sujeto, como hemos visto, descarta la peligrosidad que en principio conoce<sup>44</sup>.

Como se ve, no hay motivos reales para sospechar que una teoría pura del conocimiento conducirá a una ampliación del ámbito de los delitos dolosos en detrimento de la culpa. Se trata tan sólo de ofrecer una reconstrucción de la definición del dolo fundada en los criterios que presiden la intervención punitiva, sin renunciar por ello a los límites entre dolo e imprudencia admitidos, en los hechos, por la opinión mayoritaria.

Disipada esta conflictiva cuestión, la tesis del conocimiento merece preferencia, en mi opinión, no sólo porque ofrece pautas mucho más claras y precisas de cara a determinar la concurrencia de un hecho doloso en la práctica judicial, sino, además, porque permite unificar las causas de exclusión del dolo en torno a una única idea central: el error sobre alguno de los elementos configuradores del tipo objetivo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J. (1986). *Derecho penal*. (2ª ed.). Akal.
- BACIGALUPO, E. (1997). *Principios de Derecho Penal. Parte general*. (4ª ed.). Akal.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1999). *Lecciones de Derecho penal*. (Vol. II). Trotta.
- CASTILLO ALVA, J. (2000). *Homicidio*. Gaceta Jurídica.
- CEREZO MIR, J. (1998). *Curso de Derecho penal español*. (Tomo II, 6ª ed.). Tecnos.
- CEREZO MIR, J. (2000). *Derecho penal. Parte general-lecciones*. (2ª ed.). UNED.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. (1999). *Derecho penal. Parte general*. (5ª ed.). Tirant lo Blanch.
- DÍAZ PITA, M. (1994). *El dolo eventual*. Tirant lo Blanch.
- FEIJOO SÁNCHEZ, J. (1998). La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal*, (65), 269-364.
- FRISCH, W. (1983). *Vorsatz und Risiko*. Heymann.

44 La llamada culpa consciente se presenta, pues, como un caso de error de tipo vencible. Así, JAK-OBS: *Strafrecht, AT*, pp. 315 y s.; BACIGALUPO: *Principios*, cit., p. 228; SANCINETTI: *Teoría del delito*, cit., p. 200.

- GIMBERNAT, E. (1990). Algunos aspectos de la reciente, doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43(2), 421-442.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. (1984). *Teoría jurídica del delito*. Civitas.
- HASSEMER, W. (1990). *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. (2ª ed.). Beck.
- HERZBERG, R. (1988). Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten — Teil 2. *JuristenZeitung*, 43(13), 635–643. <http://www.jstor.org/stable/20819418>
- HILLENKAMP, T. (1989). Dolus eventualis und Vermeiderville. En: DORNSEIFER, G. (Ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Heymanns.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- KARGL, W. (1993). *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*. P. Lang.
- KAUFMANN, A. (1958). Der dolus eventualis im Delikttaufbau. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 70(1), 64-86. <https://doi.org/10.1515/zstw.1958.70.1.64>
- KINDHÄUSER, U. (1984). *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 96(1), 1-35. <https://doi.org/10.1515/zstw.1984.96.1.1>
- KÜPPER, G. (1988). Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 100(4), 758-785. <https://doi.org/10.1515/zstw.1988.100.4.758>
- LAURENZO COPELLO, P. (1999). *Dolo y conocimiento*. Tirant lo Blanch.
- LUZÓN PEÑA, D. (1996). *Curso de Derecho penal. Parte General I*. Editorial Universitas.
- MAQUEDA ABREU, M. (1995). La relación dolo de peligro - dolo (eventual) de lesión. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 “sobre el aceite de colza”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 48(2), 419-440.
- MIR PUIG, S. (1994). Conocimiento y voluntad en el dolo. En: JIMÉNEZ VILLAREJO, J. (Dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*. Consejo General del Poder Judicial.
- MIR PUIG, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Ariel.

- MIR PUIG, S. (1998). *Derecho penal. Parte general*. (5ª ed.). Reppertor.
- PHILIPPS, L. (1973). Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 85(1), 27-44. <https://doi.org/10.1515/zstw.1973.85.1.27>
- PUPPE, I. (1991). Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 103(1), 1-42. <https://doi.org/10.1515/zstw.1991.103.1.1>
- PUPPE, P. (1992). *Vorsatz und Zurechnung*. Decker & Müller.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. J. M. Bosch.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M. (1994). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Universidad Complutense de Madrid.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978). *Derecho penal. Parte general*. Civitas.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1980). *Error sobre el tipo y error de prohibición en el proyecto del Código penal*. *La Ley*, (1), 1073 - ss.
- ROSS, A. (1979). *Über den Vorsatz*. Nomos.
- ROXIN, C. (1994). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (2ª ed.). Beck.
- RUDOLPHI, H. (s/f). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Carl Heymanns Verlag.
- SANCINETTI, M. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción*. Hammurabi.
- SCHMIDHÄUSER, E. (1980). Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventuales" und bewusste Fahrlässigkeit). *JUS*, 245-ss.
- SCHROTH, U. (1994). *Vorsatz und Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*. Peter Lang GmbH.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. J. M. Bosch.
- STRATENWERTH, G. (1959). Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 71(1), 51-71. <https://doi.org/10.1515/zstw.1959.71.1.51>
- STRATENWERTH, G. (1981). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (3ª ed.). Heymann.
- TASSI, S. (1992). *Il Dolo*. CEDAM.
- TORÍO LÓPEZ, A. (1980). El error vencible de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la "teoría de la culpabilidad". En: *La reforma penal y penitenciaria*.

- VALLE MUÑIZ, J. (1994). *El elemento subjetivo de justificación y la graduación de lo injusto penal*. Promociones y Publicaciones Universitarias.
- VILLA STEIN, J. (2001). *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed.). San Marcos.
- ZIEGERT, U. (1987). *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*. Duncker & humblot.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. (1986). La demarcación entre el dolo, y la culpa: el problema del dolo eventual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 39(2), 395-422.