

7 Romeo Casabona

COLECCIÓN  
VANGUARDIA EN CIENCIAS PENALES

# Sobre la estructura del dolo

Carlos María Romeo Casabona



INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL



CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA es Catedrático de Derecho Penal en la Universidad del País Vasco y Director de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco. Es doctor en Derecho, Diplomado Superior en Criminología y doctor en Medicina.

Es autor (14), coautor y editor de varios libros y de numerosos artículos (220), publicados en siete idiomas. Es fundador y director de las Revistas "Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome" y "Perspectivas" (ambas

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

SOBRE LA ESTRUCTURA DEL DOLO

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad del País Vasco/EHU  
Bilbao, España

## Sobre la estructura del dolo

EDITORIAL  
UBIJUS

70<sup>º</sup>  
Vanguardia en  
Ciencias Penales  
Aniversario 1938 - 2008

Primera edición, febrero de 2009

© Carlos María Romeo Casabona

Armando Téllez Reyes  
Av. Jardín N° 592, Col. Euzkadi, C.P. 02660  
Del. Azcapotzalco, México D.F.  
ubijus@gmail.com  
(0155) 55564511  
(0155) 53566888

ISBN: 978-970-9539-80-6

Dirección de Arte y Diseño:  
ROLANDO L. BARTOLO MESÍAS

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

2009

## DIRECTORIO EDITORIAL

**DR. MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOSA**  
Procurador General de Justicia del Distrito Federal

**DR. MIGUEL ONTIVEROS ALONSO**  
Director General del Instituto de Formación Profesional

**LIC. GABRIELA GUTIÉRREZ RUZ**  
Directora Ejecutiva de Profesionalización y Desarrollo del Servicio  
Público de Carrera del Instituto de Formación Profesional

**LIC. FRANCISCO ROMÁN PÉREZ SOLÍS**  
Director Ejecutivo de Formación, Docencia y Control Interno  
del Instituto de Formación Profesional

**MTRO. GERARDO FLORES ARNAUD**  
Director de Desarrollo Profesional y Coordinación Interinstitucional

**MTRO. LUIS AZAOLA CALDERÓN**  
Coordinador de Investigación del Instituto de Formación Profesional

Editor Responsable:  
Dr. Miguel Ontiveros Alonso

Instituto de Formación Profesional  
4ª y 5ª Cerrada de Av. Jardín sin número, Col. Ampliación  
Cosmopolita, Del. Azcapotzalco, México D.F.  
www.ifp.pgjdf.gob.mx  
ifp@pgjdf.gob.mx  
(0155) 5345-5900

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal  
Calle General Gabriel Hernández N° 56, Col. Doctores,  
Del. Cuauhtémoc, C.P. 06720, México, D.F.

© UBIJUS Editorial

## Índice

I	Planteamiento de la cuestión. El dolo como elemento cognitivo del tipo subjetivo.....	11
	1.1. Las teorías dualistas del dolo .....	11
	1.2. Las teorías monistas del dolo: el dolo como conocimiento .....	12
	1.3. La discusión actual sobre las concepciones monista o dualista del dolo .....	17
II.	¿El dolo como elemento normativo del tipo? .....	23
	2.1. Las clases de dolo y su naturaleza jurídico-penal .....	23
	2.2. El autor, protagonista activo de su conducta. El hombre normativizado .....	29
	2.3. Otros aspectos de reflexión: el objeto de la culpabilidad .....	32
	2.4. La prueba del dolo y la estructura del dolo.....	33
III.	La estructura del dolo en el Derecho positivo.....	35
	3.1. La definición del dolo en los sistemas jurídicos comparados .....	35
	3.2. El dolo como conocimiento .....	37
	3.3. El dolo como conciencia y voluntad .....	38
	3.4. La estructura de la tentativa y su definición en el Derecho positivo.....	40
IV.	Otros aspectos volitivos del tipo .....	47

4.1. La utilización de expresiones específicas para aludir al dolo .....	47
4.2. La referencia a la voluntad del sujeto como consecuencia de la propia naturaleza de la acción típica ....	52
4.3. Los elementos subjetivos de lo injusto.....	53
V. Algunas conclusiones .....	55
5.1. Recapitulación.....	55
5.2. Afectación de las teorías cognitivas a principios constitucionales y derechos fundamentales.....	62
5.3. ¿Hacia una tercera vía? .....	63
Referencias bibliográficas .....	67

## Abreviaturas

ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AT:	Allgemeiner Teil.
Aufl:	Auflage.
CDJ:	Cuadernos de Derecho Judicial.
CP:	Código Penal.
CPC:	Cuadernos de Política Criminal.
EDJ	Estudios de Derecho Judicial.
EPB:	Enciclopedia Penal Básica.
GA:	Goldammer's Archiv für Strafrecht.
GS:	Gedächtnisschrift.
JZ:	Juristen Zeitung.
LH:	Libro Homenaje.
PE:	Parte Especial.
PG:	Parte General.
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología.
RP:	Revista Penal.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
ZStW:	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

# I PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. EL DOLO COMO ELEMENTO COGNITIVO DEL TIPO SUBJETIVO\*

## 1.1. Las teorías dualistas del dolo

Tradicionalmente, y de acuerdo con su acuñación por el finalismo, el dolo ha venido siendo entendido casi de forma pacífica como la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo<sup>1</sup>, así como el elemento subjetivo de la conducta determinante de lo injusto penal por excelencia. En efecto, de esta definición se deduce la necesaria concurrencia de dos elementos en el dolo: el elemento intelectual y el elemento volitivo. Por consiguiente, el primero, el elemento intelectual, comporta la conciencia de la realización de los elementos del tipo objetivo por parte del sujeto activo del delito o la previsión de su realización<sup>2</sup>; mientras que el segun-

\* El presente trabajo ha sido publicado por primera vez en "La Ley", 2005, bajo el título "Sobre la estructura monista del dolo. Una visión crítica". Para esta edición se han introducido diversos retoques y ampliaciones para dar cabida a varias publicaciones y sentencias españolas aparecidas con posterioridad y otros de estilo y de presentación formal para esta edición.

1 V. por todos, en la doctrina española CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, 123, 131 y 144. En la doctrina alemana, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar. AT*, 7. Aufl., 2002, § 16 nota marginal 1.

2 Sin perjuicio de algunas peculiaridades que pueden presentar algunas formas de autoría (coautoría).

do elemento, el volitivo, exige que la voluntad del sujeto abarque la realización de dichos elementos. Por otro lado, esta concepción del dolo, que separa del ámbito de éste la conciencia de la antijuricidad de la conducta<sup>3</sup>, comporta distinguir un tipo de lo injusto doloso y un tipo de lo injusto imprudente<sup>4</sup>.

Mientras que la parte objetiva del tipo es, por lo general, fácil de comprobar, la parte subjetiva en sentido estricto no es observable directamente, sino que debe ser deducida del conjunto de la acción ejecutada por el autor en el mundo exterior, lo que determina las mayores dificultades probatorias que presenta en el proceso. Estas dificultades son máximas cuando el sujeto se ha representado la posibilidad de producción del resultado sin tener por segura su producción. Es aquí donde se plantea la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente, la cual no es irrelevante en los sistemas jurídicos, como el español, que no contemplan una disminución de la pena en atención al grado o a la intensidad del dolo ni han optado por una tercera vía superadora de este problema y, en consecuencia, prevén una sanción más grave para el delito doloso frente al delito imprudente.

### 1.2. Las teorías monistas del dolo: el dolo como conocimiento

En la discusión actual sobre el contenido del dolo, existen algunas tendencias en la doctrina alemana<sup>5</sup> que han hallado algún eco en

3 Así, p. ej., BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, 83.

4 Sin embargo, sólo en los últimos años se ha reconocido lo erróneo de haber tomado durante largo tiempo la estructura del delito doloso de acción como la literal y obligada referencia o el modelo para la construcción del tipo de lo injusto imprudente (de acción y de omisión) y doloso por omisión, cuyo contenido específico respectivo no debe inferirse por comparación con el tipo de lo injusto doloso de acción; pero tampoco al revés.

5 Cuyo origen más remoto se encuentra en la teoría de la representación de FRANK y VON LISZT. En la actualidad v. en la doctrina alemana, p. ej., Frisch, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes*.

la doctrina<sup>6</sup> y en la jurisprudencia<sup>7</sup> españolas, que sostienen, como

*Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, CARL HEYMANN'S VERLAG, Köln, 1983, 95 y ss.; el mismo, *Gegewartprobleme des Vorsatzbegriffes und der Vorsatzfeststellung*, en "Haus-Walther Meyer GS", 1990, 533 y ss.; Herzberg, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten* en "JZ", 1994, Teil 1., 573 y ss., Teil 2., 635 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht, AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación)*, trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, MARCIAL PONS, Madrid, 1995), 2. Aufl., 1991, 258 y ss.; PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, en "ZStW", 100, 1991, 1 y ss.

6 V. con muy diversos presupuestos y conclusiones, p. ej., BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997, 231 y s.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*, PG, 3ª ed. Dykinson, Madrid, 2002, 647 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, en "CPC", Nº 65, 1998, 269 y ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pássim (245 y ss.); RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, 165 y ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 336 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, 401 y s. V., además, una completa y excelente exposición sobre estos planteamientos en la doctrina española en RAMOS TAPIA, *Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en "ZStW", 2001, 401 y ss. Cfr. asimismo, con extensas y muy atendibles consideraciones críticas, Donna, *El concepto objetivado de dolo*, en DÍEZ RIPOLLÉS - ROMEO CASABONA - GRACIA MARTÍN - HIGUERA GUIMERÁ (Eds.), "La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir", Ed. Tecnos, Madrid, 2003, 671 y ss.

7 Así, las STS de 23 de abril de 1992 (caso del síndrome tóxico), 10 de enero de 2000, 27 de junio de 2005 y 19 enero 2007, con argumentaciones muy próximas a las de la teoría de la probabilidad (en este sentido, respecto a la primera de ellas, v. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 149, n. 103. Cfr. las STS de 24 de abril de 2001 y 17 de junio de 2002, que aluden a la necesidad de los dos elementos del dolo, acudiendo para la determinación del volitivo a la teoría de la probabilidad (distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente) y en concreto a los criterios normativos que propugnan algunos seguidores de las teorías monistas (v. más abajo), lo que viene a significar el reconocimiento de la dependencia del elemento volitivo respecto al intelectual: "quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con

idea básica común pero con fundamento y alcance diverso, que en el concepto del dolo el elemento relevante lo es únicamente el intelectual. Por el contrario, la parte volitiva asignada tradicionalmente al dolo<sup>8</sup> en realidad no formaría parte de él o no tendría un contenido autónomo respecto del elemento intelectual, aquélla iría unida de forma necesaria a éste, de modo que si el autor tiene conciencia del peligro que en concreto presenta la acción desde una perspectiva *ex ante* y a pesar de ello realiza aquélla, existirá ya el elemento volitivo del dolo<sup>9</sup>. Sea como fueren las variantes con las que pueden presentarse estas tesis, para estas posiciones el conocimiento por parte del sujeto de la realización de los elementos objetivos sería condición necesaria y suficiente como para afirmar la concurrencia del dolo en la conducta de aquél: en los delitos de resultado sería suficiente

dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima" (STS 17 de junio de 2002).

- 8 También el contenido del elemento volitivo ha experimentado en los últimos años alguna revisión. Así, MIR PUIG, *Conocimiento y voluntad en el dolo*, en "Elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, 33 y s., entiende que el dolo supone no sólo el conocimiento de la conducta concretamente peligrosa, sino también la voluntad de llevarla adelante, pero no incluye el querer y conocer la producción del resultado. Explícitamente en este sentido, Queralt Jiménez, *El dolo y el conocimiento de la antijuricidad*, en "Elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, 41. Para otros este elemento se concibe como decisión contra el bien jurídico: DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, 291 y ss.; HASSEMER, *Los elementos característicos del dolo* (trad. por Díaz Pita), en "ADPCP", 1990, 909 y ss. (915 y ss.).
- 9 V., p. ej., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, 183. Para CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 145, n. 87, esta hipótesis únicamente sería aceptable cuando el bien jurídico afectado hubiera entrado ya en el radio de acción de la conducta del sujeto en el momento en el que decidió llevarla a cabo, teniendo conciencia de la peligrosidad de la acción y que la producción del resultado era una consecuencia no absolutamente improbable.

con que el autor hubiera actuado con conciencia del peligro de la producción del resultado, y en los delitos de mera actividad bastaría con que el autor conociera la existencia de todos los elementos que integran un tipo penal<sup>10</sup>.

Algunas de estas tesis se apoyan en la estructura dogmática del error sobre el tipo, que encontraría su correspondiente reflejo en el Derecho positivo, puesto que es común considerar que la concurrencia de aquél en la realización del hecho excluye en todo caso el dolo, quedando únicamente abierta la posibilidad de incriminación del hecho por imprudencia cuando ésta figure penada en el CP y el error fuera vencible para el sujeto. Esta solución se toma entonces como un reconocimiento implícito sobre el destacado papel que la ley penal otorga al elemento intelectual para la existencia del dolo, lo que no ocurriría de modo semejante con el elemento volitivo<sup>11</sup>, al no existir en el CP un precepto de similar alcance en relación con este elemento, esto es, en el que se declare explícitamente que la ausencia de la voluntad en el sujeto arrastra al mismo tiempo la del dolo en su conjunto.

Finalmente, para otro grupo de autores, que suelen partir de posiciones teleológico-funcionales, el dolo sería un concepto puramente normativo y su contenido debería deducirse del Derecho positivo (?)<sup>12</sup>, por lo cual habría que averiguar cuál sería entonces el contenido y alcance del elemento volitivo –si bien se verá más abajo que desde este planteamiento se prescinde de él–, pero también del

10 RAGUÉS I VALLÈS, *Überlegungen zum Vorsatzbeweis*, en "GA", 2004, 259 y s.

11 LAURENZO COPELLO, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, en "RPCP", N° 12, 2002, 323, reconoce, no obstante, que 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.

12 Así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 101 y ss., y 407 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 165 y ss. y 251 y ss.; el mismo, *Überlegungen zum Vorsatzbeweis*, 257 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 401 y s.

intelectual, llegando en todo caso a la conclusión de que sólo éste último es extraíble de la norma. Por consiguiente, cualquier perspectiva ontológica o prejurídica del dolo (p. ej., basada en las características psicológicas del ser humano en general) sería incompatible con este concepto normativo, pues aquélla no podría imponerse al legislador.

No es difícil adivinar la trascendencia de estas posiciones para la configuración del dolo y para su delimitación y la fijación de sus límites. En efecto, si bien es cierto que se le priva al dolo de un componente básico que caracteriza a la conducta humana, no lo es menos que, llevadas estas posturas a su grado extremo, ayudarían a resolver problemas de gran calado con los que se vienen enfrentando la doctrina y la jurisprudencia desde hace más de un siglo: la diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia o culpa consciente. En consecuencia, ya no sería necesaria la búsqueda de sutiles y complejos criterios de distinción entre uno y otra, los cuales por lo general han sido poco satisfactorios, pues siempre que el sujeto hubiera previsto la posibilidad de producirse el resultado estaríamos ante un hecho doloso, regido como estaría por el conocimiento, bien que no perfecto, del acontecer típico<sup>13</sup>. Quedaría entonces un dolo de amplio recorrido contrapuesto a una imprudencia inconsciente como única alternativa subjetiva al delito doloso<sup>14</sup>, a salvo de la impunidad, de no estar expresamente tipificado el hecho en concreto en su forma imprudente. Otras concepciones cognitivas del dolo que no excluyen un espacio propio para la imprudencia consciente

13 A conclusiones en principio diametralmente opuestas llegan, sin embargo, BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, 83 y s. y 101 y s., para quienes el dolo eventual es en realidad una especie de culpa con representación, que entienden que se asimila al dolo únicamente por razones político-criminales, debiéndose equiparar la pena.

14 En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, PG, 231 y s., quien sólo admite la culpa inconsciente, quedando la consciente absorbida por el dolo.

conducen igualmente a una importante expansión del ámbito del delito doloso, pues si aquél, el dolo, se concibe como el mero conocimiento sobre el peligro que implica la acción para el bien jurídico, es obvio que se amplía su espacio a costa del de la imprudencia, y sus fronteras se difuminan considerablemente<sup>15</sup>.

En este trabajo trataremos de demostrar cómo, aparte de algunas observaciones y críticas conceptuales previas, el legislador penal español, que si bien no ha incluido una definición expresa de dolo ni de imprudencia, no ha construido el dolo únicamente a partir de elementos cognitivos, como podrían sugerir a primera vista algunos preceptos de la Parte General del CP (en particular el art. 14.1, *a sensu contrario*). Al contrario, en el presente estudio vamos a intentar demostrar que en el CP vigente también podemos apreciar la exigencia de diversos elementos subjetivos referidos al tipo, basados tanto en aspectos cognitivos como volitivos, que son de primera magnitud y sin los cuales el tipo respectivo no podría completarse. Para estos propósitos, dejamos en esta contribución en un plano secundario la cuestión específica de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente, pues, sin perjuicio de lo que se irá exponiendo de manera inevitable a este respecto, requiere un estudio separado.

### 1.3. La discusión actual sobre las concepciones monista o dualista del dolo

Estas posibles situaciones no se han sustraído a críticas importantes<sup>16</sup>. Críticas que aluden a aspectos tan relevantes como son la seguridad jurídica, la objetivización de un elemento eminentemente subjetivo y la expansión del dolo en detrimento del espacio propio

15 En este sentido también DÍAZ PITA, *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, en "RP", N° 17, 2006, 71.

16 V. ya las importantes y en general muy acertadas observaciones críticas de DÍAZ PITA, *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, 59 y ss.

de la imprudencia (o, como se dirá más abajo, de la impunidad, de no hallarse tipificado el hecho imprudente) con el efecto de un mayor rigor punitivo del hecho (el propio del delito doloso).

Debo apresurarme a señalar que, sin embargo, no es ésta la vía generalmente adoptada por quienes participan de la tesis monista del dolo, pues no son pocos los que sostienen la separación categorial entre dolo eventual e imprudencia consciente, recurriendo para tal propósito frecuentemente también a teorías cognitivas, es decir, situando el criterio de demarcación entre uno y otra en el conocimiento del sujeto, bien atendiendo a su diferente intensidad, bien a su contenido respectivo. Un conocimiento incompleto, o más bien erróneo, para algunos.

Este conjunto de propuestas no hace sino trasladar el problema a un plano diferente del volitivo como eje de demarcación entre dolo e imprudencia, esto es, al intelectual<sup>17</sup>. Sin embargo, no parece que esta perspectiva sea más prometedora por lo que se refiere a encontrar unos criterios más claros y practicables. Por lo pronto, mientras que las posiciones dualistas del dolo no han establecido importantes diferencias dentro de ellas en cuanto al contenido del elemento volitivo (sin perjuicio de la distinción dolo directo de primer y de segundo grado, fundamentalmente en la doctrina alemana, o por influencia de ella), a salvo de la simplificación con que se ha resuelto su contenido psicológico, como se verá más abajo, las diferencias sobre el alcance del conocimiento doloso son abundantes y muy marcadas en no pocas ocasiones<sup>18</sup>.

17 P. ej., para BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, PG, 232, la distinción entre dolo eventual y culpa debe descansar en la antinomia conocimiento/desconocimiento y no en la de voluntario/involuntario.

18 De semejante parecer es DÍAZ PITA, *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, 64 y s.: "Por lo tanto, excluir del conocimiento el resultado y ajustarlo al peligro no nos soluciona nada. Pero seguimos con los mismos problemas [...]."

En realidad, lo que estas teorías consiguen es simplificar o desviar el problema, pero no eliminarlo. En efecto, una vez acreditado el conocimiento por parte del autor de la realización del tipo objetivo o del peligro que entraña su conducta, la demostración del componente volitivo desaparece, bien porque carece de interés, bien porque se halla indisolublemente unido a la parte intelectual, por lo que el dolo podrá afirmarse, sin más actos de prueba. Se simplifica así el problema, cierto, pero sólo aparentemente. Así es, pues al descansar en la parte cognitiva todo el componente subjetivo del hecho, no es inusual que aquél aparezca revestido de una particular complejidad en su estructura, por lo que el problema no se elimina; más bien se traslada de lugar y se incrementan en un lado (el conocimiento) las dificultades que se habían suprimido en el otro (el querer).

Por otro lado, en el fondo se aprecia con claridad cómo la mayor parte de estas construcciones son a la postre el resultado de una especie de "mixtura" de las llamadas teorías del sentimiento y de la teoría de la probabilidad<sup>19</sup>. En efecto, la base de seriedad o de indiferencia (racional o irracional) del juicio del autor o las variantes probabilidad-posibilidad (a juicio del autor), que aportan los nutrientes fundamentadores de cada una de ellas, respectivamente, son sustituidas por el peligro concreto o no concreto (a juicio del autor).

19 Así ocurre, en concreto, con la propuesta de BACIGALUPO ZAPATER, *Problemas actuales del dolo*, 77, cuando ofrece un alambicado criterio de delimitación entre dolo e imprudencia, cuya simplificación y manejabilidad descansan no en una propuesta clarificadora, sino en que se presuponen en todo caso elementos subjetivos a costa de la seguridad jurídica y de otras garantías jurídico-penales consolidadas en el Estado de Derecho: "De este modo, la delimitación del dolo y la culpa se establece según el grado de peligro atribuido por el autor a su acción. Si el peligro es concreto, la ejecución del hecho será dolosa, aunque el autor haya supuesto irracionalmente que no realizaría el tipo. Precisamente la mera confianza en la buena suerte o en suposiciones carentes de fundamento es la expresión más clara de la indiferencia respecto de la lesión jurídica. Si la suposición tiene una base racional, pero apoyada en alguna percepción errónea, que permita afirmar que el autor ha considerado que el peligro no era concreto, se excluirá el dolo" (cursivas en el original). Véanse consideraciones críticas a continuación en el texto.

La atribución por el autor a su conducta de un peligro concreto le indica al mismo tiempo la *probabilidad* de la producción del evento, puesto que si el peligro concreto lo seguimos concibiendo como la situación en la que la acción peligrosa ha entrado ya en la esfera del bien jurídico es obvio que el autor, de forma consecuente, ha de atribuir también a su acción una elevada oportunidad –probabilidad– de que de lugar al resultado previsto; al contrario, si considera que el peligro es no concreto (que el bien jurídico no habrá entrado todavía en la esfera de la acción peligrosa si llega a realizarla), comporta también que ha percibido como meramente posible –algo remota– la producción del resultado. Además, por otro lado, en la primera hipótesis la actuación del sujeto revela al mismo tiempo su actitud, que es la de *indiferencia* respecto a lo que pueda acaecer al bien jurídico. Habrá que remitirse, por tanto, a las numerosas críticas que han merecido a lo largo de los años ambas teorías.<sup>20</sup>

En efecto, el concepto monista –cognitivo– del dolo no está exento de otras dificultades, como reconocen sus propios partidarios. Por ejemplo, determinar cuál es la forma y la intensidad de ese conocimiento, es decir, el grado de representación exigible respecto a la propia conducta para determinar el nivel de conocimiento suficiente para la realización de un tipo doloso<sup>21</sup>. O por qué son relevantes unos contenidos (el peligro para el bien jurídico que se ha representado el autor) y no otros (el resultado típico) del elemento intelectual, si se restringe el contenido del dolo al conocimiento de sólo algunos aspectos relacionados directamente con el hecho típico, excluyendo otros.

Se ha censurado a estas corrientes que en algunas de sus versiones comportan, además, según se ha visto más arriba, una objetiva-

20 V. sobre ellas CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 149 y ss.

21 RAGUÉS I VALLÈS, *Überlegungen zum Vorsatzbeweis*, 260; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 402.

ción del dolo y que intentan imponer criterios totalmente normativos, con fines funcionales<sup>22</sup>. El dolo acabaría quedando privado de un contenido subjetivo propio, al conformar todos los componentes del tipo de forma objetiva<sup>23</sup>. Pues no se limitarían a prescindir de la voluntad como co-elemento propio del dolo, sino que tal objetivización alcanzaría incluso al conocimiento, dado que ya no consistiría en la conciencia de realización de los elementos del tipo objetivo, sino en el conocimiento del riesgo de la conducta para la producción del resultado típico<sup>24</sup>, el cual podría ser deducido mediante criterios objetivo-normativos, al entenderlo como “conocimiento normal”<sup>25</sup>. En esta línea se añade que el conocimiento doloso se refiere al peligro concreto de lesión del bien jurídico, “aunque el autor haya supuesto irracionalmente que no realizaría el tipo”<sup>26</sup>. La normativización de este criterio no puede ser mayor, pues no sólo se objetiva el dolo, sino que, además, el intérprete introduce elementos adicionales cuyo

22 DONNA, *El concepto objetivado de dolo*, 673. Por su parte reconoce y asume esta normativización y objetivización del dolo por las ventajas que representa para mantener a éste dentro de unos límites razonables, mejor que con criterios psicológicos que tengan que ver con la voluntad del autor, FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, 329.

23 DONNA, *El concepto objetivado de dolo*, 673.

24 Así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 101, considera suficiente el conocimiento del riesgo típico o, dicho de otro modo, del riesgo relevante para la norma.

25 FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 408 y s.

26 BACIGALUPO, *Problemas actuales del dolo*, en “Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, 77, quien parece aportar como criterio interpretativo el que “la mera confianza en la buena suerte o en suposiciones carentes de fundamento es la expresión más clara de indiferencia respecto de la lesión jurídica”. La indiferencia no es siempre un reflejo de irracionalidad, sino de una actitud consciente ante el riesgo del bien jurídico, la cual, a su vez, es también distinta de quien (re)dirige su acción en la confianza de no producir la lesión del bien jurídico, al menos cuando aquélla todavía no ha entrado en el radio de acción del bien jurídico. V., en este sentido, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 144, n. 87.

significado queda a su albur, pues ¿cuándo es racional o irracional la suposición del autor? El padecimiento de la seguridad jurídica, al contrario de lo que se pretende perseguir, es evidente.

Por lo que se refiere a la expansión del dolo, esta es cierta<sup>27</sup>, y es muy dudosa la validez del argumento en favor de las tesis cognitivas de que hacen más asequible la prueba del dolo en el proceso, pues los efectos “colaterales” o costes son muy graves y elevados: comportan la agravación de las consecuencias jurídicas que se derivan para el hecho punible y saltos cualitativos desde la imprudencia al dolo en el ámbito de la imputación, todo ello partiendo de herramientas muy endeblés<sup>28</sup>. Pero también puede ocurrir el efecto, todavía más grave, de atraer al delito doloso conductas que no están castigadas por imprudencia en el CP, por lo que las teorías cognitivas objetivadoras del dolo, con su estructura expansiva, pueden dar lugar a la imputación por delito doloso de un hecho que sería impune, por no ser sancionada penalmente la modalidad imprudente, de mantenerse fiel a las exigencias subjetivas de aquél.

Sobre esta expansión volveremos más adelante en diversas oportunidades.

27 En este sentido merecen una especial atención las reflexiones que apunta DÍAZ PITA, *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, 71, que comparto plenamente: “La eliminación del elemento volitivo en el dolo representa un claro ejemplo de una dogmática penal en contradicción con la racionalidad cotidiana, que permite una expansión de los supuestos dolosos [...]. Tras la defensa de estas posturas podemos, quizás, detectar una tendencia expansiva del Derecho Penal, caracterizada por la eliminación progresiva de elementos y barreras que afectan a la imputación [...]. Sin embargo, creo que el jurista debe limitar esta tendencia y no avivarla, para conseguir esa racionalidad a la hora de utilizar algo tan peligroso como el Derecho penal”.

28 Consciente de estos riesgos de salto cualitativo en la pena, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, 337, propugna la restricción del ámbito del dolo los supuestos dudosos que se hallen en el límite en favor de la imprudencia.

El análisis y, en su caso crítica, de estas diversas y en muchos aspectos concurrentes posiciones debe hacerse en dos planos dogmáticos diferentes: uno sería teórico o conceptual, mediante el cual se buscaría esclarecer cuál es la naturaleza y estructura del dolo, y que sucintamente ha sido apuntado en las líneas precedentes. El otro estaría vinculado todavía más al Derecho positivo, esto es, orientado a comprobar si estas concepciones del dolo son compatibles con un sistema jurídico positivo dado, en este caso, fundamentalmente el español.

## II. ¿EL DOLO COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO?

### 2.1. Las clases de dolo y su naturaleza jurídico-penal

Para algunos autores habría que distinguir las diversas clases o formas de manifestarse el dolo para decidir sobre si su contenido es bifronte o monista<sup>29</sup>. Para quienes proponen esta tesis, podría aceptarse, en primer lugar, que el dolo directo de primer grado (o dolo inmediato) está presidido por el elemento volitivo, pues respecto al cognitivo bastará, se argumenta, con la conciencia, siquiera remota, de producción del resultado<sup>30</sup>, sin perjuicio de que en el proceso ambos elementos hayan de ser sometidos a su respectiva prueba<sup>31</sup>. Es

29 LAURENZO COPELLO, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, 323 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *El dolo y el conocimiento de la antijuricidad*, 41 y s.

30 Criterio que ha venido siendo, por lo demás, dominante en la doctrina alemana. V., p. ej., ROXIN, *Strafrecht*, AT, §12, 8. MIR PUIG, *Conocimiento y voluntad en el dolo*, 18, n. 11, afirma que la “existencia de intención hace suficiente para esta clase de dolo la conciencia de un grado de peligro menor que en el dolo directo de segundo grado o que en el dolo eventual, y en determinadas condiciones puede hacer incluso suficiente para el tipo objetivo un grado de peligro objetivamente menor que en la imprudencia”.

31 LAURENZO COPELLO, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, 327 y s.

obvio que en este caso el resultado producido es precisamente el que -o uno de los que- buscaba el autor, por lo que difícilmente podría llegar a ser entendido plenamente sin esta perspectiva volitiva, que aquí es particularmente intensa<sup>32</sup>.

No puede decirse, sin embargo, lo mismo, se añade por los partidarios de esta construcción, sobre el dolo de segundo grado, o dolo de consecuencias necesarias. En éste, pese a no perseguirse el resultado típico, se emprende la acción con la práctica seguridad de su realización<sup>33</sup>. Por consiguiente, se concluye, en este caso predomina claramente el conocimiento.

Sin embargo, es obvio que el grado o nivel de conocimiento exigible en el dolo directo de segundo grado no difiere necesariamente al del dolo directo de primer grado<sup>34</sup>. Tampoco cabe duda de la persistencia del elemento volitivo en una y otra clase de dolo, aunque haya que reconocer que desciende la intensidad del elemento volitivo en el dolo de segundo grado respecto a su manifestación en el dolo directo de primer grado<sup>35</sup>. Pero ello no elimina la circunstancia de que pueda imputarse subjetivamente al autor a título de dolo, pues a

32 Como se ha apuntado (así, GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, en "Estudios de Derecho penal", Tecnos, Madrid, 1990, 253 y s.), en no pocos casos la prueba del dolo desde la perspectiva volitiva es incontestable, como ocurre con el dolo directo de primer grado.

33 En este sentido, adscribiéndose a la doctrina ampliamente mayoritaria, LAURENZO COPELLO, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, 328.

34 Para CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, 146, acertadamente, el dolo de primer grado requiere que el sujeto considere que no es absolutamente improbable la producción del resultado, pero no es necesario que estime segura su producción, y el dolo de segundo grado se dará cuando el sujeto considere que la producción del resultado irá necesariamente unida a la consecución del fin, pero tampoco es preciso que el sujeto considere segura la producción del resultado delictivo. Coincidente con CEREZO, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 12, n. m. 18 y ss.

35 Como señala ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 12, 19.

la postre acepta el resultado desde el momento en el que considera que es la única forma de conseguir su objetivo. El sujeto ha previsto un resultado típico indisolublemente unido al fin que persigue, pero ello no le exime de la asunción del todo como unido, a sus ojos, a su fin<sup>36</sup>. En resumen, el dolo de segundo grado se configura psicológicamente para el sujeto en un plano muy similar -pero no idéntico- al del dolo directo de primer grado, en el que el resultado típico es uno de los fines perseguidos o también medio para la consecución del fin último o principal, el cual puede ser irrelevante para el Derecho Penal. Siempre hay un fin último que relativiza la finalidad relevante para el tipo, y a pesar de ello no se pierde de vista la trascendencia de la parte volitiva del hecho. Es decir, el comportamiento humano en general se caracteriza por una cadena de finalidades y de acciones consecuentes, siendo el tipo de cada figura delictiva en particular el que marca un corte de lo relevante y de lo irrelevante para el Derecho Penal, pero la estructura de ese comportamiento no se modifica o se rompe, sino que, hasta cierto punto, se normativiza en el dolo y los demás elementos que integran el tipo de lo injusto respectivo. El dolo es, parafraseando a WELZEL<sup>37</sup>, querer "realizar"

36 Sin embargo, consideraciones semejantes llevan a BACIGALUPO, *Problemas actuales del dolo*, 70, a que en el dolo directo de segundo grado (y parece ser que también en el dolo eventual) no se puede constatar el elemento volitivo, lo que le conduce a la pregunta retórica de si puede haber un elemento esencial del dolo que sólo aparezca en una de las tres formas reconocidas del concepto. La pregunta podría plantearse a la inversa: ¿puede elaborarse un concepto genérico de dolo asumiendo -como hace el autor citado- que en dos de sus variantes es esencial un elemento y en la otra variante es también esencial otro? Cuando refuerza su argumentación con la hipótesis de que en el dolo de segundo grado el resultado empíricamente necesario es imputado a título de dolo aunque el autor ni siquiera haya pensado en tales muertes, no puede sino estarse de acuerdo con lo que es obvio, pues lo que ocurre con su ejemplo es que falta también el elemento intelectual y, por consiguiente, no puede haber dolo ni imputarse con tal título los resultados de consecuencias necesarias.

37 WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 66 (*Derecho Penal alemán*, 97).

los elementos del tipo, no querer “tener” o “alcanzar” una herencia, un premio, etc.

En cuanto al dolo eventual, ya ha quedado suficientemente expuesto más arriba cómo es entendido por las posiciones monistas como un problema de conocimiento y cómo desde esta órbita habrá de resolverse su delimitación de la imprudencia consciente, salvo para quienes estiman que ésta queda integrada en la misma categoría del dolo, al ser o representar ambas lo mismo para el Derecho Penal. Cabe señalar ahora que el dolo eventual supone un nivel más acentuado de debilitamiento de sus dos elementos en relación con las otras dos clases de dolo (o tal vez tal esta degradación puede producirse con más intensidad en un elemento que en el otro, según las circunstancias del caso), sin que, al menos en los delitos de resultado material, aquéllos se lleguen a difuminar del todo.

En efecto, si el dolo eventual implica que el sujeto ha previsto tan sólo como posible, pero no segura, la producción del resultado, el conocimiento que tiene sobre la fortaleza de su acción respecto al desenlace final es menos firme, incluso para las teorías cognitivas de demarcación (teorías de la probabilidad), pues tienen que buscar criterios para comprobar el grado de intensidad que el autor se atribuye a sí mismo en relación con la producción del resultado. Y si el problema de su demarcación se sitúa en el aspecto volitivo, de nuevo nos encontramos en que las diversas teorías intentan encontrar alguna característica que permita ponderar la intensidad de aquél. En resumen, unas y otras construcciones están asumiendo implícitamente que uno u otro elemento no aparecen con una intensidad inicial tan diáfana, lo cual es obvio, pues nos encontramos en un espacio subjetivo que linda –y puede confundirse– con la imprudencia<sup>38</sup>. Sin

38 Respecto al nivel de conocimiento, la cuestión se aproxima al debate de si la imprudencia, a diferencia del dolo, no es sino un problema de conocimiento erróneo -o defectuoso para otros- por parte del sujeto, lo que suele conducir a una concepción del cuidado debido construido con criterios individualizadores o de

embargo, en los delitos de acción peligrosa (o de peligro abstracto-concreto) podría ocurrir que no fuera posible encontrar en el plano subjetivo una diferencia entre el delito doloso y su correspondiente comisión imprudente (de existir en el CP alguna extraña figura con estas características), pues el elemento volitivo, al no proyectarse sobre un resultado o al quedar éste fuera del tipo, se limita a la asunción de la propia acción que se ha previsto como peligrosa<sup>39</sup>.

No ha de extrañar la anterior conclusión, pues la compleja realidad psicológica que representa el comportamiento humano difícilmente puede ser compartimentada con absoluta nitidez por medio de los cortes que necesariamente ha de realizar el Derecho Penal para proceder con precisión a la valoración de su objeto. Por tal mo-

evitabilidad individual (así, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 247; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, en “La responsabilidad penal de las actividades de riesgo”, “CDJ”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, 147 y s.). No puedo entrar aquí sobre esta posición, pero baste señalar que es una construcción equivocada, pues aunque es cierto que en ocasiones la inobservancia del cuidado debido puede encontrar su base en un conocimiento erróneo –que no es lo mismo que un mero desconocimiento- de la situación por parte del sujeto (de ahí que en esta línea algunos autores sostengan que la cognoscibilidad del error es equivalente a un error venible del tipo, y en esta dirección apuntan la solución sobre si se infringió o no el cuidado debido), en otras ocasiones la concurrencia de un suceso dependerá del azar o de otras circunstancias no susceptibles de conocimiento real previo (así, que se acerque en dirección contraria un vehículo al proceder el conductor de otro al adelantamiento en un cambio de rasante), y no podrá decirse que el error no fuera evitable –no hay tal error en realidad–, ni tampoco que no se infringió el cuidado debido. Como se ve, esta concepción desenfoca el objeto real de la norma y la propia estructura del delito imprudente. Otras consideraciones críticas en GIL GIL, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007, 127 y ss.

39 Sobre el desarrollo de esta línea argumental me he ocupado con mayor detenimiento en otro lugar. V. ROMEO CASABONA, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, en DÍEZ RIPOLLÉS / ROMEO CASABONA / GRACIA MARTÍN / HIGUERA GUIMERÁ (eds.), “La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir”, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, 941s y ss.

tivo algunos autores<sup>40</sup> han denunciado certeramente las insuficiencias de que adolece la psicología popular para la determinación del dolo eventual, siendo necesario acudir a la psicología científica, pues la discusión sobre el dolo eventual se ha venido desarrollando, se indica, extramuros de ella. En efecto, las críticas que se han vertido contra el elemento volitivo han carecido de sustento científico y los tribunales de justicia tampoco han dado cabida a la Psicología<sup>41</sup>. Es necesario también en este ámbito crear vínculos entre otras ciencias y el Derecho Penal de forma que se propaguen a cada espacio del sistema<sup>42</sup>. Seguir el camino opuesto, prescindiendo, p. ej., del elemento volitivo del dolo, significa eludir el problema y desconocer la naturaleza humana, de la que el Derecho no puede prescindir del todo.

A la vista de las características específicas que presentan las diversas variantes del dolo resulta paradójico que alguna opinión quiera encontrar la forma básica del mismo en el dolo eventual<sup>43</sup>, que,

40 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 273; TORÍO LÓPEZ, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, en ROMEO CASABONA (Ed.), "Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución", Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna y Editorial Comares, Granada, 1997, 383 y ss. (publicado también en "Los elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, 157 y ss.). Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pássim, pone en evidencia las complejas relaciones existentes entre la Psicología y las categorías jurídico-penales subjetivas, concluyendo que cualquier tipo de valoración tiene que partir de la realidad psíquica a la que se refieren los elementos subjetivos (en relación con el dolo, v. 83 y ss.).

41 TORÍO LÓPEZ, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, 384.

42 TORÍO LÓPEZ, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, 384 y s.

43 Así, para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 402, partiendo de las tesis cognitivas del dolo, el dolo eventual puede llegar a contemplarse como arquetipo de dolo. Sigue el mismo criterio, BACIGALUPO, *Problemas actuales del dolo*, 78.

como se ha visto más arriba, es el más endeble y degradado de todas aquellas en cuanto a sus dos componentes subjetivos (conciencia y voluntad) y el que, por tal motivo (por su carácter residual desde un punto de vista subjetivo) sigue planteando las más intensas y no resueltas discusiones sobre su demarcación de la imprudencia consciente. Lo cierto es que la ley no suele distinguir ni señalar a alguna de sus modalidades como la que haya de tomarse como referencia, y dado que el marco penal respectivo es común para todas ellas, no es preciso averiguar a cuál debería corresponder ese papel, por lo demás aparentemente supérfluo. En todo caso sí puede afirmarse que los dos aspectos –intelectual y volitivo– se muestran con absoluta nitidez e intensidad en el dolo directo de primer grado, lo que no debe confundirse que esté exento siempre de dificultades de prueba.

## 2.2. El autor, protagonista activo de su conducta. El hombre normativizado

El autor de un hecho no es el mero ejecutor de lo que conoce, no actúa únicamente porque conoce o en la medida en que conoce, sino que dirige con su voluntad un proceso causal sobre una realidad que se ha representado previamente y va cotejando a medida de que va progresando en la realización de la acción. En este sentido, no hay inconveniente en aceptar que el componente volitivo depende del elemento intelectual, pues sólo puede quererse lo que se ha captado intelectualmente con anterioridad<sup>44</sup>; o, dicho de otro modo, sólo puede ejecutarse voluntariamente un plan que el sujeto se ha plan-

44 A este respecto afirma MUÑOZ CONDE (MUÑOZ CONDE / DÍAZ PITA, *Dolo*, en Luzón Peña (Dir.), "EPB", Comares, Granada, 2002, 628; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 270) que de algún modo el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce, pero sin que sean lo mismo, sino que uno, el saber, es presupuesto del otro, el querer. En términos semejantes (el querer presupone el saber, pero no es posible la hipótesis inversa), HAFT, *Strafrecht, AT*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2004, 151.

teado y ha diseñado –y decidido– previamente<sup>45</sup>. Este fenómeno es característico de la conducta humana.

Por consiguiente, es mediante su voluntad cómo el sujeto va conformando el proceso causal en los delitos de resultado, aproximándolo lo más posible a su representación previa a la vista de cómo se va desarrollando aquél. O incluso, puede cambiar sus propósitos iniciales redirigiendo su conducta hacia un nuevo plan, el cual, a su vez, puede implicar o no la realización de un tipo penal<sup>46</sup>.

Frente a este tipo de reflexiones se ha objetado que el autor puede conocer el pasado y el presente, pero no el futuro, no se puede conocer lo que todavía no ha sucedido, de ahí que aquél únicamente puede representarse la dimensión típica del hecho, que es el riesgo ilícito de la acción, pero no su resultado<sup>47</sup>; es la representación de un riesgo serio de realización del tipo<sup>48</sup>.

Estos procesos subjetivos no se entienden en su plenitud si no se reconoce la función esencial y autónoma que corresponde a la

45 En realidad esta relación lógica entre el elemento intelectual y el volitivo fue también apreciada por WELZEL en su concepción de la acción finalista, atribuyendo a la voluntad una función rectora de lo que el sujeto ha concebido y planeado internamente. V. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, OTTO SCHWARTZ VERLAG, Göttingen, 1961 (trad. y notas de CEREZO MIR, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, 27 y ss.); el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., W. De Gruyter, 1969, 33 (*Derecho penal alemán*, trad. Bustos y Yáñez, Editora Jurídica de Chile, Santiago, 1970, 53).

46 V. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 34 y s. Sin embargo, para WELZEL, la estructura final de la acción era constitutiva para las normas del Derecho Penal (37), lo que no siempre ha sido aceptado por sus discípulos: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 123; STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht, AT I. Die Straftat*, CARL HEYMANNS VERLAG, Köln, 2004, 66 y 103.

47 FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 102; FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, 277.

48 En este sentido, HERZBERG, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten*, 641 y ss.

voluntad del ser humano, a través de la cual éste puede reconducir la acción que se está representado intelectualmente durante el curso de su ejecución. Como se ha observado correctamente, el ser humano no está condenado a mantener una actitud meramente pasiva ante el curso de los acontecimientos<sup>49</sup>, de los que él es precisamente su ejecutor y protagonista; no es un espectador de sí mismo. Por otro lado, incluso desde una perspectiva puramente intelectual, el autor de un hecho penalmente relevante también puede querer conocer aspectos esenciales de su acción (p. ej., si el arma está cargada, si funciona correctamente). Por consiguiente, el dolo no puede ser captado completamente si no se atiende a la doble perspectiva que ofrecen los planos cognitivo y volitivo: del uno no puede presumirse el otro ni a la inversa, como tampoco pueden suplantarse recíprocamente.

Como se ha señalado con acierto, la objetivización del dolo lleva consigo que importe poco –o nada– el real contenido de la persona física, y comience a tener relevancia la exigencia mínima que el Estado en un momento dado exige<sup>50</sup>.

En consecuencia, esta construcción conduce de forma inexorable a que el objeto de la valoración lo sea una acción aséptica, despersonalizada, y su autor deja así de manifestarse como un ser humano real, para convertirse en un arquetipo. Según esto, el Derecho Penal ya no proyecta sus valoraciones sobre lo que el ser humano es capaz de conocer y de prever en la esfera de la conducta acotada por él mismo –es decir, normativamente en la esfera del tipo–, pues no puede conocer o prever el futuro (o esto es indiferente), pero tampoco quiere ni deja de querer lo que hace (o esto es indiferente). Si bien es cierto que el Derecho Penal, al igual que otros sectores del ordenamiento jurídico, recurre a categorías normativas sobre arquetipos humanos ideales para establecer a su través la medición obje-

49 CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 144, n. 87.

50 DONNA, *El concepto objetivado de dolo*, 678.

tiva de ciertas pautas de conducta (el hombre prudente y sensato, el buen padre de familia en Derecho Civil, etc.), no se le desprovee de sus características humanas relevantes para la valoración que realiza aquél. Mientras que en nuestro caso se procede a un trayecto opuesto, pues parecería que el Derecho Penal ha construido un arquetipo que sustituye plenamente al ser humano tal y como se manifiesta en el acontecer real. No es aquél el que debe adaptarse a éste –el ser humano real–, no se busca una reelaboración a partir de su esencia, ni consiste en realidad en una referencia sobre la conducta adecuada a derecho: el hombre real, tal y como se nos manifiesta, es suplantado por un sujeto ficticio creado por el Derecho. Se ha llegado así a la categoría del “hombre normativizado”, convertido en el verdadero objeto de la valoración. Como tal vez también sentenciaría aquí ARMIN KAUFMANN, a la vista de sus esquemáticos y empobrecidos perfiles, se trata del “homúnculo de la retorta”.

### 2.3. Otros aspectos de reflexión: el objeto de la culpabilidad

Finalmente, debe llamarse ahora únicamente la atención -pues no forma parte del objetivo de la presente contribución- sobre los efectos que una concepción monista del dolo podría comportar para la culpabilidad, al menos si ésta es entendida como culpabilidad de la voluntad<sup>51</sup>: ¿cómo reprochar al sujeto por la conducta típica y antijurídica realizada frente a la posibilidad de haber adoptado una resolución de voluntad diferente, si esa voluntad no forma parte del tipo de lo injusto o es irrelevante? Al menos una parte esencial del objeto del reproche desaparece o se desvanece su esencia en el tipo de lo injusto.

Consecuentemente, el Derecho Penal debería prescindir también de las actitudes emocionales del autor al tiempo de cometer el

51 Como lo entienden CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III*, Tecnos, Madrid, 2001, 27, en España, y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 138 y ss., en Alemania.

hecho, pues son puramente subjetivas y no guardan relación con la acción del sujeto que el tipo exige o debería exigir, según estas construcciones. En efecto, en algunos sistemas jurídicos estos aspectos de la acción no son del todo irrelevantes para el juicio de la culpabilidad<sup>52</sup>. En resumen, se prescinde en el tipo de un elemento emocional por antonomasia (la parte volitiva del dolo), pero se enfrenta con la contradicción de tener que asumir otros elementos de naturaleza indiscutiblemente emocional que afectan a la medida de la culpabilidad, pues así lo impone expresamente la ley.

### 2.4. La prueba del dolo y la estructura del dolo

Es posible que la justificada preocupación de algunos autores porque quede fehacientemente demostrada en el proceso judicial la presencia del dolo en un hecho penalmente relevante, les lleve a confundir la cuestión de su prueba -la cual es cierto que en no pocas ocasiones puede llegar a ser problemática, al igual por lo demás que la de cualquier elemento interno de la acción- con la esencia misma del dolo. Como mera hipótesis reflexiva se parte aquí de que en estas posiciones late en realidad una preocupación por la prueba del dolo, de sus dos elementos, asumiendo que tal vez sea más difícil la prueba del elemento volitivo que la del intelectual (sin perjuicio de que la prueba de éste pueda plantear asimismo dificultades en el caso concreto) o, incluso, de ambos con semejante grado de dificultad.

Frente a esta posición se toma aquí como criterio que no debe confundirse la dificultad probatoria de un fenómeno (aquí: del componente interno de la acción humana) con la existencia, la naturaleza y la manifestación misma de ese fenómeno<sup>53</sup>.

52 Cfr., p. ej., la circunstancia 4ª del art. 22 del CP español (cometer el hecho por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación).

53 Ni siquiera el intento de dar respuesta a los problemas de prueba justificaría la creación de tipos delictivos específicos, apunta SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*,

Cuestión distinta es que si fuera de todo punto imposible o muy trabajosa en exceso la constatación de alguno de estos elementos debiera concluirse en la necesidad de prescindir de alguno de ellos o incluso de ambos para pasar a fundamentar el componente subjetivo de la responsabilidad penal en otros criterios. Sobre si esto es realmente así, es decir, si en la práctica forense se presentan con relativa frecuencia escollos probatorios de la parte subjetiva –interna– será determinante la jurisprudencia existente sobre este particular. Y es cierto que los tribunales de justicia no se han encontrado con obstáculos insalvables en la mayor parte de los casos, lo que no ha impedido que hayan establecido un conjunto de pautas para determinar, por ejemplo, a qué tipo delictivo concreto había que vincular el dolo del autor, teniendo fundamentalmente presente el elemento volitivo (el *animus necandi* o el *animus laedendi* en relación con el delito de homicidio en tentativa y el de lesiones<sup>54</sup>, respectivamente, aunque haya tenido que inferirlo (“juicio de inferencia”) a partir de comprobaciones objetivas referentes a la acción, así la mayor o menor peligrosidad de los instrumentos utilizados para realizar aquélla, la parte corporal sobre la que ha recaído, etc.)<sup>55</sup>. Al contrario, las teorías cognitivas han dado lugar a que su tratamiento jurisprudencial

521, en relación con el delito del art. 384 del CP (conducción de un vehículo de motor con temeridad manifiesta y manifiesto desprecio por la vida de los demás).

54 Así, SsTS de 4 de mayo de 1994, 21 de noviembre de 2003, 11 de marzo de 2004, 17 de enero de 2007, 21 de enero de 2008, 26 de noviembre de 2008. Frente a esta extendida práctica jurisprudencial, FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, 305, entiende que la repercusión del elemento volitivo en el proceso es nula, puesto que sólo hay que probar la existencia del conocimiento.

55 V. sobre el particular ROMEO CASABONA, *Delitos contra la vida y la integridad personal y relativos a la manipulación genética*, Ed. Comares, Granada, 2003, 57 y s.; en términos más generales, MONER MUÑOZ, *El dolo y su control en el recurso de casación*, en “Elementos subjetivos de los tipos penales”, CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, 139 y ss.

haya sido en bastantes ocasiones confuso, abarcando algunas veces perspectivas contradictorias entre sí<sup>56</sup>.

El efecto real de estas posiciones, en particular de las tesis objetivadoras del dolo, es que al prescindir de incómodos parámetros subjetivos y sustituirlos por otros objetivos, puede avocarse a una presunción del dolo a partir de la sola comprobación de la existencia de estos últimos<sup>57</sup>. Y a pesar de sus pretensiones de haber encontrado un concepto general de dolo más manejable, la inquietud de gran parte de estas posiciones acaba reconduciendo la cuestión a los eternos y ciertamente todavía no bien resueltos problemas de distinción entre dolo eventual e imprudencia. Y en esto mismo radica uno de sus aspectos más débiles: querer elevar a categoría general lo que son en realidad criterios más o menos practicables para delimitar el dolo eventual, cuando respecto a las otras clases de dolo (dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias) se ha conseguido una caracterización no problemática, aceptable y aceptada de forma pacífica por doctrina y jurisprudencia, al margen de los problemas de prueba que también puedan suscitarse ocasionalmente en torno a ellas.

### III. LA ESTRUCTURA DEL DOLO EN EL DERECHO POSITIVO

#### 3.1. La definición del dolo en los sistemas jurídicos comparados

Algunos sistemas jurídicos han establecido una definición legal del dolo, y con ello la mención de los elementos que lo integran. Sin embargo, esta práctica legislativa no es tan frecuente, y todavía encontramos, al contrario, numerosos textos legales punitivos que no definen el dolo y mucho menos mencionan explícitamente cuáles

56 Así, las SsTS de 27 de junio de 2005, 19 de enero de 2007, 26 de noviembre de 2008 (por lo demás, muy completa).

57 En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 100. Parece aceptar esta observación, DONNA, *El concepto objetivado de dolo*, 681.

son sus elementos. No obstante, esta tendencia se está corrigiendo en algunos sistemas jurídicos, en particular en el ámbito ibero-americano, donde ya va siendo frecuente que en las reformas penales se incluya la definición del dolo, en el cual tanto la parte intelectual como la volitiva del dolo desempeñan una función configuradora esencial<sup>58</sup>.

Esta última es la situación del Derecho español, cuyo CP no define pero sí menciona el dolo en diversos preceptos para señalar una de las dos formas, exclusivas y excluyentes, de la imputación subjetiva que acoge, junto con la imprudencia<sup>59</sup>.

La carencia de una descripción o definición del dolo, de la referencia a su contenido o a los elementos que lo integran, no ha constituido un serio obstáculo para la doctrina, pues sí ha sido capaz de deducir de diversos preceptos el contenido del dolo.

58 Así, el PC de Brasil: "Diz-se o crime: Crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo" (art. 18, I). CP de Ecuador: "La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño, es: Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y, Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquél que quiso el agente" (art. 14). CP de Méjico DF (2003): "(Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culpablemente. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización" (art.18); en los mismos términos el art. 9 del CP Federal.

59 Cfr., p. ej., los arts. 5 ("no hay pena sin dolo o imprudencia") y 10 ("son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley") del CP. A su vez, el art. 12 del CP sanciona únicamente la imprudencia cuando viene expresamente establecido en la llamada Parte Especial del CP (sistema cerrado o del *numerus clausus*). V. sobre ello ROMEO CASABONA, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, en "Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo", Ed. Comares, Granada, 2004, 35 y ss.

### 3.2. El dolo como conocimiento

Quienes mantienen la tesis de que el dolo es únicamente conocimiento, o al menos únicamente de forma relevante, no sólo lo fundamentan desde una perspectiva conceptual, según se ha expuesto sumariamente más arriba, sino que se apoyan para demostrarlo también en la regulación del error sobre el tipo en dicho cuerpo legal.

En efecto, el art. 14.1 del CP viene a decir que el error sobre el tipo excluye el dolo, pues no será ya posible la responsabilidad penal por dicho título de imputación. A lo sumo, de ser vencible dicho error, el sujeto responderá por imprudencia, en su caso; esto es, si el hecho viene expresamente sancionado en el CP por imprudencia. De no ser vencible el error, aquél quedará exento de responsabilidad penal, al faltar la parte subjetiva del tipo doloso o imprudente correspondiente.

Dice así el art. 14.1 del CP: "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, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente".

Por consiguiente, si el sujeto posee un conocimiento erróneo sobre un hecho que constituye la infracción penal -el tipo objetivo-, queda excluido el dolo, pues ya no concurre -una parte de- el elemento subjetivo que le caracteriza: la conciencia de realización de la parte objetiva del tipo.

Hasta aquí nada sorprendente habría en esta tesis, la cual, en principio no ofrece inconveniente alguno para ser compartida, pues no debe olvidarse que en los supuestos de error de tipo no sólo falla el elemento intelectual, sino también el volitivo, que va dirigido en estos casos a una representación equivocada de la realidad y puede ser por tal motivo irrelevante para el Derecho Penal. Así, si A, experto cazador, dispara con su arma hacia un matorral cuyas ramas no dejan de cimbrarse, pensando A por ello que se trata de una pieza de caza, pero re-

sulta ser un cazador furtivo, no sólo no se ha apercebido A de que está disparando contra una persona, conducta que en sí misma satisface el tipo objetivo del delito de homicidio, sino que, además, tampoco quería matarla. Como se ha visto más arriba, esto es una consecuencia lógica de que el saber-conocer la realización de los elementos del tipo —es previo y presupuesto del querer— la voluntad de su realización.

Sin embargo, se añade por quienes así deducen del CP el contenido del dolo, que si el art. 14 constituye el correlato de la exclusión del elemento intelectual de aquél, y demuestra además que éste, el dolo, está constituido en el CP por dicho elemento, no encontramos en la parte general del CP un precepto de características similares que pudiera ser aplicado al elemento volitivo<sup>60</sup>. Es decir, llevando a su extremo el argumento, no existe un precepto que indique qué efectos jurídico-penales tendría la no concurrencia de la voluntad del sujeto de realización del hecho típico, y que lleve explícitamente a la exclusión de la responsabilidad dolosa, de forma paralela a lo que ya hemos recordado que, en su opinión, tan sólo sucede con el elemento intelectual. La conclusión para esta posición no puede ser entonces otra: aquél, el elemento volitivo, la voluntad, no es esencial en el CP, no es imprescindible su existencia como tampoco la comprobación de su concurrencia para que pueda afirmarse o negarse la presencia del dolo. En consecuencia, el dolo en el CP español estaría constituido únicamente por el conocimiento de realización de la parte objetiva del tipo.

### 3.3. El dolo como conciencia y voluntad

La posición que defendemos aquí parte de considerar que la definición inicial aportada en el presente estudio (el dolo es la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo) no sólo es compatible con el CP vigente sino que, más allá, es

60 Así, p. ej., FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, 278 y ss.

la única compatible con el CP español o, cuando menos, que la concepción puramente cognitiva no se ajusta a los presupuestos en los que se inspira y se encarna este CP. Y a conclusión semejante habrá de llegarse en aquellos sistemas jurídicos en los que la voluntad del sujeto es relevante para fundamentar o excluir, en su caso, la responsabilidad penal.

Tienen razón quienes se apoyan en la regulación positiva del error sobre el tipo para sostener que de la misma debe extraerse la conclusión de que la conciencia es un requisito necesario del dolo. Ciertamente, es necesario, pero no suficiente: sin la existencia (y su demostración) de la voluntad de realización del tipo objetivo no es posible sancionar penalmente el hecho a título de dolo en el Derecho Penal español. Por otro lado, el art. 14.1 del CP no excluye ineludiblemente que el dolo pueda estar integrado por otros elementos, además del intelectual, no prejuzga el contenido del dolo, sino tan sólo las consecuencias del fallo de este último elemento.

Incluso pueden presentarse algunos supuestos en los que el error sobre algún elemento del tipo no excluye el dolo y entonces parece inevitable apoyarlo en su parte volitiva. Quiere significarse con esta afirmación que hay supuestos en los que existe una voluntad de realización por parte del sujeto, pero no conocimiento o hay un conocimiento erróneo de al menos los elementos descriptivos del tipo: A quiere matar a B, pero lo confunde con otra persona C y mata a ésta (*error in personam*). A pesar del error en el que ha incurrido A, aquél es irrelevante, pues persiste la voluntad de realización de la acción típica (dar muerte a otra persona). Únicamente si los sujetos no son equivalentes desde el punto de vista de su protección en el tipo de lo injusto (la condición institucional que puedan tener B o C en el ejemplo citado que les confiera una especial protección penal, p. ej., ser jefe del estado), o cuando se trata de objetos tampoco equivalentes desde esta misma perspectiva (A confunde al perro de B con éste mismo y mata al perro) el error será relevante (en este último caso:

tentativa de homicidio doloso en concurso con un delito imprudente de daños), pero seguirá respondiendo penalmente, pues persiste una voluntad, aunque erróneamente dirigida como consecuencia de un conocimiento equivocado, de lesionar un bien jurídico (la vida de B).

Para demostrar que lo anterior es así, es decir, que el dolo ciertamente presenta una estructura dual o bifronte, voy a apoyarme como punto de partida en los argumentos que hace ya años construyó CEREZO MIR para defender que el CP español se basa en un concepto personal de lo injusto en el cual el componente subjetivo es esencial: ya en el tipo puede diferenciarse una estructura típica dolosa, la cual, lógicamente, incluye el dolo, y otra imprudente. Quiero decir, que tomando como arranque los razonamientos que esgrimió ya hace años mi maestro para demostrar que el dolo pertenece al tipo de lo injusto y no también o sólo a la culpabilidad, en coherencia con la concepción de lo injusto en la que se inspiraba el CP entonces como también el actualmente vigente<sup>61</sup>, es posible ir todavía más allá y desarrollar, ampliar y trasladar tales argumentos para demostrar a través de ellos y de otros más la estructura dualista del dolo.

### 3.4. La estructura de la tentativa y su definición en el Derecho positivo

En relación con el peso que el CP otorga a los elementos del dolo suele olvidarse que el elemento volitivo<sup>62</sup> figura también explícitamente en la definición de la tentativa (art. 16 el CP). Recordemos que viene aceptándose por parte de la doctrina que en la tentativa el

61 CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, 123 y ss.

62 En realidad la tentativa presenta en el tipo un conjunto de elementos subjetivos (intelectuales y volitivos), que han sido destacados por los autores: STRUENSEE, *Tentativa y dolo*, en "CPC", N° 38, 1989, 405 y ss.; GIL GIL, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, en "RDPC", N° 6, 2000, 103 y ss., 116 y ss.

dolo constituye un elemento imprescindible para poder caracterizar la tipicidad de aquélla: si no tenemos presente la resolución delictiva –el dolo– como parte de la tentativa tampoco podremos determinar si la conducta es típica o no.

En realidad, puede sostenerse que en cierta medida *algunos* aspectos de la tentativa son al elemento volitivo lo que el error sobre el tipo lo es al elemento intelectual. No es que se configuren como dos estructuras simétricas perfectas la una respecto de la otra, puesto que en el primer supuesto normalmente concurre el resultado –en los delitos de resultado material–, lo que no sucede por definición en el delito intentado. Pero hasta cierto punto podría considerarse, en cuanto que tanto el error sobre el tipo como la tentativa son situaciones que pueden presentarse en principio en cualquier delito doloso, sin perjuicio de que esto pueda o no ser siempre así en la tentativa (p. ej., se discute en relación con los delitos de simple actividad).

En todo caso, la tentativa está construida en sus diversos aspectos con referencia sustancial a la voluntad del sujeto (la resolución delictiva). En efecto, también en el Derecho positivo la tentativa se caracteriza por la actitud volitiva del sujeto en relación con el resultado<sup>63</sup>.

Según el art. 16.1 del CP español: "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"<sup>64</sup>.

63 Por consiguiente, al menos por lo que se refiere al Derecho positivo español, sí que se alude de forma explícita a la voluntad del sujeto como parte de su conducta, exigencia que parecen obviar o desconocer las posturas normativistas objetivadoras del dolo. V., p. ej., BACIGALUPO, *Problemas actuales del dolo*, 69.

64 En el Derecho Penal comparado, en concreto, iberoamericano, encontramos definiciones que también ponen el peso en la voluntad del sujeto. Así, el CP argentino: "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44" (art. 42); "El autor de tentativa no

Significa esto que la voluntad del sujeto iba dirigida, en los delitos de resultado, a la producción de éste, aunque esto precisamente no llega a ocurrir en la tentativa. En la voluntad del sujeto descansa entonces lo injusto del tipo de la tentativa. En la tentativa puede suceder que el sujeto no realice completamente los elementos objetivos del tipo por la interposición de un tercero, o que el resultado no llegue a producirse por el mismo motivo, aun habiendo realizado todos los elementos objetivos del tipo. A apunta con su arma de fuego cargada a B, al que quiere matar, pero en el preciso instante de disparar C empuja a A, sin que éste logre su propósito. A suministra a B, sin que éste se entere, un

---

estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del hecho" (art. 43). CP de Brasil: "Diz-se o crime... tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente" (art. 14, II); "O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados" (art. 15). CP de Ecuador: "Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica. Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa. Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad" (art. 16). CP de Méjico DF: "(*Tentativa punible*). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado" (art. 20); "(*Desistimiento y arrepentimiento*). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste" (art. 21) (en términos similares, a los efectos de este trabajo, el art. 12 del CP Federal). CP de Perú: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo" (art. 16); "Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos" (art. 18).

fuerte veneno, pero justo antes de que aquél surta su efecto mortal C administra un antídoto eficaz y B salva su vida.

En estos supuestos el conocimiento de A sobre los procesos causales que han de dar lugar al resultado típico perseguido es el adecuado, como también lo es su voluntad de poner los medios para lograrlo. En sendos casos A será por ello responsable de un delito doloso – homicidio o asesinato, en su caso – en tentativa.

Pero en otros casos hay una percepción errónea de la realidad, consecuencia de la cual es que el resultado no llegue a producirse conforme al plan –equivocadamente– diseñado por el autor. A apunta con su arma de fuego a B, al que quiere matar, y dispara sin apercibirse de que el arma estaba descargada. A suministra a B, sin que éste se entere, un fuerte veneno, en una dosis que A cree mortal, sin darse cuenta de que el producto se encontraba en mal estado (o en una concentración muy por debajo de lo necesario para ser mortal).

En estos casos el elemento intelectual adolece de una errónea captación de la realidad y, sin embargo, ello no va a ser obstáculo para que A sea inculcado en ambos ejemplos como autor de, cuando menos, un delito doloso de homicidio en tentativa.

Los dos grupos de ejemplos citados ponen de relieve cómo es irrelevante el conocimiento completo de la realización de los elementos del tipo o su conocimiento al menos parcialmente equivocado para que los hechos sean castigados por tentativa de delito en virtud del art. 16 del CP, pues él sólo no nos orienta de modo suficiente sobre la dirección de su acción, en particular si no hubo resultado de peligro concreto para el bien jurídico: es la concurrencia de la voluntad del sujeto en la realización del hecho y es la ajenidad de dicha voluntad en la no producción del mismo lo determinante para la constitución de lo injusto de la tentativa.

La no producción del resultado podría ser consecuencia, desde luego, del propio desistimiento del sujeto, con los efectos que veremos más abajo, pero también de otras circunstancias o accidentes, según

ha quedado claro en los ejemplos expuestos más arriba. Es decir, que persistiendo en el agente la resolución de cometer el hecho típico, el resultado no se produce por la concurrencia de algún factor que le es ajeno, y no sólo por las medidas que el autor haya tomado para evitar el resultado<sup>65</sup>, argumento tautológico, y por ello vacío, que se ha sostenido frente al criterio que sustento y que es también mantenido por la jurisprudencia española<sup>66</sup>.

65 Así lo sostiene, pintorescamente, BACIGALUPO ZAPATER, *El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 152: "De manera que cuando el art. 16.1 CP dice 'y sin embargo [el resultado] no se produce por causas ajenas [sic] a la voluntad del autor', se debe entender lo que siempre se entendió, no se haya producido por las medidas que el autor haya tomado para evitar el resultado para evitar el resultado". Como puede comprobarse, tan pobre argumentación es plenamente vacía y desconoce el tenor del art. 16 del CP español.

66 V. sentencias que marcan las diferencias entre la voluntad en la tentativa y en el desistimiento, y que recuerdan que la no producción del resultado puede serlo por causas distintas al último: "No se trata, por tanto, de dos situaciones comparables, a efectos del hipotético cálculo de las penas correspondientes: tentativa o desistimiento, sino de dos diferentes e incompatibles posibilidades de ausencia de resultado: por causas ajenas a la voluntad del autor (tentativa) y por desistimiento activo y eficaz de éste (desistimiento, excluyente cada una de ellas del posible acaecimiento de la otra)" (STS 12 de abril de 2002, f. j. 1º; ponente: Maza Martín). "El enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental" (STS de 2 de julio de 2002, f. j. 3; ponente: Aparicio Calvo-Rubio). "Pues la inmediata intervención de los ocupantes de la vivienda, ya advertidos por el altercado sostenido con el autor, y el hecho de que el fuego se ocasionase con un simple mechero, sin utilizar líquido propagador alguno, determinaron la extinción inmediata (siendo sofocado el fuego inmediatamente, según la expresión literal de los hechos probados), por lo que no se llegó a propagar en absoluto por causas independientes de la voluntad del autor" (STS de 7 de octubre de 2003, f. j. 2; ponente: Conde-Pumpido Tourón). "Según el artículo 16.1 del Código Penal, un delito queda en grado de tentativa cuando el resultado "no se produce por causas independientes de la voluntad del autor" y, en el caso enjuiciado la muerte no se produjo porque la impidió la conducta posterior del procesado" (STS de 2 de marzo de 2004, f. j. 1º; ponente: Abad Fernández).

Por otro lado, no es posible, si somos fieles tanto al texto literal como al espíritu del art. 16, es decir, a la técnica hermenéutica aceptada de forma general, que exige tener a la vista el texto legal que es objeto de análisis, definir la voluntad en la tentativa a la que se refiere el citado precepto como "obrar conociendo el peligro concreto que se genera"<sup>67</sup>, pues no se hace otra cosa que sustituir un elemento del dolo –la voluntad– por otro –el conocimiento–, aunque parcialmente en este segundo caso. Es decir, se prescinde directamente del texto legal –vigente–, no se reinterpreta.

Más clara se manifiesta esta dependencia de lo injusto del elemento volitivo en la regulación del desistimiento. Aquí la voluntad del sujeto es decisiva para que el hecho no sea finalmente punible: "Quedaría exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta" (art. 16.2 del CP)<sup>68</sup>.

Lo que viene a decir el texto legal es que el desistimiento implica no querer continuar lo que ya se estaba haciendo, por lo que lo hasta

67 Según entiende BACIGALUPO ZAPATER, *El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en "Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico", "EDJ", Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2007, 152, quien añade "que es lo que hace la jurisprudencia". Podríamos apuntar que "alguna jurisprudencia", pues otra, muy abundante por cierto, y dominante, incluso en ocasiones las sentencias que parecen asumir las tesis cognitivas del dolo; me evito reproducir una lista de ellas a la que puede accederse fácilmente en las bases de datos al uso.

68 En términos semejantes, por lo que se refiere al papel que desempeña la voluntad, discurre el desistimiento en la codelincuencia: "Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta" (art. 16.3 del CP). CP argentino: "Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar..." (art. 47).

entonces ejecutado se realizó queriendo<sup>69</sup>. En ambas disyuntivas, renunciar a proseguir la ejecución del hecho o impedir que se produzca el resultado, la voluntad del sujeto es decisiva para que pueda apreciarse el desistimiento. Este hacer voluntario explica la coherencia de que la ley castigue lo ya ejecutado antes de adoptar la decisión de desistir si se integra ya en un tipo penal. Y no es menos cierto que en relación con este tipo el componente volitivo del dolo emerge por sí mismo<sup>70</sup>.

Es, por consiguiente, la voluntad la rectora del proceso causal del que depende el curso de la acción diseñado –conocido, concebido– previamente por el autor: si se encuentra en manos del autor interrumpir el hecho, dejándolo inacabado, también lo estará que prosiga el mismo hasta su consumación (o sin que, a pesar de ello, se produzca el resultado, tentativa acabada) o que se interrumpa por los designios del autor, y a estos aspectos se refiere precisamente la definición legal del desistimiento, los cuales deberán quedar asimismo probados en el proceso.

En conclusión, tanto la tentativa como el desistimiento ponen de relieve cómo no se puede captar plenamente su relevancia típica en el CP español si nos limitamos a delimitar el plano cognitivo: éste nada aporta a la exigencia legal de que se desista de continuar lo ya ejecutado o de que en la no producción del resultado no haya intervenido la voluntad del sujeto. Y si el aspecto volitivo es legalmente trascendente

69 De modo semejante la jurisprudencia: SsTS de 22 de mayo de 2006 (“La jurisprudencia ha definido el denominado desistimiento voluntario como “la interrupción que el autor realiza por obra de su espontánea y propia voluntad del proceso dinámico del delito, evitando así su culminación o perfección” [v. STS de 21 de diciembre de 1983]. No cabe hablar de desistimiento voluntario cuanto el desistimiento se produce por haber surgido obstáculos insuperables”) y 14 de abril de 2005.

70 V. sobre los aspectos de voluntariedad del desistimiento y un examen crítico sobre sus perspectivas psicológicas y valorativas en MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, 4 y ss.; NÚÑEZ PAZ, *El delito intentando*, Colex, Madrid, 2003, 127 y ss.

en la tentativa de delito no hay razón para negarlo en el delito consumado.

Por consiguiente, frente a las poco rigurosas afirmaciones que sostienen que el CP español no se pronuncia sobre la exigencia del elemento volitivo y que está abierto a diversas opciones interpretativas, a diferencia del intelectual (art. 14.1), no cabe duda ni resquicio abierto a otra interpretación distinta: la resolución delictiva, la voluntad, son decisivas para poder caracterizar el dolo en el Derecho positivo español.

Puesto que las teorías cognitivas que se mantienen por parte de algún sector de la doctrina española se inspiran o se basan en un sector de la doctrina alemana, es oportuno recordar que el CP alemán no enfatiza explícitamente la referencia a la voluntad del sujeto en su definición de la tentativa y en la atenuación de la responsabilidad o exculpación en el caso de falta de comprensión grave por parte del sujeto, sino más bien a aspectos cognitivos que, como se ha visto, no figuran en el CP español<sup>71</sup>.

#### IV. OTROS ASPECTOS VOLITIVOS DEL TIPO

##### 4.1. La utilización de expresiones específicas para aludir al dolo

En algunos tipos delictivos el legislador ha venido utilizando expresiones que aluden inequívocamente al dolo: “intencionadamente”, “maliciosamente”, “a sabiendas”. No cabe duda de que las dos

71 Cfr. §§ 22 y ss. § 22 del CP alemán: “Determinación del concepto. Intenta un delito quien según su representación del hecho inicia directamente la realización del tipo”. § 23 (3): “Cuando el autor, a causa de una burda falta de entendimiento, no se dio cuenta de que la tentativa no podía haber dado lugar en ningún caso a la consumación, debido a la naturaleza del objeto o del medio, el Tribunal podrá, a su arbitrio, atenuar o prescindir de la pena”. La cursiva ha sido añadida. Por otro lado, el desistimiento aparece definido en el CP alemán (§ 24) de forma diametralmente opuesta al CP español, sin alusión alguna a la voluntad del sujeto que desiste.

primeras expresiones aluden al elemento volitivo del dolo<sup>72</sup> (sin perjuicio de que la palabra maliciosa tribute reminiscencias históricas de otro signo ya desfasadas, p. ej., el *dolus malus*), mientras que la última expresa el elemento intelectual<sup>73</sup>. Pero no por ello significa que en los primeros baste con la existencia o prueba del elemento volitivo y que en el último sea suficiente con la existencia o prueba del elemento intelectual.

De forma mayoritaria, la doctrina española ha venido considerando que la alusión explícita al dolo en estos casos a través de los términos indicados expresa el dolo directo<sup>74</sup>, por lo que sería una clara advertencia de que no es factible la comisión por imprudencia (ni con dolo eventual), de que se ha querido excluir la sanción penal de ésta. A esta posición se enfrenta el criterio minoritario –del que participo– de que con estas expresiones la ley alude a todas las clases de dolo y la presencia de ellas no comporta restricción alguna sobre el alcance del mismo.

Mientras pervivió en el CP español el régimen de incriminación general de la imprudencia pudo tener algún sentido político-criminal la tesis mayoritaria<sup>75</sup>, pues, con independencia de lo acertado o equivocado de su interpretación, se llegaba a una propuesta restric-

72 En este sentido, en relación con el término intención, Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, 144.

73 De semejante criterio, Feijoo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, 280, n. 27, pero lógicamente con el fin de apuntalar su tesis cognitiva.

74 Sobre esta cuestión, manifestándose contrario, al considerar que todos estos términos se refieren al dolo en toda su extensión o variantes, v. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal*, II, 153 y s.

75 En todo caso discutible, pues con esta posición, desde un punto de vista global o de conjunto sobre la incriminación de la imprudencia, ni se garantizaba la impunidad de las conductas imprudentes de menor gravedad ni la de las conductas que afectasen a bienes jurídicos de menor importancia jurídico-penal.

tiva sobre la punibilidad de los hechos imprudentes, restricción que venía solicitando la doctrina de forma unánime y constante.

Con la aprobación del CP de 1995 y la introducción del *numerus clausus* como vía de incriminación de los comportamientos imprudentes, con el fin de restringir aquélla (y, aparentemente al menos, de dotar al mismo tiempo de seguridad jurídica frente a los contrapuestos criterios interpretativos sobre qué hechos imprudentes estaban penados y cuáles no en el CP de 1973), seguir arrastrando esta interpretación restrictiva ya no es necesaria y por ello carece de sentido y de justificación. Pero, además, esta conclusión es determinante, al verse contradicha por el propio CP, pues en algún caso nos encontramos en la descripción legal de la figura del delito doloso todavía con alguna de las expresiones mencionadas de “intención”, “malicia” y “a sabiendas”, para a continuación describir explícitamente el tipo imprudente que se corresponde precisamente con ese tipo doloso. Significa esto que ya no es sostenible de ningún modo que la presencia de estas expresiones en el delito doloso excluya el dolo eventual, pero persista su punición imprudente<sup>76</sup>, pues no tendría sentido que las formas más graves (dolo directo, de acuerdo con la interpretación doctrinal que se ha comentado) y menos graves (la imprudencia, de acuerdo con lo que de forma explícita señala el CP) fueran punibles, pero no lo fueran las formas intermedias (dolo eventual).

Tampoco es aceptable considerar excluida la comisión por imprudencia en estos delitos dolosos donde aparecen los términos expresados, pues lo desmiente el propio CP, y sería proceder *contra legem* mantener este criterio cuando la ley prevé la incriminación explícita por imprudencia, sin perjuicio de que esa sería la conclusión coherente por parte de la doctrina mayoritaria, pero, como se ve, ahora en el CP de 1995 es de todo punto insostenible.

76 También crítico CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal*, II, 154.

Veamos algunos ejemplos. En primer lugar, el delito de prevaricación judicial: "El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado..." (art. 446 del CP); y, acto seguido, en el artículo siguiente se sanciona este hecho si es cometido por imprudencia: "El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictare sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena..." (art. 447)<sup>77</sup>. Por otro lado, dentro de los delitos contra el medio ambiente el art. 329.1 del CP sanciona a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores...", y, por su parte, el art. 331 prescribe que "los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave"<sup>78</sup>. Aunque en este caso la remisión global del art. 331 a los "hechos" previstos en los artículos precedentes no deja de ser problemática, lo cierto es que sería un contrasentido admitir

77 Prosiguiendo con la misma línea argumental, nótese cómo carecería de sentido otorgar un significado diferente a la expresión citada en el texto ("a sabiendas"), esto es, como equivalente a dolo directo de primer o segundo grado, pero no a todas las formas de dolo, por la mera circunstancia de que no se sancione la forma imprudente cuando se utiliza una redacción prácticamente idéntica para describir el tipo doloso, como ocurre con la prevaricación de los funcionarios públicos: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará..." (art. 404). Quiere decirse, si el delito del art. 446 abarca la totalidad del dolo con el fin de evitar la contradicción que se ha apuntado en el texto (que se sancionen los supuestos de dolo directo y la imprudencia, pero no el dolo eventual), el delito del art. 404 debe presentar la misma estructura dolosa que aquél a pesar de que no se incrimine en el CP el tipo imprudente, al tener ambos tipos una redacción muy similar.

78 No obstante, para CARMONA SALGADO, *Curso de Derecho Penal Español, PE, II* (Cobo del Rosal, Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1997, 73, no es posible en la actualidad la comisión por imprudencia, basándose en la argumentación expuesta en el texto.

que en el supuesto del art. 447 su aplicación a los hechos imprudentes no se vería impedida por la expresión "a sabiendas" del artículo precedente y, sin embargo, dicha expresión sí constituiría un obstáculo insalvable para poder aceptar que la autoridad o el funcionario público pudieran cometer la modalidad de prevaricación transcrita por imprudencia grave. La coherencia sistemática obliga entonces a esta conclusión, lo que no significa en modo alguno concordar con lo que entiendo que es un ejemplo más de las deficiencias de técnica legislativa y tal vez también de política criminal en las que incurrió el legislador en 1995.

En realidad, todas estas expresiones a las que me vengo refiriendo ("intención", "malicia", "a sabiendas") son vestigios históricos que encontramos en el período de la codificación y sobre cuyo origen y razón habría que indagar<sup>79</sup>, pero en todo caso en la actualidad nada aportan para determinar un mayor o menor *alcance* del dolo, y por ello carece de sentido su persistencia en el CP. Sin perjuicio de esta conclusión, no cabe duda de que la pervivencia de los términos mencionados es expresiva del *contenido* del dolo, en concreto respecto a los de "intención" y "malicia", de su dimensión volitiva. Sería entonces una contradicción aceptar que, p. ej., la palabra "intención", cuya remisión al elemento volitivo no parece dudosa, alude tanto al dolo directo de primer como de segundo grado, y considerar asimismo que éste último da cabida tan sólo al elemento intelectual, de conformidad con lo que se señaló más arriba que sostienen algunos autores.

En resumen, y de acuerdo con el criterio que he mantenido en otro lugar<sup>80</sup>, hay varias líneas argumentales que apoyan la tesis afir-

79 Esta indagación ha sido realizada de forma profunda y completa desde las diversas perspectivas posibles por SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, 341 y ss. ("a sabiendas"), 410 y ss. ("malicia") y 431 y ss. ("intención").

80 ROMEO CASABONA, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, 951.

mativa que vengo sosteniendo: 1ª las cláusulas de incriminación de la imprudencia se remiten únicamente a la parte objetiva del delito doloso, quedando excluida la parte subjetiva de este último, que se sustituye por la que corresponde al delito imprudente; 2ª en el CP aparecen varios delitos dolosos que incluyen alguna de las expresiones sugestivas del dolo y a continuación la variante de comisión por imprudencia con remisión directa y exclusiva a un solo tipo doloso, lo que constituye una prueba inequívoca de que una expresión semejante no constituye un obstáculo para construir el tipo imprudente (recuérdense los art. 446 y 447, mencionados más arriba; cfr. también los arts. 329 y 331); 3ª tales expresiones son en realidad equivalentes al dolo en toda su extensión, por lo que no suponen una restricción subjetiva en el CP; 4ª al contrario, las mismas comportan ineludiblemente un entendimiento del dolo como conciencia y voluntad; 5ª y, finalmente, el error vencible sobre el tipo debe sancionarse por imprudencia a partir precisamente del tipo imprudente específico correspondiente, al que se remite la norma que regula esa clase de error y para ello es irrelevante que el tipo doloso contenga o no un elemento subjetivo de lo injusto o una referencia a los componentes del dolo (art. 14.1 del CP).

#### 4.2. La referencia a la voluntad del sujeto como consecuencia de la propia naturaleza de la acción típica

Algunos delitos utilizan verbos para describir la acción típica que contienen una clara dirección finalista de la acción y por ello no pueden ser entendidos de un modo puramente causal<sup>81</sup>. Dicho de un modo más orientado a nuestro estudio, suponen una clara referencia a la voluntad del sujeto, que es la que, como se dijo más arriba, rige la realización de dicha acción consciente. Así, el delito

81 WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, 62; Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, 126.

de estafa incorpora en el tipo la exigencia de que se utilice “engaño bastante” (art. 248.1 del CP). Es obvio que el recurso al engaño bastante implica ya la finalidad de cometer el fraude sobre un tercero. Algo semejante ocurre con la acción de apropiación en el delito de apropiación indebida.

Por otro lado, la tipicidad de algunos delitos no puede captarse plenamente si no se atiende al elemento volitivo del dolo, éste es el que señala si la conducta es o no típica. Esto ocurre en el CP español<sup>82</sup>, p. ej., con el delito relativo a la negativa de someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 380 del CP). La misma exigencia del tipo de negarse a realizar algo comporta la de una decisión voluntaria y, por supuesto, consciente. En efecto, podría suceder que el sujeto requerido a someterse a tales pruebas no lo haga, siendo consciente de ello, pero no porque en realidad se niegue en el sentido del tipo, esto es, porque no quiera, sino por otras circunstancias ajenas a su voluntad (p. ej., que sufra en ese momento una insuficiencia respiratoria aguda de origen asmático, que puede llegar a desencadenarse ante una tensión psicológica, como podría ser la de encararse con los agentes de tráfico). Por consiguiente, la determinación de la voluntad del sujeto en este caso es decisiva para la averiguación de si concurre o no el tipo.

#### 4.3. Los elementos subjetivos de lo injusto

Todos los elementos subjetivos de lo injusto que figuran en algunos tipos penales descansan en el aspecto subjetivo, en concreto en componentes volitivos (ej., delitos de intención, entre los que se encuentran los delitos de resultado cortado y los delitos mutilados de

82 Conforme me ha sido sugerido personalmente por el Prof. Dr. ESTEBAN SOLA RECHE, de quien tomo esta reflexión.

dos actos<sup>83</sup>; delitos de tendencia) o intelectuales (p. ej., en los delitos de expresión, si se entienden como la discordancia entre una declaración y el saber del sujeto)<sup>84</sup>, al igual que ocurre en el dolo, sin que, no obstante, en ningún caso formen parte o se confundan con él.

Estos elementos subjetivos pueden tener, de forma alternativa, un efecto contrapuesto<sup>85</sup>. Comportan en unos casos una restricción del tipo, pues la no demostración a lo largo del proceso de su concurrencia en el hecho excluyen aquél. Pero, por otro lado, pueden dar lugar a un adelanto del hecho punible, al anticipar al mismo tiempo el momento de la consumación. No son siempre fáciles de probar, pero no por ello se ha renunciado a requerir su presencia en algunos delitos, siempre que no se persiga el objetivo contrario de ampliar el ámbito de lo punible del delito en el que se insertan.

En cualquier caso, la explícita exigencia de una intención, ánimo o tendencia determinados aluden, sin la menor duda, a componentes subjetivos que son manifestaciones o expresiones volitivas de la acción del sujeto, de su voluntad de actuar, al igual que en otras ocasiones lo son de su parte intelectual. Estos elementos subjetivos pertenecen también al tipo subjetivo, junto con el dolo. En concreto en los delitos de resultado cortado y mutilados de dos actos son esa intención o fin ulterior los que caracterizan al delito, de modo que es

83 En este sentido, GIL GIL, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, 103 y ss., donde concibe la "intención" como esencialmente volitiva (112 y ss.), y establece los paralelismos existentes entre la misma y otros elementos volitivos, en particular el dolo.

84 V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 123, donde (nota 16) recoge la discusión sobre este elemento, y la posición mayoritaria a favor de la teoría objetiva (discordancia entre la declaración del sujeto y la realidad objetiva).

85 Así lo entiende también, GIL GIL, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, 105 y s.

indispensable acudir a ellos para comprobar si se ha producido o no la realización del tipo<sup>86</sup>.

Mal parecería, por contradictorio, admitir este componente subjetivo cuando se mueve en la intencionalidad, en la finalidad, esto es, en una faceta volitiva, y prescindieramos del que caracteriza precisamente al hecho en su conjunto: de acuerdo con los planteamientos cognitivos del dolo habría de quedar probado que el sujeto actuó con ánimo de lucro en el delito de hurto, pero sería indiferente –y por ello no habría de probarse– que quisiera o no tomar la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño de la que pretendía lucrarse, bastando con que supiera lo que estaba haciendo.

## V. ALGUNAS CONCLUSIONES

### 5.1. Recapitulación

Entiendo que han quedado suficientemente corroboradas a lo largo de este trabajo las tres críticas más importantes que han suscitado las teorías cognitivas, que enumeraba más arriba: la seguridad jurídica, al tratarse de una propuesta que carece de base legal y, por el contrario, sí encuentra serios obstáculos en la propia ley; la objetivización de un elemento de la acción humana que es eminentemente subjetivo y que por ello se desnaturaliza, sin perjuicio de que con ello se facilite la prueba en el proceso penal; y la expansión del dolo en detrimento del espacio propio de la imprudencia, aunque esté orientada a facilitar una persecución más adecuada a ciertas conductas con mayor peligrosidad para los bienes jurídicos que ha generado la sociedad del riesgo.

En las líneas anteriores se ha tratado de demostrar que el dolo, en cualquiera de sus variantes, está integrado por dos elementos

86 V. otros aspectos trascendentes de estos delitos en GIL GIL, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, 115 y ss.

esenciales: la conciencia y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Asimismo, que su contenido respectivo es psicológico, y se corresponde con la estructura propia de la acción y, en suma, de la naturaleza humanas<sup>87</sup>. El concepto cognitivo del dolo no sólo normativiza en extremo esta construcción jurídica, al objetivarlo (en esto radica realmente su inaceptabilidad), sino incluso la propia condición humana (“el hombre normativizado”), de cuya naturaleza se prescinde<sup>88</sup>.

Si bien estas características psicológicas no tendrían por qué imponerse al Derecho Penal de forma estricta y necesaria y, en su caso, sobre ellas también el Derecho Penal deberá proyectar sus propias valoraciones, tampoco puede desconocerlas por completo<sup>89</sup>. En sentido estricto puede afirmarse que desde el criterio que se sustenta aquí el dolo es también un concepto normativo, pues el Derecho Pe-

87 En sentido similar, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 305, quien subraya la correspondencia de esta perspectiva con la edificación del Derecho Penal, y de la sociedad democrática en su conjunto, en torno a la persona en su individualidad y con su responsabilidad.

88 TORÍO LÓPEZ, *Teoría cognitiva el dolo y concepto de temeridad (Recklessness)*, en Pérez Álvarez (Ed.), “Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero”, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, 839, siguiendo la línea marcada en trabajos anteriores, insiste en que el dolo reclama no sólo el conocimiento sino la voluntad del sujeto: “Prescindir del momento voluntativo es mutilar la materia del concepto. La evolución histórica y doctrinal presenta al dolo como una acción u omisión consciente y voluntaria. El concepto jurídico enlaza con la filosofía moral. Es la voluntad una realidad ubicua en el orbe de la Ética y del Derecho. La tesis cognitiva no puede aislarse o distanciarse del conocimiento jurídico general”.

89 V. sobre la base metodológica de esta afirmación, CEREZO MIR, *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, en “RDPC”, nº 12, 2003, 45 y ss. A este respecto debe subrayarse la siguiente afirmación: “Es únicamente el dolo el que adquiere un contenido normativo por la referencia a la finalidad a un tipo delictivo” (49). En este sentido sería aceptable la afirmación de HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl, München, 1990, 222, de que “dolo e imprudencia no son sólo fenómenos descriptivos, sino también normativos” (cursiva añadida).

nal al construir el dolo ha renunciado a captar en él todas las facetas internas de la acción, seleccionando tan sólo aquéllas que son más significativas para la valoración jurídico penal de esa parte de la acción, además de más fácil inferencia a partir de los aspectos externos de aquella, pero evitando desvirtuar lo que antropológicamente es más característico del ser humano actuante, el –poder- ser rector de sus propios actos.

Lo cierto es que el CP español acoge una concepción –también normativa, si se quiere– del dolo que incluye claramente ambos elementos, y en los delitos de resultado aquél abarca también éste último. En efecto, la parte subjetiva de los delitos dolosos no puede ser comprendida en el Derecho Penal español sin la apreciación del elemento intelectual junto con el volitivo, como se deduce de la exigencia de ambos componentes de la acción humana en diversos preceptos del CP que regulan el error sobre el tipo, la tentativa y otros elementos subjetivos que no pertenecen al dolo, pero se incorporan asimismo a la parte subjetiva del tipo (tipo subjetivo). Por consiguiente, ambos elementos son necesarios y autónomos el uno respecto del otro en la estructura del tipo del delito doloso, formando, no obstante, una unidad de perspectiva sobre el comportamiento humano. Ambos también habrán de ser objeto de prueba en el proceso.

Por otro lado, la marcada tendencia de algún sector doctrinal a objetivar el dolo, no ya porque prescindan del componente subjetivo de la voluntad, sino también porque objetivan el elemento intelectual, no se concilia con el Derecho positivo español. Precisamente el argumento que se utiliza por algunos autores para defender que en el CP español en el dolo únicamente es exigible el conocimiento, porque sólo a él se refiere el texto legal cuando establece las consecuencias de la falta de conciencia del sujeto, se interpone también como barrera frente a dicha objetivación. El art. 14 excluye el dolo siempre que el sujeto no conociera, a causa de su percepción parcial

o errónea de la situación, un hecho constitutivo de la infracción penal, esto es, del tipo. En consecuencia, el dolo exigiría incluso desde esta perspectiva cognitiva objetivadora y a la luz del citado art. 14, un conocimiento real y cierto –no incompleto o equivocado– de la realización del hecho constitutivo de la infracción penal, esto es, del riesgo no permitido que comporta la acción, de su peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, pero incluido en todo caso también el conocimiento de la previsión de la producción del resultado en los delitos de resultado material<sup>90</sup>. Esta exigencia legal no podría ser eliminada so pretexto de construcciones normativas más razonables, basadas p. ej., en que no se puede conocer el futuro, pues no podrían desconocer precisamente la norma en la que teóricamente deberían –o dicen– apoyarse.

A veces no está de más prestar atención a lo que la ley dice o parece decir, al menos cuando se pretende aplicar una interpretación y ésta es a todas luces incompatible con aquélla; como tampoco es metodológicamente correcto tomar lo que interesa (en este caso, el art. 14.1 del CP), pero prescindir de lo que resulte molesto para la línea argumental (el art. 16 del CP). Siendo el discurso propio de las Ciencias Jurídicas de naturaleza axiológica, por consiguiente abierto a diferentes concepciones valorativas, deben respetarse los límites objetivos externos que impone el Derecho positivo. El dogmático siempre tiene a su disposición la elaboración de propuestas de reforma del texto legal, aunque sean importadas, si aquellas son realmente convincentes y contribuyen a mejorar el sistema, que siempre ha de estar orientado a un mejor servicio de los ciudadanos, sean éstos víctimas del delito o sus victimarios. Si la Dogmática penal ha de constituir un método fiable y seguro, si ha de estar orientada a la seguridad jurídica, a la aplicación uniforme y previsible de la ley, así

90 Sobre esto último, también CEREZO MIR, *Curso de Derecho Pena Español. Parte General*, II, 131.

como a mantener bajo control el Derecho penal<sup>91</sup>, debe asumirse que algunas de las posiciones monistas del dolo no parecen contribuir objetivamente al logro de este ideal de la Ciencia del Derecho Penal. Precisamente, al contrario, se ha apuntado correctamente que una perspectiva psicológico-individual contribuye de forma decisiva al aseguramiento de principios garantistas, materiales y formales, frenando el excesivo arbitrio de los tribunales en la apreciación de los elementos subjetivos<sup>92</sup>.

De todos modos, algunas de estas corrientes monistas (cognitivas) del dolo han contribuido a enfatizar que los dos elementos de aquél no tienen las mismas características ni, sobre todo, la misma intensidad en cada una de las variantes o clases del dolo, aspecto sobre el que no se suele insistir lo suficiente ni extraer consecuencias en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>93</sup>. Es evidente que el dolo directo de primer grado incorpora ambos elementos con la máxima intensidad, destacando, no obstante, la voluntad de realización por parte del sujeto, su intencionalidad respecto al fin o fines perseguidos; que en el dolo directo de segundo grado el elemento volitivo es menos fuerte o intenso (el sujeto no desea en el fondo el resultado, pero lo asume en la medida en que lo considera necesario para el logro del fin perseguido, por lo que también es querido), mientras que es decisiva la percepción que tiene de la situación (que el resultado va unido de forma necesaria al logro de su objetivo); y, finalmente, que en el dolo eventual se expresan con menor intensidad ambos elementos constitutivos, es decir, tanto el volitivo (el sujeto no actúa

91 Romeo Casabona, *La vinculación entre Dogmática penal y Política criminal: de la realidad presente a las necesidades del futuro*, en "Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio", vol. I, Ed. Adrus, Arequipa, 2004, 1 y ss. (7 y 13) y bibliografía allí citada; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, 182 y ss.

92 DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 303 y ss.

93 En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, 305.

con el querer fuerte que caracteriza al dolo directo, especialmente de primer grado, sino con una voluntad mucho más débil respecto a la producción del resultado) como el intelectual (el sujeto ha previsto tan sólo como posible el acaecimiento del resultado). La cuestión que queda abierta entonces consiste en si este dolo "débil" ha de desempeñar algún papel tanto en la configuración de esta clase de dolo, que le acerca a la imprudencia consciente hasta en ocasiones casi el solapamiento, como en las propuestas de demarcación entre aquél y ésta.

Por otro lado, las relaciones de dependencia entre ambos elementos del dolo son, obviamente, más estrechas que lo que pudiera revelar el proceder analítico separado sobre ellos. Es cierto que hoy domina un "concepto simplista de voluntad, que presenta el querer como una realidad dicotómica, taxativa e incontrovertible, de forma que un hecho sólo puede haber sido querido o alternativamente no querido"<sup>94</sup>. Y ello no es sino consecuencia de la propia naturaleza del ser humano, en el que se entrelazan complejísimo mecanismos psicológicos y de otra naturaleza que el Derecho, para poder intervenir, no tiene otra solución que simplificar, seleccionar e introducir cortes en sus partes más significativas para la valoración jurídico-penal, y este procedimiento no deja de dar lugar a una cierta normativización de los elementos -ambos: el cognitivo y el volitivo- que configuran el dolo. Este efecto no puede rechazarse por completo, siempre que no conduzca a una objetivización radical de cualquiera de los dos elementos (también del volitivo) que desnaturalice su núcleo subjetivo. A pesar de ello, deben hacerse esfuerzos para que no se simplifique o se pierda la esencia de los aspectos más relevantes del comportamiento humano que son el objeto del Derecho Penal y a partir de ellos proceder a las construc-

94 TORÍO LÓPEZ, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, 384.

ciones jurídicas que sean oportunas<sup>95</sup>, tarea a la que debo reservarme para otro momento.

Tampoco resulta convincente el argumento que en ocasiones se ha esgrimido a favor de las teorías cognitivas, consistente en que con estas contrucciones se da una respuesta más adecuada a las formas de delincuencia actuales más preocupantes y en torno a las que se debate el Derecho Penal, que ya no son el homicidio, las lesiones, el hurto, etc., sino la delincuencia organizada, graves manifestaciones de la delincuencia económica y patrimonial, actividades de riesgo u otras relacionadas con las tecnologías, etc. En primer lugar, porque en la doctrina española y comparada se están realizando verdaderos esfuerzos para hacer frente a estos fenómenos delictivos, intentando al mismo tiempo mantener los muros de contención y las garantías del Derecho Penal que se fueron elaborando durante la segunda mitad del siglo pasado. En segundo lugar, porque entre los partidarios de estas corrientes no está extendida, al menos explícitamente, esta preocupación; al contrario, en la jurisprudencia española, en las sentencias que se hacen eco, de un modo u otro, de esta tendencia dogmática, la misma se ha venido proyectando, al menos por el momento y con la salvedad del caso del síndrome tóxico, sobre los delitos clásicos de resultado material, como son el homicidio y las lesiones corporales, y no sobre esas otras manifestaciones delictivas<sup>96</sup>.

95 Alude a lo largo de su trabajo también a la relevancia de los aspectos psicológicos y a su excesivo abandono por las teorías normativas cognitivas, DÍAZ PITA, *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, 65, 66 y ss., etc., lo que no le impide vincularse a una visión normativa del elemento volitivo, pues desde una perspectiva psicológica resulta inaccesible, metodología que comparto en el texto (edición anterior), aunque no necesariamente la solución concreta que suscribe ("decisión contraria al bien jurídico", en la línea de ROXIN).

96 V., p. ej., las sentencias del TS que se citan en este trabajo seguidoras de las tesis cognitivas.

## 5.2. Afectación de las teorías cognitivas a principios constitucionales y derechos fundamentales

Las teorías cognitivas del dolo se enfrentan a la carga de si no pueden llegar a comportar la afectación de algunos principios constitucionales y derechos fundamentales, en particular aquellas que conciben el dolo como conocimiento del peligro que entraña la acción para el bien jurídico. En efecto, cabe preguntarse si no podría producirse la conculcación del principio de igualdad, tratando desigualmente lo que es desigual desde el punto del desvalor de lo injusto, como consecuencia de impedir el diferente tratamiento penal de quien obra con dolo eventual respecto de quien lo hace con imprudencia consciente, sin perjuicio de aceptar, como se ha asumido más arriba, que en ocasiones la diferencia del desvalor del hecho será mínima. De este modo, el principio de proporcionalidad de la pena en relación con la gravedad del hecho típico queda en entredicho, al no dejar abierta, al menos en hipótesis, la posibilidad de aplicar una pena de menor gravedad para el hecho calificable como imprudencia consciente, pues para quienes prescinden de esta distinción se nivela la pena de aquélla con la del dolo. O, por otro lado, la vulneración del principio de igualdad puede ser consecuencia de imponer una sanción más grave basada en la afirmación de la existencia del dolo, apoyada a su vez en el solo conocimiento del peligro del resultado, frente a un conocimiento de menor intensidad o respecto a menos parámetros en la imprudencia, mientras que en ambos supuestos hay un resultado<sup>97</sup>.

Por otro lado, aquellas posiciones que presumen el dolo respecto al resultado típico desde el momento en que el sujeto es consciente de la peligrosidad de su acción, y no sólo porque prescinden del ele-

97 La crítica respecto al principio constitucional de igualdad ha sido planteada asimismo, en relación con esta segunda perspectiva, por DÍAZ PITA, *La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, 69.

mento volitivo de aquél, podrían ser dudosamente respetuosas con el principio de presunción de inocencia, el cual es refutado a partir no de la comprobación de la conciencia –y la voluntad– del autor sobre la producción del resultado desde su propia apreciación, sino a partir de indicios en si mismos poco sólidos.

Finalmente, puede verse afectada la dignidad de la persona u otro principio semejante en el que pueda fundamentarse la culpabilidad jurídico-penal, pues quienes propugnan una objetivización del dolo, conducen a que aquélla carezca de un presupuesto suficientemente sólido, al basarla en aspectos objetivo-normativos en los que se prescinde de la verdadera actitud subjetiva del sujeto activo respecto a su acción y al posible resultado.

## 5.3. ¿Hacia una tercera vía?

Ante la dificultad y, sobre todo, las divergencias para caracterizar dogmáticamente los supuestos en los que se ha podido probar que el sujeto actuó con conciencia del peligro que entrañaba su acción, pero no si se representó o no el riesgo de producción del resultado y si lo asumió o no cuando decidió proseguir con su acción, se ha planteado la posibilidad de adoptar un *tertium*, una tercera vía de imputación subjetiva, precisamente para terminar con este problema de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente<sup>98</sup>. Se trata, por lo general, de crear una figura especial intermedia, que abarcaría conjuntamente los supuestos calificados como de dolo eventual y de culpa o imprudencia consciente, por lo que no sería necesario elaborar criterios para diferenciar ambas formas subjetivas.

Las propuestas en esta dirección han solido apoyarse en la figura anglosajona de la *recklessness*<sup>99</sup>, diferente e independiente de la

98 En Alemania ha sido defendida por WEIGEND, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, en "ZStW", 1981, 657 y ss.

99 Sobre este concepto en la doctrina británica v. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, 180 y ss.

*intention* y de la *negligence*. Téngase en cuenta que, según indica la doctrina británica, en la actualidad no existe una concepción unitaria sobre la *recklessness*, pues en los últimos años se ha producido una diferenciación de clases o categorías de la misma: *advertent* e *inadvertent recklessness*, Nótese también que respecto a la primera se han señalado en el mismo ámbito comparado unos requisitos que coinciden sustancialmente con los criterios propuestos por algunos autores alemanes y españoles para describir el dolo -eventual- (véase más arriba) y que arrancan del caso *Cunningham* (1957), que a su vez coincide con la definición que de *recklessness* ofrece el *Model Penal Code*: conciencia actual del riesgo por parte del sujeto, ha de ser consciente de cierto grado de riesgo (elemento gradual para distinguir esta estructura delictiva de la *intention*) y el riesgo que el sujeto cree concurrente debe ser injustificado o irrazonable<sup>100</sup>. La diferencia de la *recklessness* respecto a la *negligence* basada en la representación o no del riesgo de la conducta se rompe a partir del caso *Caldwell* (1982), en el que se abre la puerta a la *inadvertent recklessness*, que consiste en no haberse representado de ningún modo el riesgo, o se ha reconocido su existencia en cierta medida. La confusión a que conduce esta construcción ha merecido diversas críticas<sup>101</sup>.

La objeción que merecen estas posturas se apoya en que conducen a una igualación de aspectos que, aunque en ocasiones de forma muy tenue, son diferentes desde el punto de vista subjetivo, por tanto, también cualitativamente<sup>102</sup>. En consecuencia, no parece una

100 ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 181.

101 V. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 184 y ss.

102 V. críticas a este respecto de ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 3. Aufl. C. H. Beck Verlag, München, 1997, § 12, n. m. 63, quien, aparte de reconocer la ventaja que comportaría para simplificar la aplicación del Derecho, apunta como inconveniente que igualaría la diferencia cualitativa que existe entre la decisión en contra del bien jurídico protegido y la confianza negligente en su conservación. Como es sabido, para ROXIN el criterio de la "decisión contraria al bien jurídico" describe

solución aceptable para el Derecho Penal continental de influencia alemana si no se toman en consideración otras matizaciones.

Éstas han sido aportadas más recientemente en la doctrina española, y podría decirse que, sin quererme pronunciar todavía de forma definitiva sobre esta orientación, apunta metodológicamente en una dirección correcta y muy sugestiva, que merece atención y profundización, hasta limar adecuadamente sus perfiles<sup>103</sup>. La tesis de partida constata que la acción u omisión consciente del riesgo no puede, por su carencia voluntativa, ser remitida al ámbito del dolo. Paralelamente, tampoco puede por exceso -prosigue la reflexión argumental-, es decir, por la aceptación voluntativa del riesgo, ser reconducida al dominio de la culpa. De este modo, la autoconciencia del riesgo ofrece un desvalor peculiar, un *tertius genus* insertable en la *recklessness*, a su vez vinculada con la idea de temeridad<sup>104</sup>.

La ventaja que ofrece esta posición es que no rompe la estructura del dolo, reconoce un espacio propio al dolo eventual y a la imprudencia consciente y al mismo tiempo fija otro que gira en torno a la idea de temeridad, la cual, por cierto, no es del todo desconocida en el CP español, por lo que la delimitación del primero respecto a la segunda se anuncia como más factible ¿Podría llegar a convertirse en una categoría generalizable como tercera vía?

La discusión sobre la pertinencia de una tercera vía, inspirada o no en la construcción anglosajona, debe situarse exclusivamente, como consecuencia de su inviabilidad en el CP vigente, en un plano de *lege ferenda*, pues no es compatible *per se* con todas las formas de imprudencia consciente, la cual puede comportar tanto una grave

las hipótesis de dolo, incluido el eventual, y es el que marca la diferencia cualitativa con la imprudencia.

103 TORÍO LÓPEZ, *Teoría cognitiva el dolo y concepto de temeridad (Recklessness)*, 833 y ss.

104 TORÍO LÓPEZ, *Teoría cognitiva el dolo y concepto de temeridad (Recklessness)*, 839 y s.

como también una leve infracción del cuidado debido, según las circunstancias; sólo la primera de éstas podría guardar un parentesco con la citada figura anglosajona, y sería abierto a la discusión la imprudencia inconsciente grave<sup>105</sup>.

105 También TORÍO LÓPEZ, *Teoría cognitiva el dolo y concepto de temeridad (Recklessness)*, 839, se remite sobre esta cuestión a consideración sucesiva.

## Bibliografía

- BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997.
- BACIGALUPO, *Problemas actuales del dolo*, en "Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo", Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- BACIGALUPO ZAPATER, *El concepto de dolo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en "Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico", "EDJ", Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004.
- CARMONA SALGADO, *Curso de Derecho Penal Español, PE, II* (Cobo del Rosal, Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1997.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III*, Tecnos, Madrid, 2001. *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, en "RDPC", Nº 12, 2003.
- CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y riesgo permitido*, en "La responsabilidad penal de las actividades de riesgo", "CDJ", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español*, PG, 3ª ed. Dykinson, Madrid, 2002.
- DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, en "RP", N° 17, 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- DONNA, *El concepto objetivado de dolo*, en DÍEZ RIPOLLÉS - ROMEO CASABONA - GRACIA MARTÍN - Higuera Guimerá (Eds.), "La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir", Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, en "CPC", N° 65, 1998.
- FRISCH, *Gegentwartsprobleme des Vorsatzbegriffes und der Vorsatzfeststellung*, en „Haus-Walther Meyer GS“, 1990.
- Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung ausser-tatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983.
- GIL GIL, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, en "RDPC", N° 6, 2000,
- El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, en "Estudios de Derecho penal", Tecnos, Madrid, 1990.
- HAFT, *Strafrecht, AT*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2004.

- HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl, München, 1990.
- Los elementos característicos del dolo* (trad. por Díaz Pita), en "ADP-CP", 1990.
- HERZBERG, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten* en „JZ“, 1994, Teil 1.
- JAKOBS, *Strafrecht, AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., 1991 (*Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995).
- LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, en "RPCP", n° 12, 2002.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- MIR PUIG, *Conocimiento y voluntad en el dolo*, en "Elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- MONER MUÑOZ, *El dolo y su control en el recurso de casación*, en "Elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE / DÍAZ PITA, *Dolo*, en Luzón Peña (Dir.), "EPB", Comares, Granada, 2002.
- MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Núñez Paz, *El delito intentando*, Colex, Madrid, 2003.

- PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, en "ZStW", 100, 1991
- QUERALT JIMÉNEZ, *El dolo y el conocimiento de la antijuricidad*, en "Elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- Überlegungen zum Vorsatzbeweis, en "GA", 2004.
- RAMOS TAPIA, *Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en "ZStW", 2001.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, *La vinculación entre Dogmática penal y Política criminal: de la realidad presente a las necesidades del futuro*, en "Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio", vol. I, Ed. Adrus, Arequipa, 2004
- Delitos contra la vida y la integridad personal y relativos a la manipulación genética*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, en Díez Ripollés / Romeo Casabona / Gracia Martín / Higuera Guimerá (eds.), "La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir", Editorial Tecnos, Madrid, 2002..
- ROMEO CASABONA, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, en "Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo", Ed. Comares, Granada, 2005.
- ROXIN, *Strafrecht, AT*, I, 3. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 1997.
- RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar. AT*, 7. Aufl., 2002.

- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992.
- STRATENWERTH / KUHLEN, *Strafrecht, AT I. Die Straftat*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004.
- STRUENSEE, *Tentativa y dolo*, en "CPC", nº 38, 1989.
- TORÍO LÓPEZ, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, en Romeo Casabona (Ed.), "Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución", Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna y Editorial Comares, Granada, 1997 (publicado también en "Los elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994).
- Teoría cognitiva el dolo y concepto de temeridad (Recklessness)*, en Pérez Álvarez (Ed.), "Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero", Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.
- WEIGEND, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, en "ZStW", 1981.
- WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., W. De Gruyter, 1969 (*Derecho penal alemán*, trad. Bustos y Yáñez, Editora Jurídica de Chile, Santiago, 1970).
- Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, Otto Schwartz Verlag, Göttingen, 1961 (trad. y notas de Cerezo Mir, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964).