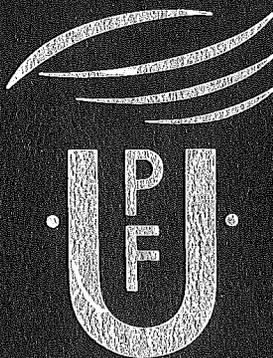


UNIVERSITAT POMPEU FABRA



LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO
EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DOLOSA

Ramon Ragués i Vallès
1998



Tesis doctoral
Departamento de Derecho
Universitat Pompeu Fabra



**LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO
EN EL ÁMBITO DE LA IMPUTACIÓN DOLOSA**

Ramon Ragués i Vallès

Director:
Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal

1998

ÍNDICE

ABREVIATURAS EMPLEADAS.....	9
INTRODUCCIÓN	13

PRIMERA PARTE SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO

I. CUESTIONES BÁSICAS	21
I.1. Regulación del dolo en el Derecho vigente.....	24
I.2. El castigo de los comportamientos delictivos dolosos.....	31
I.3. La clasificación tripartita del dolo.....	46
II. RETROSPECTIVA:	
LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD Y LA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN	57
II.1. El <i>dolus indirectus</i>	58
II.2. De Feuerbach a Horst Schröder.....	64
A) La teoría del consentimiento.....	65
B) La teoría de la probabilidad.....	73
C) Otras perspectivas.....	80
II.3. El "insostenible" consentimiento y la "insostenible" probabilidad	84
III. EL CONSENSO DIVERGENTE.....	93
III.1. El "Caso de la correa de cuero" (<i>Lederriemenfall</i>)	93
III.2. El planteamiento de las teorías cognitivas.....	99
III.3. La confianza en la no-realización del tipo.....	111
A) El "contar con" y el "tomar en serio"	113
B) El "conformarse" y el "aceptar"	118

C) La racionalidad de la confianza	120
D) Balance	124
III.4. <i>La voluntad de evitación</i>	125
III.5. <i>La decisión contra el bien jurídico</i>	130
III.6. <i>Las claves del consenso</i>	141
IV. LAS VOCES DISCORDANTES	147
IV.1. <i>Lógica emocional y dolo</i>	148
IV.2. <i>Intentos de objetivación</i>	155
A) El “Caso del virus del SIDA”	155
B) Imputación subjetiva y habituación al riesgo.....	160
C) El <i>peligro descubierto</i> como criterio de distinción.....	166
D) Peligro de dolo — peligro de imprudencia.....	173
E) Balance.....	177
V. RECAPITULACIÓN	181
V.1. <i>Búsqueda de denominadores comunes</i>	182
A) Puntos de unanimidad en el consenso divergente	182
B) ¿Ulteriores elementos en la definición de dolo?.....	183
C) La representación necesaria para el dolo	189
V.2. <i>Concepto intelectual de dolo: requisitos básicos</i>	193
V.3. <i>Puntos problemáticos de una concepción intelectual del dolo</i>	197
A) Ausencias irracionales de representación de riesgo: ¿privilegio a la irracionalidad?	197
B) Riesgos mínimos no permitidos: ¿castigo al escrupuloso?	199
C) ¿Simple no atribución de la capacidad lesiva?.....	201
D) Concepto intelectual de dolo y delitos de peligro concreto.....	203
V.4. <i>Conclusión provisional</i>	205
EXCURSO: SOBRE LA TRIPARTICIÓN DEL DOLO	207

SEGUNDA PARTE
SOBRE LA “DETERMINACIÓN DEL DOLO”

VI. INTRODUCCIÓN	223
VI.1. <i>Planteamiento del problema y principales propuestas para su resolución</i>	223
VI.2. <i>Legitimidad y aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales</i>	227
VI.3. <i>Trascendencia del problema</i>	236
VII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: “DETERMINACIÓN DEL DOLO” COMO AVERIGUACIÓN DE UN FENÓMENO PSICOLÓGICO	243
VII.1. <i>Planteamiento</i>	243
VII.2. <i>Legitimidad de la perspectiva</i>	245
VII.3. <i>Los métodos de averiguación del conocimiento como fenómeno psicológico</i>	251
A) El recurso a las ciencias empíricas	253
A.1. <i>Planteamiento</i>	253
A.2. <i>Ciencias empíricas y concepto jurídico-penal de dolo</i>	258
A.3. <i>Ciencias empíricas y constatación del conocimiento</i>	262
A.4. <i>Aportaciones concretas</i>	267
A.5. <i>Balance</i>	273
B) <i>La confesión del acusado</i>	275
C) <i>La prueba de indicios</i>	283
C.1. <i>Cuestiones generales</i>	285
C.2. <i>Las reglas de experiencia (premisa mayor)</i>	295
C.3. <i>Los hechos previamente probados (premisa menor)</i>	304
C.4. <i>¿Realidad psicológica a través de indicios?</i>	308
VIII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: VISIÓN CRÍTICA	311
VIII.1. <i>Aplicabilidad de la concepción psicológica</i>	311
VIII.2. <i>La “determinación del dolo” de lege lata</i>	314
VIII.3. <i>La convicción judicial como respuesta a los problemas de aplicabilidad del concepto de dolo: crítica</i>	323
VIII.4. <i>Balance</i>	326
IX. LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS	331
IX.1. <i>Planteamiento</i>	331
IX.2. <i>Perspectiva histórica</i>	334
IX.3. <i>Las concepciones normativas del dolo en la actualidad</i>	345

A) Aspectos de la discusión: concepto de dolo y “determinación del dolo” ...	345
B) Concepciones normativas de la determinación procesal del dolo.....	350
B.1. Cuestiones generales: el objetivo del proceso penal.....	351
B.2. Concepciones normativas sobre la “determinación del dolo”	356
a) Panorámica doctrinal.....	356
b) Posturas normativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	362
IX.4. Aspectos problemáticos de las perspectivas normativas	364
A) Problemas de legitimidad.....	366
A.1. Planteamiento	366
A.2. Intentos de superación de los problemas de legitimidad	370
a) El planteamiento de <i>Georg Freund</i>	370
b) Otros planteamientos	379
B) Los criterios de atribución.....	384
IX.5. Balance.....	387
X. UNA NUEVA PERSPECTIVA: EL SENTIDO SOCIAL COMO CRITERIO	
DE DETERMINACIÓN DEL CONOCIMIENTO EXIGIDO POR EL DOLO.....	389
X.1. Planteamiento.....	389
X.2. Asunción de riesgos mediante el recurso al sentido social	395
A) Hechos probados no coincidentes con la realidad y riesgo de	
instrumentalización.....	396
B) Sentido social y reducción de riesgos	399
C) Ciencias empíricas y sentido social.....	402
C.1. Ciencias empíricas y reducción de riesgos.....	403
C.2. Atribución del dolo y estados pasionales.....	406
X.3. Legitimación del sentido social como criterio de “determinación del dolo”	411
X.4. Criterios de atribución del conocimiento a partir del sentido social	416
X.5. Conclusiones	424

TERCERA PARTE
SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO

XI. INTRODUCCIÓN	429
XI.1. Planteamiento	429
XI.2. Reglas de imputación: ¿concepto o determinación procesal del dolo?	435
A) Criterios generales	435

B) El estado de la cuestión en la jurisprudencia española	440
XI.3. <i>Cuestiones metodológicas</i>	449
XII. LOS CONOCIMIENTOS MÍNIMOS	455
XII.1. <i>Planteamiento</i>	455
XII.2. <i>Repercusiones prácticas de los conocimientos mínimos</i>	460
XII.3. <i>Conocimientos mínimos y "socialización exótica"</i>	464
XII.4. <i>Conocimientos mínimos y desconocimientos irracionales del riesgo</i>	468
XII.5. <i>Conocimientos mínimos y estructura del delito</i>	470
XIII. LAS TRANSMISIONES PREVIAS DE CONOCIMIENTOS	483
XIV. LA EXTERIORIZACIÓN DEL PROPIO CONOCIMIENTO	493
XIV.1. <i>Planteamiento</i>	493
XIV.2. <i>Clases de exteriorizaciones según su ubicación temporal</i>	494
XIV.3. <i>Exteriorizaciones explícitas y exteriorizaciones por actos concluyentes</i>	499
XIV.4. <i>Exteriorizaciones patológicas</i>	504
XV. LAS CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL SUJETO COMO FUENTE DE ATRIBUCIÓN DE CONOCIMIENTOS	509
XV.1. <i>Criterios generales</i>	509
XV.2. <i>Criterios para una correcta imputación basada en las características personales</i> <i>del sujeto</i>	514
XV.3. <i>Las delegaciones del conocimiento</i>	521
XV.4. <i>El problema de la imprudencia dirigida en supuestos de delegaciones</i> <i>de conocimientos</i>	526
XVI. LA IMPUTACIÓN DEL CORRECTO "CONOCIMIENTO SITUACIONAL"	529
XVI.1. <i>Cuestiones generales</i>	529
XVI.2. <i>Criterios de imputación del "conocimiento situacional"</i>	532
XVI.3. <i>Imputación del "conocimiento situacional valorado"</i>	537
XVII. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS PREVIAMENTE IMPUTADOS EN UN JUICIO DE CONCRETA APTITUD LESIVA: DETERMINACIÓN DEL DOLO DEL RESULTADO	543
XVII.1. <i>Planteamiento</i>	543
XVII.2. <i>Criterios generales</i>	549
A) <i>¿Una única regla?</i>	549
B) <i>Criterios generales para la fijación de la base objetiva</i>	551

XVII.3. <i>Conductas “especialmente aptas” para producir el resultado lesivo</i>	559
A) Planteamiento.....	560
B) Problemas específicos.....	567
XVII.4. <i>“Conductas neutras” desde el punto de vista de su aptitud lesiva</i>	577
A) La imputación del juicio de concreta aptitud lesiva en las conductas neutras	581
A.1. Conductas neutras y exteriorización del conocimiento	581
A.2. Captación de la proximidad del resultado lesivo.....	585
A.3. Imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y dinámica comisiva	587
B) No-imputación del conocimiento en conductas neutras	591
B.1. La irracionalidad de los medios.....	593
B.2. El comportamiento posterior del acusado.....	600
XVII.5. <i>Dolo de peligro / dolo de lesión</i>	607
EXCURSO: IMPUTACIÓN DEL CONOCIMIENTO E INTENSIDAD DEL CONOCIMIENTO	611
CONCLUSIONES	613
1. <i>Resumen</i>	613
2. <i>Repercusiones prácticas</i>	625
BIBLIOGRAFÍA CITADA	633

ABREVIATURAS EMPLEADAS

§	parágrafo
A	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
ACR	Archiv des Criminalsrechts
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AG	Amtsgericht (juzgado de primera instancia)
AK-StGB	Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)
AK-StPO	Kommentar zur Strafprozeßordnung (Reihe Alternativkommentare)
AP	Actualidad Penal
aprox.	aproximadamente
art.	artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Repertorio jurisprudencial del BGH en asuntos penales
C	conclusión
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CEJ	Centro de Estudios Judiciales
Cfr.	confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
comp.	compiladores
CP	Código Penal (de 1995)
CP73	Código Penal de 1973
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPM	Código Penal Militar
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal

DP	Doctrina penal
ed.	editor/edición
esp.	especialmente
FJ	fundamento jurídico
frag.	fragmento
(-FS)	Festschrift für (Libro homenaje a)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
(-GS)	Gedächtnisschrift für (Libro en memoria de)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung
KrimJ	Kriminologisches Journal
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
lib.	libro
LK	StGB Leipziger Kommentar
L/R	Löwe/Rosenberg Strafprozeßordnung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NACR	Neues Archiv des Criminalsrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
nº marg.	número marginal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
ÖZSt	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht
pf.	párrafo
p./pp.	página/páginas
PM	premisa mayor
pm	premisa menor
PJ	Poder Judicial
RDP	Revista de Derecho Procesal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología

reimp.	reimpresión
resp.	respectivamente
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio Alemán)
RGSt	Repertorio jurisprudencial del RG en asuntos penales.
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RPI	Reglamento de la Propiedad Industrial
RPJ	Revista del Poder Judicial
s/f.	sin fecha
s/nº	sin número de página
s/ss	siguiente/siguientes
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
S/S	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza procesal penal alemana)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StV	Strafverteidiger
tít.	título
TC	Tribunal Constitucional
trad.	traducción
TS	Tribunal Supremo
vol.	volumen
vs.	versus
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

A lo largo de su historia, la dogmática jurídico-penal no parece haber mostrado una especial preocupación por cómo sus conceptos, definiciones y constructos teóricos debían ser llevados a la práctica. Como disculpa a este desinterés a menudo se ha apelado a la separación entre "cuestiones conceptuales" y "problemas probatorios", afirmándose que la aplicación de conceptos es una cuestión cuyo estudio compete a los especialistas en Derecho procesal y no en Derecho penal material. Debe reconocerse que este último argumento podría resultar suficiente si desde la doctrina procesalista se hubieran desarrollado criterios acerca de la aplicación práctica de conceptos tan importantes para la aplicación cotidiana del Derecho penal como, por citar algunos, "causalidad", "dolo" o "imputabilidad"; pero no ha sido éste el caso. El problema de cómo deben aplicarse los conceptos jurídico-penales ha caído "en tierra de nadie" y tan sólo la jurisprudencia se ha enfrentado a él aunque, por regla general, de forma asistemática.

Es posible que en las últimas décadas las cosas hayan cambiado un tanto y, en este sentido, puede encontrarse ya un cierto desarrollo teórico sobre la aplicabilidad de algunos conceptos. Un buen ejemplo al respecto lo constituye el debate sobre la "prueba de la causalidad", propiciado por resoluciones judiciales especialmente significativas tanto en España como en Alemania. Sin embargo, en lo que respecta a la cuestión de la "prueba del dolo" queda un trecho mucho más largo por recorrer. El número de trabajos sobre este tema es todavía muy limitado en Alemania, mientras que en España no ha salido aún de un estado que puede ser calificado de

embrionario. La doctrina acepta que ésta es una cuestión especialmente intrincada y que tiene además una enorme importancia práctica, pero hasta el día de hoy no se ha planteado un debate en profundidad sobre el problema y sus posibles soluciones.

La principal finalidad de este trabajo es contribuir a llenar el vacío teórico que se aprecia en todo lo que atañe a la aplicación práctica del concepto de dolo. Al respecto, y ya de entrada, puede plantearse la duda sobre si ésta es una tarea que compete al Derecho penal o al Derecho procesal. A ello puede responderse que, cuando se parte de una visión de la dogmática penal como disciplina práctica, la aplicabilidad de los conceptos y definiciones es una premisa que debe ser tenida en cuenta en el momento mismo de la elaboración dogmática, siempre que no quiera convertirse esta tarea en una labor meramente *teórica*, empleado este último término en su acepción más negativa. Además, un correcto análisis de la aplicación de conceptos y de los problemas que ésta plantea requiere un conocimiento profundo del Derecho material. Tal vez por este motivo los escasos trabajos que existen en este ámbito han sido casi siempre obra de "penalistas" y no de "procesalistas".

El trabajo se estructura en tres grandes partes, dedicándose la primera de ellas al estudio del *concepto de dolo*. Una primera posibilidad para enfocar esta cuestión podría haber pasado por acoger el concepto mayoritario y, sin más, entrar en el análisis de sus vías de aplicación. Sin embargo, y dado que dicho concepto no se considera acertado, se ha tratado de aportar una justificación detallada sobre por qué debe partirse de una noción distinta. Así, este trabajo quiere ser servir también para poner de relieve los problemas y contradicciones que se aprecian en la perspectiva mayoritaria que define el dolo como "conocimiento y voluntad", aportando una visión crítica de la concepción tradicional que se vincula a significativos nombres de las Ciencias penales española y alemana y que cada vez parece contar con argumentos más sólidos a su favor. En este sentido se ha querido hacer especial hincapié en la idea de que abandonar los postulados más clásicos no implica un cambio radical en la solución de los casos, entre otras cosas porque, como se intenta poner en evidencia, la doctrina

mayoritaria trabaja con un concepto que a menudo no coincide con el que enuncia a nivel de meras declaraciones teóricas: la voluntad en el dolo ha sido abandonada —explícita o tácitamente— por la mayor parte de la doctrina.

Esta Primera Parte se estructura en cuatro grandes bloques. En el primero de ellos (*Cap. I*) se aportan los conceptos básicos que deben hacer comprensibles al lector tanto el debate histórico como el actual sobre la cuestión de la imputación dolosa. En un segundo apartado (*Cap. II*) se ofrece una perspectiva histórica de las posturas sobre el concepto de dolo que fueron defendidas hasta aproximadamente los años cincuenta del presente siglo. El número de trabajos que se ocupan de esta materia es bastante elevado y, por este motivo, sólo se aporta aquí una visión panorámica de las teorías más extendidas, sin perjuicio de que se preste cierta atención a algunos planteamientos anteriores al siglo XIX por entender que su olvido, prácticamente absoluto, no siempre ha sido justificado. El tercer bloque (*Caps. III y IV*) se dedica a mostrar una visión global del actual estado de la cuestión haciendo hincapié, por un lado, en la idea de que, pese a las evidentes discrepancias terminológicas, actualmente existe prácticamente acuerdo sobre la cuestión del dolo y, por otro lado, mostrando en detalle las perspectivas más rupturistas que han surgido en los últimos años. La Primera Parte acaba con la exposición del concepto de dolo que se considera adecuado (*Cap. V*) y con una crítica a las habituales triparticiones del dolo (*Excurso*).

La Segunda Parte se dedica a analizar la *determinación procesal del dolo*, es decir, a establecer en qué deben basarse las afirmaciones judiciales de acuerdo con las cuales se entiende que en un caso concreto un sujeto ha actuado dolosamente. Las grandes respuestas a esta cuestión son, muy a grandes rasgos, dos. Por un lado, algunos autores entienden que, para afirmar que alguien ha actuado dolosamente, el juez debe averiguar determinados fenómenos de naturaleza psicológica (*Caps. VII y VIII*); por otro lado, y en contra de la anterior perspectiva, otros autores defienden que, para poder llevar a cabo tal afirmación, al juez no le queda otro remedio que partir de datos distintos a unos fenómenos psicológicos de

imposible averiguación (*Cap. IX*). Esta Segunda Parte finaliza con la exposición y fundamentación teórica sobre cuál de estos dos puntos de vista se considera correcto, tratando de concretarlo y de aportar fundamentos para superar los déficits de legitimidad que pueda plantear (*Cap. X*).

Finalmente, en la Tercera Parte del trabajo se proponen una serie de *criterios de determinación del dolo* que deben permitir un tratamiento sistemático de las afirmaciones sobre la subjetividad de un individuo en un caso concreto (*Caps. XI-XVI*). El principal objetivo de los apartados que integran este bloque es tratar de demostrar que también en este ámbito es posible trabajar con reglas que incorporen la pretensión de garantizar soluciones uniformes y previsibles, lo que debe hacer posible un desarrollo teórico sobre la cuestión que, a más largo plazo, debe redundar en la obtención de mayores cotas de seguridad jurídica. Sin embargo, los criterios que se proponen en estos Capítulos no deben ser vistos como unos principios totalmente cerrados, sino, ante todo, como un punto de partida para propiciar un auténtico debate sobre esta materia. Otro objetivo de esta Tercera Parte es intentar mostrar hasta qué punto muchos de los problemas que se plantea la dogmática sobre el concepto de dolo pierden gran parte de su razón de ser cuando se atiende a las condiciones de aplicabilidad de dicho concepto. Un claro exponente de esta realidad es la discusión acerca de la intensidad del conocimiento (*Excursus*).

El trabajo acaba con un resumen de las conclusiones a las que se haya ido llegando al final de cada uno de los tres grandes bloques de Capítulos y con un esbozo de la influencia que con tales conclusiones se pretende ejercer sobre la práctica forense. Con todo, debe anticiparse que algunas de las cuestiones que de forma colateral vayan surgiendo a lo largo de los siguientes Capítulos sólo podrán ser apuntadas, ante todo porque su análisis en profundidad supondría desviarse en exceso del objetivo central de este trabajo. Ciertas implicaciones relativas a la estructura del delito y del proceso penal, así como determinadas propuestas *de lege ferenda* simplemente se sugieren, quedando pendiente su análisis en profundidad para futuros trabajos.

Por lo que a las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales respecta, se ha partido fundamentalmente de las aportaciones de las ciencias penales española, alemana e italiana, por motivos obvios en el primer caso y por el prestigio y proximidad de culturas jurídicas (materiales y procesales) en el segundo. En relación con el concepto de dolo y con la teoría del proceso y de la prueba se ha recurrido a las obras más significativas. La enorme cantidad de bibliografía existente sobre estas materias y la posibilidad de encontrar otros trabajos que analizan a fondo estas cuestiones han aconsejado prescindir de una base bibliográfica completa hasta el último extremo. Algo parecido sucede en el análisis de las propuestas de la psicología en lo que respecta a la averiguación de fenómenos psíquicos ajenos. En este ámbito se han analizado exclusivamente las perspectivas psicológicas acogidas en trabajos estrictamente jurídicos o de Psicología forense.

La importancia de que los juristas se esfuercen por sistematizar y racionalizar la aplicación práctica de los conceptos que construyen parece indiscutible, con independencia de que tales esfuerzos provengan del Derecho material o del Derecho procesal. Sirvan para recalcar esta idea, y para poner fin a esta Introducción, dos citas: afirma *Klaus Volk* que *“la justicia no sólo depende del concepto jurídico-material, sino también de la manera en que éste se lleva a la práctica”*; trasladada esta afirmación al ámbito de la determinación procesal del dolo, añade *Wolfgang Frisch* que *“el desarrollo de una dogmática adecuada para la constatación del dolo es mucho más necesario que todas las precisiones del concepto material”*¹. Estas dos ideas explican de forma breve, pero contundente, la razón de ser de las siguientes páginas.

¹VOLK, “Dolus ex re”, *Strafgerichtsbarkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 624 (cursiva añadida) y FRISCH, “Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung — am Beispiel der AIDS-Diskussion”, *K. Meyer-GS*, Berlín, 1990, pp. 554-555 (cursiva añadida).

PRIMERA PARTE

Sobre el concepto de dolo

I. CUESTIONES BÁSICAS

En pocos ámbitos de discusión sobre los diversos elementos de la estructura del delito puede hallarse un número tan elevado de opiniones aparentemente discrepantes como en el que se refiere al concepto de dolo. Efectivamente, no es exagerado afirmar que, con afinidades mayores o menores, sobre este concreto elemento de la infracción penal prácticamente cada autor parece sustentar un modelo teórico distinto y el debate, en determinados momentos aplacado por una cierta sensación de estar "dando vueltas sobre sí mismo", se aviva de vez en cuando, sobre todo a raíz de determinadas resoluciones judiciales especialmente significativas¹.

Sin embargo, todo parece indicar que en las últimas décadas se puede haber ido alcanzando un cierto grado de consenso en la apreciación de un aspecto muy concreto: *el origen de casi todas las discrepancias sobre la cuestión del dolo obedece a un problema básicamente terminológico*. En este sentido, un repaso de las diversas perspectivas doctrinales permite apreciar cómo, pese a que los autores dicen trabajar con conceptos de dolo *a priori* muy distintos, casi siempre se acaban defendiendo soluciones idénticas para la

¹La idea de que la discusión sobre el dolo posiblemente lleva dos siglos "dando vueltas sobre sí misma" fue expresada por *Günter Stratenwerth* en un trabajo de 1959. No parece que dicha sensación se haya desvanecido con lo que pueda haber dado de sí el debate durante los casi cuarenta años transcurridos desde esta afirmación. Cfr. STRATENWERTH, "Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit", *ZStW*, 71 (1959), p. 52.

inmensa mayoría de casos, un fenómeno que probablemente encuentre su explicación en la existencia de un cierto acuerdo (¿inconsciente?) sobre el núcleo de la cuestión. Avala esta forma de ver las cosas la opinión de algunas de las voces más representativas de la doctrina jurídico-penal alemana en las últimas décadas.

Así, haciendo referencia a la espinosa cuestión del límite entre el dolo y la imprudencia, no duda en afirmar *Claus Roxin* que las combinaciones de palabras empleadas por los diversos autores tienen una naturaleza “más lingüística que material”². Por su parte, *Günther Jakobs* afirma que aquellas teorías que del aspecto intelectual del dolo extraen un elemento de actitud —mayoritarias en Alemania— “apuntan a una delimitación intelectual vergonzante” pero, salvo en lo referido al proceso de fundamentación, son en realidad idénticas a la idea de un dolo basado únicamente en el conocimiento que él mismo defiende³. Un tercer autor, *Wolfgang*

²ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., vol. I. Munich, 1997, § 12, n° marg. 29. La idea de que los problemas son básicamente terminológicos se recalca *ibidem*, § 12, n° marg. 27 y 62.

³JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed, trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 331. La misma idea, aunque a la inversa, es formulada en España por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 103, quien afirma que “en el fondo no cambia nada” por el hecho de que la confianza en la no realización del tipo se considere un elemento autónomo capaz de excluir el dolo, o bien se reconduzca al elemento de la representación, pese a que este último punto de vista se califique de “rechazable deformación conceptual” (sobre esta problemática, cfr. *infra* III.3.A). Por su parte, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Madrid, 1996, pp. 422-425, admite que teorías *a priori* tan dispares como la teoría de la posibilidad y la del consentimiento llevan a los mismos resultados y que gran parte de la discusión existente entre los partidarios de las teorías actualmente más extendidas es “prácticamente nominal” (sobre estas teorías, cfr. *infra* II.2). En términos similares se expresa SCHÜNEMANN, “Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA”, trad. S. Mir Puig, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 49.

Frisch, añade que la actual discusión sobre el dolo es, ante todo, un debate sobre cuál es la terminología más adecuada o conveniente⁴.

Discrepancia en las palabras y acuerdo en el fondo: “probablemente todos queremos decir lo mismo, aunque utilicemos para ello expresiones distintas”, afirmó *Paulheinz Baldus*, presidente de la comisión que se encargó de discutir el Proyecto de Código Penal alemán de finales de los años cincuenta, tras una agotadora sesión en que los ponentes se enzarzaron durante horas en un vano debate para hallar las expresiones más precisas para definir el dolo⁵.

Cómo se ha llegado a esta situación y cuáles son los términos del acuerdo doctrinal existente más allá de las disputas terminológicas, son dos de las principales cuestiones que van a ser estudiadas en la Primera Parte de este trabajo. Del mismo modo debe analizarse si merece o no la pena tomar partido por una determinada opción dentro de lo meramente terminológico o si, tal vez, conviene dar la razón a alguna de las escasas

⁴FRISCH, “Gegenwärtige Probleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung”, *K. Meyer-GS*, Berlín, 1990, p. 547. En la doctrina italiana constata PAGLIARO, “Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)”, en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991, p. 115, que tanto doctrina como jurisprudencia están de acuerdo en cómo resolver la inmensa mayoría de los casos y que la discusión sólo versa, por tanto, sobre cómo expresar correctamente una fórmula que consiga deslindar dolo de imprudencia.

⁵La cita completa de la intervención de *P. Baldus* es: “probablemente todos queremos decir lo mismo, aunque utilicemos para ello expresiones distintas (*Professor Gallas*: “ésta es también mi opinión”) (...) no estamos en condiciones de mostrar la diferencia [entre dolo eventual e imprudencia] con palabras, no es posible encontrar una fórmula sencilla con los medios del lenguaje que tenemos a nuestro alcance. Todos queremos decir lo mismo, pero no se puede expresar con palabras de un modo breve y a la vez preciso”. Intervenciones del *Dr. Baldus* y del *Prof. Dr. Gallas* registradas en los *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bonn, 1959, vol. XII, p. 122. En esta misma sesión *Hans Welzel* apostilla: “no vamos a encontrar fórmula alguna que distinga de un modo inequívoco el dolo eventual de la imprudencia consciente” (*ibidem*).

voces discrepantes que pretenden quebrar el mayoritario consenso de fondo que parece existir actualmente sobre esta materia. Todo ello con el doble objetivo de, en primer lugar, justificar la elección del concepto de dolo que va a ser utilizado en apartados posteriores de este trabajo y, en segundo lugar, de proporcionar al lector las nociones imprescindibles para hacer posible una correcta comprensión del actual estado de la cuestión y del punto de vista que aquí se defiende.

I.1. Regulación del dolo en el Derecho vigente

El artículo 5 del Código Penal de 1995 afirma que “no hay pena sin dolo o imprudencia” y el artículo 10 añade que “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”. Sin embargo, no aporta el texto del Código una definición sobre qué debe entenderse por dolo, como tampoco contiene enumeración alguna de los elementos que deberán concurrir en una acción u omisión humana para que ésta deba ser considerada dolosa⁶.

⁶RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16ª ed., Madrid, 1993, p. 459, valoran favorablemente que los diversos proyectos codificadores españoles de la década de los ochenta y de 1992 no incluyeran definición alguna del dolo. Una panorámica de la cuestión en los diversos procesos codificadores españoles en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 4ª ed., Buenos Aires, 1992, vol. V, *La culpabilidad*, p. 346 ss. En la doctrina alemana ROXIN, en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, Munich, 1974, p. 10, considera acertado que no se incluyera una definición de dolo en el Código alemán —“la definición de los elementos generales del delito no es tarea del legislador, sino de la Ciencia”— aunque lamenta que no se aportaran pautas para el dolo eventual. Por contra, sí se aporta una definición en el § 5 del Código Penal austríaco y en el art. 43 del Código Penal italiano. Para otras definiciones de dolo contenidas en diversos códigos europeos, cfr. SCHULTZ, “Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille”, *Spendel-FS*, Berlín, Nueva York, 1992, pp. 308-309. Una panorámica de las definiciones de dolo contenidas en diversos textos legales alemanes durante el siglo XIX en MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, p. 85 ss. Acerca de las diversas definiciones de dolo e imprudencia que se han postulado, sin éxito, en diversos procesos codificadores alemanes, KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, p. 21 ss.

Así las cosas, el único precepto legal al que parece posible acudir para indagar un poco más sobre el contenido del dolo es el artículo 14.1 del actual Código. Según este precepto, el error de un sujeto sobre el hecho constitutivo de infracción penal (*error de tipo*) excluye la realización dolosa de éste y, en función de la invencibilidad o vencibilidad de dicho error, procede la impunidad o el castigo del hecho como imprudente, siempre que el Código lo permita (art. 12 CP). Si se parte, en primer lugar, de que todo error implica un conocimiento inexacto de la realidad —realidad que en este caso viene dada por las circunstancias del hecho recogidas en el tipo penal— y, en segundo lugar, de que cuando concurre un error de tipo no es posible apreciar una realización dolosa —dado el error, las opciones son o impunidad o imprudencia— *el dolo deberá implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción*⁷.

Por ejemplo,

para la comisión dolosa del delito de calumnia (art. 205 CP) hace falta que un sujeto sea consciente de que está imputando a otra persona la comisión de un delito y sepa, asimismo, que dicha imputación es falsa. Si el sujeto cree que la imputación realizada se corresponde con la realidad no actúa dolosamente y la conducta no es punible, pues el Código no prevé castigo alguno para las calumnias imprudentes.

Para la comisión dolosa del delito de homicidio (art. 138 CP) es necesario que el sujeto sea, por lo menos, consciente de que con su comportamiento está dando muerte a otra persona. Si le falta dicha consciencia concurrirá un homicidio imprudente (arts. 142 ó 621.2 CP) cuando el error en que esté inmerso se considere vencible, dándose paso a la impunidad de reputarse invencible tal error.

Esta deducción del contenido del dolo (o de parte de él) a partir de la regulación del error de tipo es aceptada por buena parte de la actual doc-

⁷En la STS de 31 de diciembre de 1996 (A 9666, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma que “cuando una persona obra sin error, es claro que obra dolosamente, pues el dolo se excluye sólo cuando existe un error sobre los elementos del tipo objetivo”.

trina⁸. También en Alemania el núcleo de consenso mínimo alrededor del concepto de dolo se obtiene a partir del § 16.1 del StGB, regulador del error de tipo⁹: *dolo es, por lo menos, comisión del hecho con conocimiento de las circunstancias de éste que pertenecen al tipo legal*¹⁰. Sin embargo, el acuerdo terminológico no va mucho más allá de entender que para el dolo es necesario un cierto grado de conocimiento¹¹. La unanimidad se quiebra

⁸Entiende que en este punto existe consenso, SCHROTH, "Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit", *JuS*, 1992, p. 3. CRAMER, *S/S*, 25ª ed., § 15, nº marg. 7, añade que, aparte de la regulación del error de tipo, el objeto y contenido del dolo deben extraerse "de los principios generales de la teoría del delito". DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 27, recurre a un argumento práctico: "la mayor facilidad con que éste [el elemento cognitivo del dolo] se puede constatar o deducir de datos externos explica la razón por la que la doctrina no pone en duda su exigencia". GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984 (reimp., 1988), p. 205, entendía deducible del antiguo art. 6 bis a) CP73 no sólo el elemento cognitivo del dolo, sino también el volitivo.

⁹§ 16 StGB: "Error sobre las circunstancias del hecho: (1) Quien al cometer el hecho no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal no actúa dolosamente. Permanece abierta la posibilidad de que se le sancione por comisión imprudente".

¹⁰Así, MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed. (1933), trad. y notas de J.A. Rodríguez Muñoz, tomo II, Madrid, 1949, p. 92. Afirma Mezger, en referencia al antiguo § 59 StGB, que "la ley sólo da a entender que para la existencia de dolo es necesario un determinado conocimiento de las circunstancias de la acción punible". Más contundente PUPPE, *NK*, § 16, nº marg. 1, quien considera que el § 16 StGB "define indirectamente el dolo", aunque "según la doctrina dominante sólo da una definición parcial". JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313 afirma que "la ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa". En sentido idéntico SCHILD, "Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt", en *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 119 y LESCH, "Dolus directus, indirectus und eventualis", *JA*, 1997, p. 802. BURKHARDT, "Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik", en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 324, considera que de la ley sólo puede deducirse que no actúa dolosamente quien ignora alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal.

¹¹JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 313-315, lamenta que el legislador haya optado por fijar la frontera entre dolo e imprudencia a partir de la rígida dualidad psíquica formada por conocimiento y desconocimiento, pues pueden existir casos de desconocimiento que valorativamente parezcan merecedores del mismo reproche penal que hechos

cuando se entra en la discusión sobre qué fenómenos pueden considerarse auténtico conocimiento y en qué grado debe darse éste para que se puedan considerar satisfechas las exigencias de la imputación dolosa. Además, un somero análisis de los textos más elementales sobre Derecho penal permite constatar que la mayoría de autores entiende que, para que concurra una realización dolosa, hace falta *algo más* que conocer: la opinión dominante afirma que el dolo no sólo es conocer, *sino también querer* la realización de un tipo penal¹².

Así, según esta perspectiva, para la comisión dolosa de una calumnia no basta con que el sujeto sea consciente de estar imputando falsamente a otro la comisión de un delito, sino que, además, debe querer hacerlo. Igualmente, y con respecto al homicidio, no basta para el dolo con que el sujeto sea consciente de estar matando a otra persona, sino que hace falta, además, que quiera matarla.

La adición de un elemento de carácter volitivo, aparentemente no exigido por el texto de la ley, se suele justificar por quienes la defienden a través del sentido histórico y etimológico del vocablo "dolo"¹³. En lengua española, no obstante, parece evidente que el sentido primario de la expresión "dolo" como "engaño, fraude o simulación no sirve en modo alguno para plasmar el sentido con que la emplea el Código y, así, se han ido desarrollando segundas acepciones del término en el exclusivo ámbi-

conscientes. La misma idea en JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 55-58.

¹²Cfr., por todos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Valencia, 1996, p. 555. En Alemania, LACKNER, *StGB*, 22ª ed., § 15, n.º marg. 3, quien califica esta definición como "abreviatura imprecisa". En la doctrina italiana BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 12ª ed., Padua, 1986, p. 507, entienden que el dolo debe definirse como "la voluntad de una acción u omisión de la cual se deriva un resultado lesivo previsto y querido por el sujeto activo".

¹³Según LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 401, el término "dolus" se empleaba en el Derecho romano "como equivalente a mala voluntad o ánimo de hacer algo malo". El cariz volitivo del término ha permanecido hasta la actualidad.

to del vocabulario jurídico¹⁴. El fenómeno es distinto en Alemania, donde el término "Vorsatz" mantiene cierta vigencia en el lenguaje cotidiano, yendo inequívocamente ligado su significado a la idea de voluntad, propósito o intención¹⁵. Ello ha llevado a que algunos autores intenten establecer las diferencias entre el dolo "cotidiano" y el "jurídico", sobre todo desde aquellas perspectivas que pretenden eliminar la exigencia del que-

¹⁴Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia de la Lengua (21ª ed.), dolo equivale, en su acepción primaria, a "engaño, fraude o simulación", términos que no permiten explicar la dualidad dolo-imprudencia del Código, ni siquiera desde el prisma de las teorías volitivas. En una segunda acepción del término, el *Diccionario* define dolo como, "en los delitos, voluntad deliberada de cometerlos a sabiendas de su carácter delictivo". Esta segunda definición tiene un origen y significado claramente técnico-jurídico y es evidente que su núcleo de significado no coincide con el de la primera. Un análisis exhaustivo de las cuestiones terminológicas en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 305 ss. GIMBERNAT ORDEIG, "Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)", *ADPCP*, 1990, p. 429, afirma que "ni el Código Penal dice expresamente en parte alguna que dolo sea lo mismo que intención, ni ello se deduce tampoco de la regulación legal". Esta idea fue ya planteada por el mismo autor en "Acerca del dolo eventual", *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, pp. 257-258, donde se cuestionaba que se pudiera equiparar voluntad a dolo y se proponía que, en todo caso, dicha equiparación se llevara a cabo "en un sentido lato, elaborado dogmáticamente".

¹⁵Así, CRAMER, *S/S*, § 15, n° marg. 7, afirma que "la comprensión prejurídica de los conceptos de dolo e imprudencia muestra que la diferencia entre ambas formas radica en la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo". Cfr., también, SCHILD, "Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners", *JA*, 1991, p. 53 y PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 17. Un intento de reconstruir el sentido del término jurídico "Vorsatz" a partir del significado corriente que tiene esta palabra en lengua alemana en SPENDEL, "Zum Begriff des Vorsatzes", *Lackner-FS*, Berlín, Nueva York, 1987, pp. 167-168. Este autor entiende que "el lenguaje es a menudo más sabio que mucho de lo que se ha escrito y hablado y nos aporta pistas significativas para la determinación apropiada de los conceptos", añadiendo que a veces se olvida que "en un principio, fue la palabra". Le replica HERZBERG, "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten", *JZ*, 1988, p. 573, afirmando que "para los juristas no fue en un principio la *palabra* que significa hoy en día 'Vorsatz', sino el *problema de fondo* y los dictados de la *Justicia*" (cursiva en el original).

rer como elemento necesario para la concurrencia de dolo¹⁶. Dejando a un lado las problemáticas consideraciones etimológicas, no pocos autores entienden que el salto cualitativo que comporta la adición de la voluntad al conocimiento es el único criterio válido para separar las realizaciones típicas dolosas de las imprudentes y para explicar el diferente tratamiento que, desde el prisma de las consecuencias jurídicas, se dispensa en los textos legales a cada una de ellas¹⁷.

El discutido elemento volitivo del dolo no debe, desde luego, confundirse con la voluntariedad de la acción, presupuesto básico e imprescindible de cualquier infracción penal¹⁸. La voluntariedad de la acción debe concurrir en todo caso para que se pueda apreciar una infracción penal: tanto quien da muerte a alguien de un tiro en la nuca, como quien lo hace a consecuencia de su conducción descuidada, llevan a cabo un comportamiento voluntario —disparar o conducir— y por ello su acción puede

¹⁶En este sentido el trabajo más completo es SCHMIDHÄUSER, "Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch", en *Oehler-FS*, Colonia, 1985, pp. 135-161. Cfr. también las consideraciones de SCHMOLLER, "Das voluntative Vorsatzelement", *ÖJZ*, 37 (1982), p. 261, quien entiende que el sentido cotidiano del término "Vorsatz" no puede trasladarse sin más al ámbito de lo jurídico.

¹⁷Cfr. WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 26ª ed., Heidelberg, 1996, § 58, n° marg. 205; HASSEMER, "Los elementos característicos del dolo", trad. M. M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, pp. 917-918; SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 309; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 310. Sobre el distinto merecimiento de pena entre realizaciones delictivas dolosas e imprudentes, cfr. *infra* I.2.

¹⁸Esta idea predomina en la actual dogmática, ya sea acogéndola desde planteamientos causalistas (la voluntad es el impulso inicial del curso causal que modifica la realidad exterior) o finalistas (la voluntad conduce finalmente la acción). Sobre esta cuestión, cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, 1996, pp. 153-157. Planteamientos algo distintos en HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 576-577 y JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 124, quien concibe la acción como el comportamiento "objetivamente imputable, evitable y culpable".

ser castigada¹⁹. Por contra, la voluntad como elemento del dolo va referida a los elementos del tipo penal: quien mata de un tiro en la nuca *quiere*, por regla general, causar un resultado de muerte, no así quien mata a alguien a consecuencia de un descuido²⁰.

Más conflictiva es, sin embargo, la cuestión de si todos los elementos plasmados en los diversos tipos deben ser queridos, es decir, si tiene sentido exigir, por ejemplo, que en un hurto el sujeto deba *querer* la ajenidad de la cosa para poder reputarlo doloso, o que en unos abusos sexuales deba *quererse* que la víctima sea menor de cierta edad²¹. Así, mientras la definición usual de dolo como conocer y querer sitúa a ambos requisitos en un plano de aparente igualdad, cuando éstos se trasladan a los diversos tipos de la Parte especial, se advierte que conocimiento y voluntad no siempre pueden tener un mismo alcance. Sin embargo, esto no impide que tanto la doctrina como la jurisprudencia entiendan hoy en día de manera mayoritaria que el dolo exige que el sujeto conozca y quiera la realización del tipo delictivo²².

¹⁹La voluntariedad de la acción quedará excluida cuando el sujeto actúe bajo fuerza irresistible, a causa de movimientos reflejos, o en estados de inconsciencia (hipnosis, sueño, embriaguez letárgica); cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 185 ss.

²⁰En este sentido, la clásica distinción recogida por LÖFFLER, "Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit", *ÖZSt*, 1911, p. 149, entre "querer el resultado" y "querer el movimiento corporal". Sobre la diferencia entre voluntad como elemento de la acción y del dolo, cfr. también DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 167.

²¹Pone de manifiesto esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, "Observaciones sobre el conocimiento 'eventual' de la antijuricidad", *ADPCP*, 1987, p. 651 y EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 401. Como afirma SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 262-263, "el ladrón preferiría que la cosa que roba no fuera ajena, sino suya; el funcionario que abusa de su poder público preferiría no poseer la cualidad de funcionario; el que abusa de un menor de edad preferiría que la víctima tuviera más de catorce años". Sin embargo, nadie se plantea que tales deseos puedan llegar a excluir el dolo.

²²No se pasa desde luego por alto que desde algunas perspectivas —en otros tiempos mayoritarias— se exige para el dolo, además del conocimiento y la voluntad de la realización típica, que el autor conozca que la conducta que lleva a cabo está prohibida por una norma penal (dolo como *dolus malus*). Sin embargo, al exigir también estas

I.2. El castigo de los comportamientos delictivos dolosos

Un somero análisis del texto del Código Penal permite advertir que el legislador ha optado por asociar consecuencias jurídicas muy distintas en función de que la realización de un mismo hecho objetivamente típico se haya realizado de manera dolosa o imprudente²³. Con respecto a no pocas figuras del Código, la ausencia de dolo supone la impunidad del hecho; en otros, la realización imprudente merece, por regla general, una pena inferior a la dolosa.

El actual Código prevé que la pena de la modalidad imprudente de ciertos tipos penales se determine reduciendo en un grado el marco penal asignado a la modalidad dolosa del mismo tipo (éste es, por ejemplo, el caso del llamado delito ecológico, art. 331 CP, o de los incendios, art. 358 CP). Cuando concurre esta situación, el hecho imprudente valorado como más grave puede llegar a tener la misma pena que el hecho doloso valorado como más leve. Por contra, en otros tipos se constata un salto, a veces de grandes proporciones, entre el marco penal asignado a la realización dolosa y el de la imprudente (en el homicidio, por ejemplo, de *hasta seis años de prisión*). Es criticable que el legislador no haya sido coherente al decidir si entre la realización dolosa y la imprudente de un mismo hecho existe una continuidad que permite imponer a las realizaciones imprudentes más graves la misma pena que a las dolosas más leves o si, por contra, existe un salto valorativo tal entre ambas figuras que debe traducirse en una rotunda separación de marcos penales. El solapamiento presenta el problema de que puede llegar a difuminar la distinción entre realizaciones dolosas e imprudentes; el establecimiento de grandes saltos entre marcos penales olvida que en la reali-

teorías el conocimiento y voluntad de la realización típica, las consideraciones aquí expresadas se les pueden hacer extensivas, sin olvidar que para ellas haría falta un tercer elemento para que pudiera hablarse de dolo.

²³Basta con comparar algunos artículos del Código penal para mostrar esta realidad: el delito de homicidio doloso (art. 138 CP) lleva asociada una pena de 10 a 15 años de prisión, mientras que el homicidio imprudente (art. 142 CP) de 1 a 4 años cuando la imprudencia sea grave. Otro ejemplo: el tipo básico doloso del llamado delito ecológico (art. 325 CP) tiene prevista una pena de 6 meses a 4 años de prisión más multa e inhabilitación especial, mientras que su comisión por imprudencia grave (art. 331 CP), la pena inferior en grado a la anterior.

dad los casos se presentan como un *continuum* y que pequeños incrementos en el grado de conocimiento del sujeto no pueden justificar diferencias tan grandes a efectos de merecimiento de pena²⁴.

Una comprensión adecuada del dolo como elemento de la infracción penal exige responder al porqué de su pena agravada con respecto a la imprudencia. La respuesta a tal pregunta tendrá una gran importancia para, más adelante, efectuar consideraciones acerca de qué concretos hechos deben ser considerados dolosos y cuáles meramente imprudentes²⁵.

Resulta indiscutible que cuando la sociedad se encuentra ante la producción de resultados valorados de modo general como desagradables no juzga de igual manera a quien los ha provocado tras una planificación minuciosa y una calculada ejecución, que a quien los ha causado como fruto de su "inconsciencia". No cabe duda de que en el segundo de estos casos será más fácil afirmar que quien padezca las consecuencias del comportamiento descuidado habrá sido víctima de un cierto grado de *mala suerte*, un infortunio que, con frecuencia, se hará también extensible al propio causante del mal. Sin embargo, la *mala suerte* en cuestión no tendrá cabida alguna en el primer supuesto: el resultado lesivo se atribuirá de un modo mucho más pleno a su autor, le *pertenecerá más* en tanto que obra a él imputable²⁶.

²⁴Sobre esta cuestión, cfr. SILVA SÁNCHEZ, "El sistema de incriminación de la imprudencia", en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 116-117.

²⁵El interés por vincular las definiciones de dolo e imprudencia a la necesidad de imponer mayor o menor sanción a determinados hechos en función del grado de participación subjetiva de su autor es puesto de relieve por HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 915. Entiende este autor que quien no puede contestar a la pregunta sobre por qué razón se incrimina de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente "no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables". Una enumeración de las perspectivas que se defienden en este ámbito en SCHROEDER, *LK*, 11ª ed. (14ª entrega, 1994), § 15, n.º marg. 8.

²⁶Una distinción similar puede observarse en lo que atañe a la atribución de resultados valorados positivamente y, en este sentido, se diferencia entre el "mérito" y la simple "buena suerte".

Así, por ejemplo, cuando un resultado como la muerte de una persona es el resultado de una actuación planificada con antelación y ejecutada consciente e intencionadamente, su causación se atribuye en exclusiva a quien ha llevado a cabo tal comportamiento: él es su pleno responsable. En cambio, si dicha muerte se produce a consecuencia de una actuación negligente, sólo se considera parcialmente la obra de su causante, pues, desde una perspectiva social, se entiende que, en el caso concreto, ha entrado en juego un mayor o menor grado de infortunio que permite juzgar de un modo más condescendiente al sujeto, haciéndole sólo parcialmente responsable de las desagradables consecuencias de su acto²⁷. Basta con pensar en que, por regla general, toda víctima está dispuesta a perdonar más fácilmente a quien le ha causado un perjuicio por descuido que a quien lo ha hecho consciente e intencionadamente²⁸.

Es posible que de un sentimiento social como éste parta el Código Penal al establecer para los hechos cometidos de modo consciente e intencionado (doloso) sanciones más graves que para los llevados a cabo de manera negligente (imprudente)²⁹. En este sentido, puede entenderse

²⁷Así, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 1949, 2ª ed. anotada y corregida por J. J. Hernández Guijarro y L. Benítez Merino, Madrid, 1986, p. 222: "constantemente vemos que en la vida común de los hombres el premio y el castigo son distribuidos por sus conductas queridas. Sólo interesan para este juicio moral las consecuencias voluntarias del hecho. La teoría del dolo en el derecho criminal no es sino aplicación de esta manifestación cultural de carácter general". Cfr. igualmente FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. y notas de F. Muñoz Conde, Valencia, 1997, pp. 169-170.

²⁸JAKOBS, "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos", trad. C.J. Suárez González en *Estudios de Derecho penal*, p. 134, pone de relieve cómo "parece evidente que la falta de conocimientos, incluso en aquellos casos en que puede ser superada, es decir, cuando no es debida a la necedad sino, por ejemplo, a la falta de atención, hace que un hecho parezca más fácilmente perdonable". HASSEMER, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", trad. F. Muñoz Conde, *DP*, 1982, p. 238, entiende que las personas no sienten del mismo modo los perjuicios causados intencionadamente que los atribuibles a un descuido.

²⁹PRITTWITZ, "Die Ansteckungsgefahr bei AIDS", *JA*, 1988, p. 486, afirma que la distinción entre dolo e imprudencia, pese a no ser sistemáticamente obligatoria, "se

que, al fin y al cabo, la ley penal no hace en este ámbito otra cosa que asignar distintas consecuencias jurídicas a los sujetos en función de convicciones socialmente arraigadas: el autor doloso merece mayor pena que el imprudente porque es más responsable del hecho delictivo³⁰. De la misma manera, no puede descartarse que, en relación con las causaciones negligentes de resultados, la colectividad se vea más identificada con el autor: cualquier persona, sin la más mínima intención de apartarse del Derecho, puede sufrir algún día un descuido, lo que permite no juzgar tan severamente la conducta de quien efectivamente lo ha sufrido³¹. Además, en estos casos el causante del resultado se encuentra expuesto a ser, a la vez, víctima de sus propios actos, en la medida en que la causación de consecuencias que no ha querido, o ni siquiera ha previsto, puede

corresponde con los criterios de justicia que predominan en nuestra vida cotidiana". Cfr., también, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 15, quien vincula la dicotomía dolo-imprudencia a "nuestros principios tradicionales".

³⁰JAKOBS, "El principio de culpabilidad", trad. M. Cancio Meliá en *Estudios de Derecho penal*, p. 19 ss, plantea este tema como una cuestión de defectos cognitivos y volitivos. Concorre un defecto cognitivo cuando un sujeto actúa desconociendo determinadas realidades, mientras que se da un defecto volitivo cuando un individuo perfecto conocedor de la realidad se aparta con su comportamiento de la motivación que un determinado orden considera preponderante. Así, quien comete intencionadamente un delito no hace sino expresar con su acto que se aparta de la motivación que el ordenamiento considera deseable y, por tanto, incurre en un defecto volitivo. Por contra, en quien lesiona por descuido un bien jurídico concurre un defecto cognitivo, en la medida en que no ha sido realmente consciente de las auténticas consecuencias de su actuar. "La concurrencia de un defecto volitivo (...) agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Esta diferenciación entre defectos cognitivos y volitivos es tan elemental que ya los niños la usan habitualmente en cuanto han comprendido, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa 'responsabilidad'. 'No podía saberlo' es una excusa válida, pero se considera que 'no tenía ganas' no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales".

³¹Cfr., en este sentido, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994, p. 10 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 306.

resultar desagradable incluso para él mismo³². Por contra, quien actúa intencionadamente no obtiene sino el premio a sus obras; si una vez conseguido le desagrada lo que ha hecho o se arrepiente de ello, el sentimiento colectivo está mucho menos dispuesto a apiadarse de él: de algún modo, cuando el sujeto quiso realizar el hecho, lo tuvo que querer necesariamente con sus consecuencias y, en tal medida, la aplicación del castigo no es otra cosa que proporcionar al autor el objeto último de su voluntad.

Pese a su probable corrección, las anteriores consideraciones no resultan suficientes a la luz de las concepciones hoy día dominantes sobre la función del Derecho penal, pues no aportan por sí solas una explicación en clave preventiva de la diferencia de castigos previstos para el autor doloso y el imprudente. Cuando mayoritariamente se entiende que la imposición de la sanción penal no es justificable a través de la mera retribución, sino sólo a partir de la producción de determinados efectos beneficiosos para la sociedad o el individuo a través de la amenaza de un mal o de la efectiva aplicación de éste, la afirmación de que, desde un prisma social, el hecho intencionado *pertenece más* a su autor que el realizado por descuido no basta todavía para explicar por qué el primero debe ser más gravemente castigado que el segundo. *Se hace necesario, por tanto, aportar una fundamentación preventiva de la diferencia de pena entre delito doloso e imprudente*³³.

Con todo, no debe perderse de vista el valor de las anteriores consideraciones, pues difícilmente el Derecho penal podrá generar algún tipo de efecto en la sociedad si se opone a las valoraciones fundamentales de ésta. Si no se atiende a tales valoraciones, el mensaje que se quiera transmitir con la sanción no podrá ser plenamente comprendido por sus destinatarios, lo que sucedería si se castigase más gravemente, por ejemplo, a un

³²Así, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 312-313: "en la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio".

³³Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1983, p. 33 ss.

conductor despistado que a un asesino a sueldo³⁴. Es necesaria, por tanto, una explicación que consiga conjugar ambos factores: la justificación preventiva y los puntos de vista que resultan comprensibles a la sociedad.

Para la consecución de este objetivo no son de utilidad aquellas doctrinas, más o menos antiguas, que explicaban la diferencia de pena entre imprudencia y dolo en función de la *especial maldad* del autor doloso³⁵. Éste es el caso, entre otros muchos autores, de *Robert von Hippel*, quien vinculaba el reproche más grave de que se hacía acreedor el autor doloso al *egoísmo* mostrado por éste anteponiendo sus propios intereses a los bienes

³⁴KÜPER, "Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch", GA, 1987, p. 502, entiende que "sin recurrir a las representaciones de valor ético-sociales —que no conviene deformar en función de las finalidades del Derecho penal— no es posible moverse correctamente en este ámbito". Este autor no hace sino retomar argumentos ya expresados por GALLAS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetsrussischen Rechts*, Berlín, Leipzig, 1931, p. 37 quien afirmó que "sólo haciendo referencia a las valoraciones ético-sociales es posible fundamentar la diferente apreciación de dolo e imprudencia". HASSEMER, DP, 1982, pp. 237-238, considera que un ordenamiento que impute responsabilidad prescindiendo del grado de participación interna del sujeto no es actualmente posible, pues "quedaría toscamente por debajo de las diferenciaciones que ya son habituales en los mecanismos cotidianos de inculpación y exculpación". Cfr. igualmente las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho penal*, p. 155 ss y CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 185.

³⁵Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín 1930 (2ª reimp. Munich, 1995), p. 51, donde se hace referencia a autores como *Sturm*, quien consideraba que el dolo suponía "maldad" y la imprudencia "necedad". El mismo ENGISCH, *ibidem* p. 55, critica a este autor que, según su concepción de la culpabilidad, el autor doloso vendría a transgredir el mandato de "debes ser bueno" y el imprudente el de "tienes que ser inteligente". ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., Berlín, 1965, p. 60 y EL MISMO, *Untersuchungen* p. 177 considera que la mayor reprochabilidad del autor doloso frente al imprudente se explica a través de la diversa actitud de ambos hacia el mundo de los bienes jurídicos. Utilizan argumentos similares JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996, p. 300: al autor doloso se le castiga más duramente por su "falta de sensibilidad frente a la pretensión de vigencia de los bienes jurídicos".

jurídicos penalmente protegidos³⁶. Aunque este modo de ver las cosas consiga describir de forma más o menos correcta una determinada valoración social, no está en condiciones de explicar en clave preventiva por qué el sujeto *egoísta* tiene que ser más gravemente castigado que el que no lo es tanto, ni cómo este mayor castigo tiene que generar determinados efectos beneficiosos para el futuro de la colectividad o del propio sujeto.

Con un problema parecido se encuentran todas aquellas teorías que afirman que *el autor doloso merece una pena más grave que el imprudente porque al primero le fue más fácil evitar la realización del tipo*³⁷. Quienes sostienen

³⁶VON HIPPEL, "Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum", *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, 1908, vol. III, p. 567. Le critica GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburgo, 1924, pp. 83-84, afirmando que dicho egoísmo se da igualmente en el autor imprudente, pues éste también antepone sus intereses al bien jurídico: "el egoísmo sirve de base a toda reprochabilidad y por ello no puede ser un elemento de distinción entre dolo e imprudencia". En sentido similar, LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 148-149 y LIEPMANN, *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem "Strafgesetzentwurf"*, Hamburgo, 1921, p. 74. Recientemente afirma SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 12, que "el autor doloso parece socialmente más merecedor de pena porque con su conducta hace patente que no le importan los intereses ajenos y mediante el hecho muestra además su capacidad de lesionar tales intereses". La idea del dolo como muestra de una disposición o ánimo hostil al Derecho suele defenderse también por los autores que postulan su doble ubicación en injusto y culpabilidad. Entre estos autores, GALLAS, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen", *ZStW*, 67 (1955), p. 45 ss; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 305; ROXIN, *Derecho penal*, § 12, n° marg. 26. Críticos con esta postura, PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 4 y SILVA SÁNCHEZ, "Recensión a *Schünemann, GA*, 1985", *ADPCP*, 1987, p. 545. Para otras críticas, cfr. CEREZO MIR, "La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española", *ADPCP*, 1981, p. 456 ss.

³⁷La idea básica es aportada por OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Straflehre*, 5ª ed., Berlín, Nueva York, 1996, p. 77, al sostener que "a quien no está en condiciones de evitar una consecuencia no le puede ser imputada como su obra". A partir de esta base deben distinguirse grados de evitabilidad. En este sentido, SAMSON, *SK*, § 16 (apéndice), n° marg. 36, sostiene que "la evitación de consecuencias no reconocidas exige un esfuerzo superior a la omisión de acciones dolosas". SCHÜNEMANN, "Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht", *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 269, entiende que en los casos de dolo concurre el "mal uso de un poder de evitación cualificado". Cfr., también, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 103, "el conocimiento de

esta idea tienen razón en que a un individuo que es consciente de lo que está haciendo por regla general le resulta más sencillo evitar las consecuencias de su actuación que a aquél que ni siquiera sabe lo que hace, pues a este último le es mucho más difícil advertir las posibles consecuencias de su actuación³⁸. Acudiendo a un ejemplo, a quien va a suministrar una dosis de veneno a otra persona le resulta más fácil evitar la causación de una muerte que a quien corta una curva cerrada con su coche sin saber que se avecina otro automóvil en dirección contraria. Y ello por el sencillo motivo de que el primero sabe que "está matando" y el segundo no. Sin embargo, esta teoría tampoco sirve para explicar por qué merece mayor castigo el primero que el segundo. Tal vez con ella se describa correctamente una realidad, pero no se dan explicaciones que vayan más allá de coincidir con convicciones sociales ya descritas y, en el fondo, se intuye una reconducción tácita al planteamiento expuesto en primer lugar: quien no hace uso de un elevado poder de evitación demuestra una mayor maldad. Queda, por tanto, sin justificación plausible, por qué el sujeto que puede evitar más fácilmente un resultado merece, desde un punto de vista preventivo, una pena más grave que aquel a quien le resulta más difícil³⁹.

la acción en sus dimensiones relevantes fundamenta un *acentuado poder de evitación*" (cursiva en el original). La idea se desarrolla en tono crítico en *ibidem*, p. 103 ss.

³⁸Esta idea se encuentra presente en los planteamientos de SCHMIDHÄUSER, "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ('dolus eventualis' und 'bewußte Fahrlässigkeit')" *JuS*, 1980, p. 250, quien intenta mostrar que quien reflexiona y conoce un peligro tiene la posibilidad de evitar que éste origine un resultado lesivo si valora los bienes jurídicos, mientras que quien se conduce de modo irreflexivo no goza ni tan siquiera de dicha opción. Ello implica que cuando el primero, pese a conocer el peligro, no renuncie a su plan, deberá ser más gravemente castigado.

³⁹En contra de la mayor o menor evitabilidad como criterio para explicar la diferencia de pena entre dolo e imprudencia JAKOBS, "Sobre el tratamiento", pp. 137-138, quien entiende que esta perspectiva llevaría a tratar de modo más benévolo a aquellas personas que tuvieran una voluntad especialmente determinada a delinquir, puesto que a éstas les sería siempre más difícil evitar la comisión del delito que a cualquier otra persona. Los actuales sistemas no tienen esto en cuenta y, por contra, la reincidencia o la habitualidad son circunstancias que, lejos de exonerar al sujeto, le gravan con penas mayores; cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 587. Cfr., igualmente, ENGISCH, *Wi-*

Un tercer grupo de autores entiende que el motivo de la mayor punibilidad de las realizaciones delictivas intencionadas descansa en que en los hechos dolosos expresan una *decisión del autor contra los bienes jurídicos* que, por contra, no concurre en las realizaciones imprudentes⁴⁰. El Derecho penal pretende proteger determinados bienes jurídicos que considera valiosos para la vida en sociedad y, en consecuencia, quien actúa intencionadamente contra ellos merece una pena más grave que quien menoscaba su integridad por descuido o irreflexividad. Sin embargo, como las anteriores perspectivas, tampoco esta teoría por sí sola consigue ir más allá de aportar una determinada valoración de la realidad de la que, no obstante, no son derivables criterios de corte preventivo, pues no se ex-

llensfreiheit, p. 60, quien sostiene que “no puede decirse (...) que el mal uso de la libertad de voluntad sea más grave en los delitos dolosos que en los imprudentes pues, a menudo, a quien actúa dolosamente se le hace más difícil renunciar a su hecho (piénsese en un asesinato por celos) que al que actúa de modo descuidado, a quien con un poco más de precaución le habría sido posible evitar fácilmente la grave catástrofe provocada”.

⁴⁰El origen de la idea en ROXIN, “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit”, *JuS*, 1964, p. 59. Cfr. igualmente, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1981, § 8, n° marg. 255; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 98; EL MISMO, “Vorsatz und Mitbewußtsein — Strukturen des Vorsatzes”, *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1989, pp. 324-325; ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, pp. 163-165. En España, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 1996, p. 282, afirman que “el delito doloso supone una rebelión consciente en contra del bien jurídico protegido”. En un sentido algo distinto, LIEPMANN, *Die Reform*, p. 75, entiende que lo que caracteriza a los autores dolosos son unos fines antisociales que, por contra, no concurren en los imprudentes. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 188, sostiene que “toda forma de dolo otorga a la conducta un significado de *negación* o abierto *desprecio* del bien jurídico atacado, del que carece la conducta imprudente” (cursiva en el original). QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 294, entienden que la pena de los delitos dolosos se justifica por el desprecio mostrado por un sujeto con respecto a un bien jurídico. De hecho, estas ideas no son especialmente nuevas: ya en la STS de 17 de marzo de 1934 (A 518) se hace referencia al dolo como la “intención de quebrantar un bien jurídico”.

plicitan los motivos por los que se debe castigar más gravemente a quien se decide contra los bienes jurídicos, ni qué finalidades se pueden o deben conseguir con semejante castigo⁴¹. Surge la seria sospecha de que, en realidad, lo único que se acaba significando es que quien se decide contra los bienes jurídicos muestra una mayor maldad o egoísmo y, por este motivo, debe ser más gravemente castigado.

Mayor relación con los fines de la pena parecen mostrar aquellas teorías que pretenden justificar el castigo agravado del autor doloso en la idea de que éste muestra una *mayor peligrosidad para los bienes jurídicos*⁴². Sin embargo, desde el punto de vista del saldo global de los bienes jurídicos, tal afirmación es discutible: tanto el autor doloso como el imprudente

⁴¹Así, cuando por ejemplo HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917, afirma que el dolo es “en relación con la imprudencia un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad”, probablemente esté reproduciendo de modo correcto determinadas valoraciones sociales, pero no aporta explicaciones plausibles de por qué merece una pena más grave el autor doloso, máxime cuando a la imposición de esta pena se le atribuyen una serie de funciones. Tal afirmación es extrapolable a los planteamientos de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 59, cuando afirma (acogiendo ideas de ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 6) que “existe una diferencia cualitativa esencial entre el dolo y la imprudencia, un diferente contenido de injusto, lo que justifica la diferencia de penalidad de ambos: en el dolo nos encontramos ante ‘realización de planes’, en la imprudencia ante simple ‘descuido’”. Crítico con los planteamientos que justifican el castigo agravado de los comportamientos dolosos simplemente en criterios como la “mayor culpabilidad” o el “mayor injusto”, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 113-114.

⁴²En este sentido, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, pp. 69-70 y 103. Cfr., igualmente, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 100 y HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917. Sostiene este último autor que “el peligro para los bienes jurídicos que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente”. ¿Cómo se conjuga esta afirmación, sin embargo, con la mera realidad estadística de que cada año mueran más personas víctimas de accidentes de tráfico que de homicidios dolosos? En este sentido, cfr. JAKOBS, “Sobre el tratamiento”, p. 134. También utiliza argumentos de peligrosidad PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 487 y, en España, TAMARIT SUMALLA, “La tentativa con dolo eventual”, *ADPCP*, 1992, p. 541, quien se adhiere a los planteamientos de *Hassemer*.

han sido capaces, a fin de cuentas, de producir un resultado idéntico⁴³. Ello podría justificar desde el plano teórico un idéntico castigo para ambas modalidades de realización delictiva. Además, desde la perspectiva de la futura integridad de los bienes jurídicos, no siempre el autor doloso tiene que ser en lo sucesivo necesariamente más peligroso que el imprudente⁴⁴. El sujeto que, por ejemplo, consiguió acabar dolosamente con la vida de la persona a la que atribuía todas sus desgracias probablemente sea en adelante menos peligroso para otras vidas que aquél que tiene la costumbre —que difícilmente se ve capaz de abandonar— de conducir todos los fines de semana a altas velocidades bajo los efectos del alcohol. Y, sin embargo, aunque se llegase a pronosticar de modo plausible que quien una vez mató dolosamente va a ser en el futuro menos peligroso que quien lo hizo imprudentemente, no por ello parece que se estuviera dispuesto a aceptar que se castigara menos al primero que al segundo⁴⁵. Los problemas de esta concepción son, por tanto, evidentes.

Un último punto de vista se mueve en la línea de las teorías de la *prevención general*, en la versión de esta teoría defendida por *Günther Jakobs*. Según este autor, el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta

⁴³Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 312, “la afirmación próxima [a la idea de mayor evitabilidad y de decisión contra los bienes jurídicos], que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso, no convence: también el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad”. En una línea similar BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987, p. 279.

⁴⁴STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, versión española a cargo de E. Bacigalupo Zapater y A. Zugaldía Espinar, Madrid, 1980, p. 117, afirma que “el dolo no fundamenta por sí mismo un mayor peligro de reincidencia”.

⁴⁵Por ello, el planteamiento preventivo-especial de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917, según el cual “la reinserción del delincuente doloso supone un ‘cambio normativo’, una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión de peligro”, no es un argumento plausible que acredite que *siempre* el autor doloso seguirá siendo en el futuro más peligroso que el imprudente. En esta línea van también las críticas de KÜPER, *GA*, 1987, p. 501.

más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues, desde un punto de vista de significado social, dicho sujeto ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma infringida ante la colectividad, algo que no puede predicarse del hecho realizado imprudentemente. De forma gráfica: pese a que la norma dice "no se puede matar", el autor doloso contesta con su hecho que "sí se puede matar" y, de este modo, niega ante los demás ciudadanos la vigencia de dicha norma⁴⁶. Por contra, la conducta de quien actúa de modo imprudente no es más que la expresión de un error y no pone en tela de juicio, por tanto, la vigencia de norma penal alguna⁴⁷. Además, el sujeto que actúa de modo imprudente no conoce de manera precisa qué concretos peligros está creando con su conducta, de tal modo que corre un riesgo claramente superior de padecer una *poena naturalis*, esto es, de que las consecuencias de su conducta descuidada se vuelvan contra él mismo o le resulten totalmente desagradables⁴⁸.

⁴⁶Cfr. JAKOBS, "El concepto jurídico-penal de acción", pp. 116-117 y EL MISMO, "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", GA, 1997, pp. 553-555.

⁴⁷Cfr. JAKOBS, "El principio de culpabilidad", p. 371. El delincuente imprudente no niega la norma jurídica, sino las inmutables leyes que rigen la realidad, pues "quien se comporta (...) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en el agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante". Cfr., igualmente, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 27 ss. No lejos de estos razonamientos, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 11, "a quien pasa por alto prestar atención adecuada a los indicios de una situación se le tiene por incapaz, torpe o desconsiderado".

⁴⁸JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313 y EL MISMO, "El principio de culpabilidad", pp. 371-372 y 378 ss. Según este autor en los casos de imprudencia podría prescindirse de la *poena forensis* y si no se hace es para mantener mediante la reprensión pública los estándares objetivos de riesgo y para evitar que se produzca un aprendizaje selectivo, porque "no todos sufren por el dolor que infligen erróneamente a otros como si fuera propio; por consiguiente, es preciso evitar que se extienda el desinterés en los casos en que sólo corren peligro personas que están lejos del autor". En idéntico sentido, JAKOBS, "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal", trad. J. Cuello Contreras, ADPCP, 1989, p. 641.

Lo que pretende significar *Jakobs* es que el sujeto que actúa imprudentemente lo hace negando las (fácticamente incuestionables) reglas de la realidad y está, por tanto, irremisiblemente abocado al fracaso, mientras que el autor doloso conoce perfectamente dichas reglas y lo que hace con su actuación es negar la vigencia de las (fácticamente cuestionables) normas jurídicas⁴⁹. Si estas últimas normas quieren mantener su vigencia general deben generar el fracaso de quien las niega, para evitar de este modo actos de imitación e impedir asimismo que se extienda entre la colectividad el escepticismo sobre su vigencia⁵⁰. Ésta es la utilidad de la pena: hacer fracasar al autor doloso, mostrando a los demás ciudadanos —ahí su función preventiva y general— que el comportamiento de aquél también conduce al fracaso y que la norma sigue vigente⁵¹.

⁴⁹JAKOBS, "El principio de culpabilidad", pp. 381-382, afirma que "quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocer sus reglas, no necesariamente fracasa con su planificación individual (...) no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la naturaleza". Cfr., también JAKOBS, "Sobre el tratamiento", pp. 135-137 y 140-141 y EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 28. El argumento de la negación de la vigencia de la norma es empleado también por HASSEMER, *DP*, 1982, pp. 238-239, en el caso de las lesiones dolosas de bienes jurídicos colectivos, mientras que para el caso de las afectaciones dolosas a bienes jurídicos personales recurre este autor a la idea de una vejación social y personal de la víctima que no se da en los delitos imprudentes. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 236, entiende que toda lesión dolosa "posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, distinto al del hecho imprudente".

⁵⁰Con todo, KÜPER, *GA* 1987, p. 501 se muestra crítico con los planteamientos que afirman que los hechos dolosos socavan la confianza de la sociedad en el Derecho, al entender que esto no puede verificarse empíricamente.

⁵¹Cfr. JAKOBS, "El principio de culpabilidad", pp. 381-382. También interesantes en este punto las consideraciones de LESCH, "Intervención delictiva e imputación objetiva", trad. J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, *ADPCP*, 1995, pp. 924-926, aunque este autor prefiere denominar a su concepción de la pena con el término de retributivo-funcional.

La teoría de la prevención general planteada en los términos en que lo hace *Jakobs* consigue dar una solución satisfactoria en términos preventivos sobre el porqué de la pena agravada de los delitos dolosos. Al autor doloso se le impone la pena como contra-réplica a la afirmación que se extrae de su hecho de que para él una determinada norma jurídica no tiene validez. La imposición de la pena muestra a los demás ciudadanos que dicha afirmación es errónea y que la norma sigue rigiendo, lo que les permitirá seguir contando con ella en sus orientaciones futuras. Por contra, al autor imprudente basta con imponerle en ciertos casos una pena menor, simplemente para garantizar los estándares objetivos de peligro⁵². Como ventaja ulterior, estos planteamientos se muestran plenamente de acuerdo con las convicciones sociales expuestas al inicio de este apartado, esto es —en terminología de *Jakobs*— con la idea según la cual en la sociedad actual *los defectos volitivos gravan y los defectos cognitivos exoneran*⁵³.

En la doctrina, muchos de los planteamientos anteriores suelen entremezclarse⁵⁴. De hecho, a todas las teorías no les falta una parte de razón:

⁵²Acerca de los motivos por los que se castigan los delitos imprudentes, JAKOBS, "Sobre el tratamiento", pp. 141-142.

⁵³Cfr., esta idea en JAKOBS, *ADPCP*, 1989, pp. 644-645 y *el mismo*, "Sobre el tratamiento", pp. 133-134.

⁵⁴Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-917, quien acoge los planteamientos de la peligrosidad, la decisión contra el bien jurídico y "la lesión de la norma que obliga a observar ese bien jurídico". En idéntica línea, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 40-41 y LA MISMA, "Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991", *AP*, (1) 1995, pp. 8-9. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 12, combina ideas basadas en el mayor desinterés del autor doloso y en la necesidad de que éste adopte otra postura frente a los bienes jurídicos y los valores sociales. SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), pp. 269-270, considera que los dos criterios decisivos son el mal uso de un poder cualificado de evitación y un sentimiento de mayor peligrosidad para los bienes jurídicos. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 98 ss y 497, entiende que la actuación del sujeto pese al conocimiento de la relevancia típica de la conducta hace que con ésta se exprese una decisión contra el bien jurídico y que se deduzca a partir del hecho una mayor peligrosidad del autor; además, desde un punto de vista preventivo general, se afecta en mayor grado a la confianza en la vigencia de la norma. Cfr., igualmente, ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n°

las convicciones sociales llevan a castigar más gravemente a aquél que pudo evitar de un modo más sencillo, o que de modo consciente y voluntario dirigió su actuación a la lesión de un bien jurídico; los autores dolosos suelen mostrarse en la práctica más peligrosos que los imprudentes, como muestran las tasas de reincidencia, aunque dicho criterio no se pueda absolutizar para todos los casos. Por otra parte, la decisión contra los bienes jurídicos siempre entraña la negación de la vigencia de la norma penal con la que se pretende la protección de dicho bien. Sin embargo, el único criterio que consigue por sí solo fundamentar preventivamente la diferencia de pena entre la realización dolosa y la imprudente de un hecho es el basado en la negación de la vigencia de la norma como sentido expresado por la realización dolosa y en la pena como réplica de dicha negación.

Por estos motivos, *la tarea de fijación del concepto de dolo pasa necesariamente por la idea de que una conducta debe hacerse acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión de sentido negadora de la vigencia de una norma penal. Por contra, basta con replicar a dicha conducta con la pena más leve asignada en ciertos casos a las realizaciones delictivas imprudentes cuando un hecho sea sólo expresión del fracaso de un sujeto en su planificación individual.* La importancia de estas ideas será puesta más adelante de relieve⁵⁵.

marg. 15, quien entiende que en los planteamientos de *Frisch* el punto clave sigue siendo la mayor evitabilidad del delincuente doloso. Por su parte, *JAKOBS, Derecho penal*, p. 312, reprocha a *Frisch* que, pese haberse dado cuenta “de la mayor conmoción de la confianza en la norma por medio del autor doloso (...) no la fundamenta”. En Italia, *FIANDACA/MUSCO, Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Bologna, 1995, pp. 305-306, emplean diversos criterios: una agresión más intensa el bien jurídico por parte del delincuente doloso y una mayor afectación a la colectividad.

⁵⁵Cfr. *infra* V.2.

I.3. La clasificación tripartita del dolo

Analizada la cuestión relativa a la justificación de la diferente gravedad de las consecuencias jurídicas asignadas a las realizaciones delictivas dolosas y a las imprudentes, debe exponerse a continuación en qué casos puede afirmarse, según planteamientos dominantes, la concurrencia de la realización dolosa de un comportamiento penalmente típico. Ante todo, debe someterse a prueba la idea mayoritaria de que un sujeto sólo actúa dolosamente cuando “sabe” que está realizando un tipo penal y “quiere” además tal realización. Para el análisis de esta cuestión se partirá de dos ejemplos:

1. A. decide poner fin a la vida del amante de su mujer. Con este objetivo le espera al volante de un automóvil a la salida de la empresa en que este último trabaja y, cuando le ve aparecer, dirige el vehículo contra él, empujándole violentamente contra un muro y causándole la muerte.

2. B. conduce su automóvil por una vía pública cuando advierte que una avispa se ha introducido en el vehículo. Muy nervioso, suelta el volante y se gira hacia atrás para intentar ahuyentar al insecto. Fuera de control, el coche se dirige contra un transeúnte que en ese momento está cruzando la calzada por un paso de peatones, atropellándole y causando su muerte.

Desde un punto de vista estrictamente objetivo, los dos anteriores ejemplos presentan una estructura similar, pues ambos reproducen supuestos en que un individuo causa un resultado lesivo para la vida de otra persona arrollando a ésta con un automóvil. Sin embargo, nadie dudaría en afirmar que el primer hecho reviste una mayor gravedad que el segundo. Tal diferencia de gravedad surge, evidentemente, de la subjetividad de ambos conductores: el primero ha atropellado intencionadamente a su víctima, mientras que el segundo lo ha hecho a consecuencia de un descuido. Según la doctrina dominante, el *ejemplo 1* es una muestra evidente de realización delictiva dolosa, pues su protagonista ha sido consciente de que estaba provocando una muerte y, además, quería o tenía la intención de que ésta se produjera. Cuando concurre una realización delictiva intencionada nadie discute que el hecho se haga merecedor de la

pena que el Código tiene prevista para la modalidad dolosa del delito de que se trate. La doctrina suele hablar en estas situaciones de *dolo directo de primer grado* o, simplemente, de *intención* y, por regla general, se califica a esta modalidad como “el paradigma más perfecto de dolo”, pues en ella concurren de modo inequívoco los dos elementos que, según la mayoría de autores, determinan lo que debe entenderse por una realización delictiva dolosa, esto es, el conocimiento y la voluntad⁵⁶.

Habitualmente se suele también afirmar que cuando un sujeto actúa intencionadamente no tiene ninguna importancia el grado de peligro que haya advertido estar creando con su comportamiento: cuando un individuo dispara contra otro con la intención de matarle es indiferente, a efectos de dolo, que lo haga en la creencia de que es segura la producción de la muerte, o bien en la de que dicho resultado es simplemente posible o, incluso, improbable: el dolo existe en cualquier caso⁵⁷.

Por contra, el *ejemplo 2* es una clara muestra de homicidio cometido imprudentemente: el conductor ha matado a un tercero sin que la causación de tal muerte formara parte de su voluntad, sin ser auténtico conocedor siquiera de que con su comportamiento iba a provocar dicho resultado. Según la doctrina dominante, si el autor ha percibido por lo menos que con su conducta estaba creando un peligro es éste un caso de *imprudencia consciente*, mientras que, de no haber advertido tal peligrosidad,

⁵⁶Por todos, MIR PUIG, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en J. JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.) *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 19. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 225, plantea que en estos casos es más correcto hablar de “dolo de propósito”, porque la expresión española “intención” tiene un sentido más amplio que el término alemán “Absicht” y abarca todas las modalidades de dolo.

⁵⁷Cfr. LACKNER, *StGB*, § 15, n° marg. 20. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 4, considera que “en los casos de intención basta, por lo que al conocimiento respecta, con que se suponga una pequeña posibilidad de causación del resultado”. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, *Teoría jurídica del delito*/1, 5ª ed., Madrid, 1997, p. 138, afirma que en estos casos basta con que el sujeto no juzgue “absolutamente improbable” la producción del resultado.

concorre un supuesto de *imprudencia inconsciente*⁵⁸. No prevé el Código ningún tratamiento penológico diferenciado en función de la concreta modalidad de imprudencia que pueda concurrir en un supuesto de hecho⁵⁹.

La voluntad como criterio limitador propuesto por la doctrina dominante permite distinguir sin demasiados problemas entre dolo e imprudencia cuando el aplicador jurídico debe resolver casos como los anteriores, en que la respectiva intención o su ausencia por parte del autor son especialmente evidentes. La cuestión se complica un poco más cuando debe aportarse una respuesta para supuestos como el siguiente:

F. es propietario de un edificio que se encuentra asegurado a su favor por una notable cantidad de dinero. Para cobrar la cuantía del seguro decide prender fuego al inmueble, lo que hace con conocimiento de que en éste viven personas y en la certeza de que éstas morirán si el edificio arde. Varias personas mueren a consecuencia de la acción de las llamas.

En este caso no parece tan sencillo afirmar, como en el primero de los dos anteriores, que el sujeto realmente *haya querido* causar la muerte de los habitantes del edificio. Lo único que a ciencia cierta quería dicho sujeto era cobrar la indemnización y, partiendo de esta premisa, las muertes sólo eran vistas como una consecuencia fatal ligada necesariamente a la consecución del objetivo, pero no querida por sí misma. Sin embargo, en la doctrina prácticamente nadie discute que éste sea un supuesto que merezca el mismo tratamiento que los casos de auténtica intención, pues, por así decirlo, quien se representa con certeza que con su conducta va a producir de manera necesaria determinadas consecuencias, de algún modo

⁵⁸Por todos, LACKNER, *StGB*, § 15, n° marg. 53.

⁵⁹PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 13, entiende que "la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente sólo tiene un valor teórico-clasificadorio, pero ningún significado normativo". En España, el TS afirma en su sentencia de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz), que en algunos casos la imprudencia inconsciente puede considerarse más grave que la consciente, "porque refleja una falta absoluta de preocupación o una negligencia total".

también las quiere⁶⁰. Afirma, en este sentido *Welzel*, que “si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia”⁶¹. De acuerdo con esta idea, la doctrina mayoritaria engloba estos supuestos en una segunda modalidad de dolo, el llamado *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias*⁶².

Sin embargo, no todos los autores se muestran de acuerdo con la idea de que, partiendo de una definición genérica de dolo como “conocer y querer, también pueda afirmarse que en el caso del dolo directo de segundo grado concurren ambos elementos, pues en tales supuestos el autor no *quiere* el resultado en el sentido auténtico de la palabra *querer*”⁶³. Lo

⁶⁰Sobre el planteamiento histórico de la cuestión, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 90-91. RUDOLPHI, SK, § 15, n° marg. 37, afirma que “el elemento volitivo del dolo no necesita aquí ninguna determinación específica”. En sentido similar, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 146, para quien en los casos de dolo directo de segundo grado también concurre el elemento de la voluntad. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 20, afirma que, si el sujeto sabe seguro que su conducta “va a llevar aparejada necesariamente un resultado típico, no puede por menos que *aceptar* esta virtualidad lesiva de la misma. Pues bien, ‘aceptar’, aunque sea a regañadientes, también es una forma de ‘querer’” (cursiva en el original).

⁶¹WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., trad. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago de Chile, 1993, p. 81.

⁶²En la doctrina alemana a menudo se utilizan las expresiones “*direkter Vorsatz*” (*dolo directo*) o “*Wissentlichkeit*” (*a sabiendas*) para designar esta figura, en contraposición al término “*Absicht*” (*intención*), que se reserva para el dolo directo de primer grado. Sobre la terminología empleada por la dogmática germánica, cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 2ª ed., trad. y notas de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remensal, Madrid, 1997, § 12, n° marg. 2 (nota del traductor, M. Díaz y García Conlledo). En Italia algunos autores se refieren a esta modalidad de dolo como “*dolo indiretto*”; cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, p. 322 (nota 22).

⁶³Cfr. ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n° marg. 27. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 271, califica de paradójico que, según planteamientos dominantes, el elemento volitivo del dolo deba exigirse en el dolo directo de primer grado y en el eventual, pero no en el dolo de consecuencias

que estos autores pretenden poner en evidencia es que tras semejante asimilación de categorías se oculta una cierta manipulación de conceptos. Así, como afirma *Puppe*, mientras en el dolo directo de primer grado las doctrinas mayoritarias manejan un concepto psicológico-descriptivo de voluntad, éste se troca en una voluntad normativamente imputada al sujeto cuando se pasa al dolo directo de segundo grado⁶⁴. Con todo, estas *denuncias* no van dirigidas en modo alguno a cuestionar que hechos como el reproducido en el anterior ejemplo deban reputarse realizaciones dolosas y merezcan, por tanto, la pena correspondiente a éstas, sino sólo a poner de manifiesto ciertas incoherencias en los argumentos que emplea la doctrina dominante que adquieren un mayor relieve en otros ámbitos de la discusión.

Si ya el anterior ejemplo daba lugar a ciertas —aunque tenues— discrepancias, la solución aun parece menos clara cuando deben resolverse supuestos como el siguiente:

Los miembros de una banda terrorista secuestran a un funcionario de policía y deciden torturarlo para obtener determinadas informaciones. Los métodos empleados en el interrogatorio son contundentes, pero aun así no se consigue hacerle hablar. Después de varios de días de torturas, el policía se encuentra muy débil y sus captores comentan entre ellos que, si continúan torturándole, puede morir. Sin embargo, deciden seguir adelante, pues es su última oportunidad de obtener la información que les interesa. A consecuencia de las torturas el secuestrado muere sin que sus captores hayan conseguido hacerle hablar.

necesarias y afirma que ello “supone incurrir en una incoherencia, pues una variación ‘cuantitativa’ —la mayor probabilidad de producción del resultado— (...) no puede nunca transformarse en un cambio ‘cualitativo’ de los elementos que han de conformar el contenido del dolo”.

⁶⁴Añade esta autora que la justificación de esta mutación de conceptos “no se pone de relieve de una manera lo bastante clara por la doctrina dominante”; cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 27. También cuestionan el papel de la voluntad en el dolo directo de segundo grado, SCHMOLLER, ÖJZ, 37 (1982), p. 282, MORSELLI, “El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica”, ADCPC, 1991, pp. 887-888 y SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, p. 158.

Lo primero que conviene plantearse ante un caso como éste es la posibilidad de subsumirlo en alguna de las dos modalidades de dolo expuestas hasta ahora. Parece evidente que tal posibilidad no cabe respecto del dolo directo de primer grado, pues queda fuera de toda duda que los secuestradores no querían la muerte del secuestrado; es más, puede afirmarse incluso que aquéllos en modo alguno deseaban tal resultado, ya que con su acaecimiento veían desaparecer su última oportunidad para conseguir la información que ambicionaban. Tampoco es éste un supuesto de dolo directo de segundo grado, pues los captores no se representaron como cierto o seguro que su víctima llegara a morir, sino sólo como algo posible o, en todo caso, probable. Parece, pues, incuestionable que un dolo entendido en los términos expuestos no puede dar cabida en su literalidad a casos como éste, por lo que *a priori* no parece quedar más remedio que condenar a los causantes de la muerte como autores de un homicidio imprudente⁶⁵.

Calificar de imprudentes supuestos como el anterior implica entender que la conducta de los terroristas del ejemplo reviste, más o menos, la misma gravedad que la del conductor que se pone nervioso con la avispa que ha entrado en su coche y atropella a alguien causándole la muerte.

⁶⁵Así lo entendía hace un siglo VON BAR, "Dolus eventualis?", *ZStW*, 18 (1989), p. 558, quien abogaba por dejar fuera del dolo del autor toda consecuencia que no hubiera sido deseada o representada como cierta. No lejos de este autor se halla BUSTOS RAMÍREZ, "Política criminal y dolo eventual", *RJCat*, 1984, p. 321 ss, quien entiende que debe renunciarse a buscar un elemento volitivo en casos como el anterior, ya que éstos equivalen estructuralmente a supuestos de imprudencia, aunque concurra en ellos un elemento del injusto añadido consistente en la decisión del sujeto contra el bien jurídico. El tratamiento penológico propuesto para estos casos debía ser, *de lege lata*, su castigo como delitos dolosos con la antigua atenuante del art. 9.4^a CP 1973 y, *de lege ferenda*, su inclusión en el antiguo 565 CP 1973 —donde se ubicaba la cláusula general de punición de los delitos imprudentes— añadiendo una circunstancia agravatoria basada en la concurrencia del citado elemento subjetivo. La entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha dado al traste con ambas propuestas. Igualmente en contra de ampliaciones del dolo más allá de la estricta voluntad, LIEPMANN, *Die Reform*, p. 79 ss, quien proponía, a lo sumo, introducir en determinados tipos de la Parte especial una cláusula específica de punición de las conductas llevadas a cabo con consciencia de la posibilidad de una realización típica.

Supone afirmar, por tanto, que la muerte del policía torturado se ha producido a consecuencia de un descuido o de una actuación negligente, una solución que en modo alguno puede considerarse satisfactoria⁶⁶. Para evitar que casos como éste se castiguen como meros homicidios imprudentes, la doctrina recurre a una tercera modalidad de dolo: el llamado *dolo eventual*⁶⁷. El dilema que explica esta tercera categoría es, por tanto, el siguiente: *existen casos en que, sin concurrir propiamente voluntad de realizar un tipo penal, la conducta llevada a cabo parece, sin embargo, merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa*⁶⁸.

Llegados a este conflictivo punto, los hasta ahora prácticamente uniformes caminos seguidos por la doctrina se dividen. Así, unos autores optan por mantener a toda costa la definición general de dolo como "conocimiento y voluntad" y por tratar de encontrar en casos problemáticos como el expuesto una forma de volición que permita encuadrarlos dentro del dolo⁶⁹. Por contra, un segundo grupo de autores entiende que

⁶⁶Cfr., en este sentido, las valoraciones de MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 7.

⁶⁷Mientras en la doctrina española sólo se habla de "dolo eventual", en la germánica se utilizan indistintamente las expresiones "bedingter Vorsatz" ("dolo condicionado"), "Eventualvorsatz" ("dolo eventual") y a menudo el latino "dolus eventualis". Crítico con el uso de la equívoca expresión "dolo condicionado", ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 24, pues los casos que se suelen discutir en este ámbito están más próximos al querer incondicional (esto es, los terroristas del ejemplo quieren la información al precio que sea) que no lo contrario. Cfr., asimismo, SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 304 ss, donde se expone el uso que se hace de cada uno de estos términos en los diversos países de habla alemana.

⁶⁸Así, TAMARIT SUMALLA, *ADPCP*, 1992, pp. 540-541, afirma que la asimilación del dolo eventual al dolo "se produce como consecuencia de una valoración según la cual la comunidad jurídica considera que determinados comportamientos *no intencionales* merecen la misma repulsa que el Ordenamiento Jurídico prevé para la afección dolosa al bien jurídico" (cursiva añadida).

⁶⁹Según FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 256, los partidarios de exigir un elemento volitivo para el dolo eventual llegan al convencimiento de dicha exigencia a través de dos posibles vías: una inductiva, consistente en mostrar casos como el del conductor descuidado o el del cirujano que lleva a cabo una operación a vida o muerte, para mostrar

ante casos como el planteado puede prescindirse de la voluntad y afirmar el dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible o probable que el resultado podía acaecer, o haya actuado en la conciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal. Sin embargo, es evidente que este último punto de vista se encuentra con serios problemas para mantener la vigencia de la definición general del dolo en los supuestos de dolo eventual. Por este motivo, un tercer grupo de autores opta por reformular dicha definición, negando que para el dolo haga falta, siempre y en todo caso, *querer* la realización del tipo. Lo que prácticamente nadie defiende en la actualidad es que, ante ejemplos como el expuesto, baste con castigar a los sujetos como autores de un simple delito imprudente.

No completamente satisfechos con ninguna de las opciones anteriores, algunos autores entienden que es tal la diferencia entre la conducta del sujeto que actúa con dolo directo de primer grado y la del que lo hace con dolo eventual que, a efectos de merecimiento de pena, convendría crear un tercer título de imputación subjetiva a ubicar entre dolo e imprudencia⁷⁰. A este título intermedio, que serviría para abarcar conceptualmente los casos que actualmente se discuten en el ámbito del llamado dolo eventual, debería vincularse una pena superior a la de los delitos impru-

que, si no hay voluntad de producir el resultado de muerte, parece a todas luces insostenible castigar por homicidio doloso; la otra, deductiva, partiendo de la base de que el dolo es conocer y querer y de que, dado que el dolo eventual también es una modalidad de dolo, forzosamente debe contener ambos requisitos.

⁷⁰Sobre la posibilidad de importar al Derecho alemán la figura anglosajona de la *recklessness*, que vendría a abarcar conceptualmente el ámbito ocupado tradicionalmente por el dolo eventual y la imprudencia consciente, WEIGEND, "Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit", *ZStW*, 93 (1981), p. 687 ss. Sin embargo, este autor se acaba mostrando más inclinado por tratar la cuestión en el ámbito de la determinación de la pena que por la creación de una figura intermedia, pues ésta implicaría multiplicar los problemas *fronterizos* que ahora sólo se plantean entre dolo eventual e imprudencia consciente; cfr. *ibidem*, p. 697 ss. Sobre el concepto de *recklessness*, FLETCHER, *Conceptos básicos*, p. 174 ss y DÍAZ PITA, *AP*, 1995 (1), n° marg. I.1-6. Una visión escéptica sobre la posibilidad de *importar* este concepto en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n° marg. 68.

dentes e inferior a la de los cometidos con dolo directo⁷¹. Sin embargo, esta propuesta no pasa de ser una mera consideración *de lege ferenda*, pues los códigos sólo toman en consideración el dolo y la imprudencia como criterios de atribución subjetiva⁷².

En España se había propuesto también por algunos autores aplicar la antigua atenuante del artículo 9.4^a CP 1973 a los casos de dolo eventual, pero la desaparición de dicha circunstancia en el texto del Código Penal vigente ha hecho un flaco favor a tales planteamientos que, por otra parte, nunca habían sido acogidos por la jurisprudencia⁷³. Queda en pie, sin

⁷¹Ésta es la propuesta *de lege ferenda* de SCHÜNEMANN, "Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars" (1^a parte), GA, 1985, p. 363, quien entiende que deberían agruparse, en primer lugar, las dos modalidades de dolo directo como formas más graves de imputación individual, en segundo lugar, el dolo eventual y la imprudencia consciente en un grado intermedio y, finalmente, en un tercer escalón, debería dejarse la imprudencia inconsciente. La valoración de posibles elementos emocionales debería quedar relegada al ámbito de la determinación de la pena. En una línea similar, ya H. SCHRÖDER, "Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes", Sauer-FS, Berlín, 1949 p. 247 ss., había propuesto *de lege ferenda* un sistema de atenuaciones que permitiera rebajar la pena a determinadas realizaciones delictivas cometidas con dolo eventual.

⁷²Pese a ello, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado esporádicamente a favor de la conveniencia de crear un tercer título de imputación; cfr. la STS de 24 de octubre de 1989 (A 7744, ponente García Ancos) y la STS de 25 de octubre de 1991 (A 7375, ponente Montero Fernández-Cid) en que se afirma que "sería conveniente que en el futuro la figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente".

⁷³Cfr., al respecto, las propuestas de MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 3^a ed, trad. y notas de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, vol. I, p. 427; BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, pp. 326-327; EL MISMO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4^a ed. a cargo de H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, pp. 290-291 y SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3^a ed., Barcelona, 1990, p. 682. Crítico con las anteriores posturas, ZUGALDÍA ESPINAR, "La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual", *ADPCP*, 1986, pp. 401-404, quien entiende que la atenuante del art. 9.4^a CP 1973 sólo estaba pensada

embargo, la posibilidad teórica de dar entrada a tal aminoración de pena a través de la atenuante analógica (art. 21.6 CP), recurso apuntado por algún autor pero en el que apenas se ha insistido⁷⁴.

La existencia de tres modalidades de dolo (directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual) es algo que pocos autores parecen dispuestos a poner en tela de juicio⁷⁵. Sin embargo, dicha tripartición es obra únicamente de la elaboración doctrinal y no goza de ningún fundamento legal explícito⁷⁶. Por este motivo es perfectamente legítimo entrar a cuestionar *de lege lata* el porqué de una clasificación tripartita: atendiendo a todas las variaciones posibles entre los grados e intensidades imaginables de conocimiento y voluntad podría construirse una partición cuádruple o quíntuple sin demasiadas dificultades. La vigencia del *cuasi-*

para los casos de preterintencionalidad homogénea y no cabía su aplicación en supuestos de dolo eventual.

⁷⁴Cfr. MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado*, vol. I, p. 427.

⁷⁵Hoy en día sólo abandona de modo explícito dicha tripartición PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 155. Sin embargo, un abandono más o menos tácito puede apreciarse en SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250, quien prefiere distinguir entre supuestos de conciencia segura o insegura (también aprecia dicho abandono RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 55), o en HERZBERG "Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit — ein Problem des objektives Tatbestandes", *JuS*, 1986, pp. 249-262, para quien la cuestión del dolo es un problema a tratar en el tipo objetivo. JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 321-325 y 315-316, parece no renunciar a la clasificación tripartita en la medida en que la intención y el dolo directo de segundo grado se exigen en determinados tipos de la Parte especial del StGB, si bien abandona la clasificación tradicional de dolo como conocer y querer y la reformula afirmando que dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias, considerando que la definición tradicional es incapaz de dar cabida al dolo directo de segundo grado y al eventual.

⁷⁶Un intento fallido de dotar de base legal a la clasificación se llevó a cabo en el § 16 del Proyecto de Código Penal alemán de 1962: "actúa dolosamente quien lo que quiere es realizar el tipo penal, quien sabe o prevé como segura la realización de dicho tipo o quien tiene tal realización por posible y se conforma con ella". Cfr., al respecto, GEPPERT, "Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz un bewußter Fahrlässigkeit", *Jura*, 1986, p. 610. La clasificación tripartita sí consta, por contra, en el texto legal (§ 5) del Código Penal austríaco.

dogma de la tripartición del dolo también deberá revisarse en el curso de este trabajo⁷⁷.

Durante los últimos siglos el debate sobre el dolo se ha centrado básicamente en la correcta fijación de la frontera teórica entre este título de imputación y la imprudencia, esto es, en el dolo eventual⁷⁸. Sin embargo, no es ésta una cuestión marginal dentro de la problemática general del concepto de dolo, pues los resultados a que se llegue en el análisis de los límites inferiores de tal concepto necesariamente deberán repercutir en su definición general. El debate sobre el dolo eventual es, por tanto, el debate sobre el concepto global de dolo, y ello pese a que no demasiados autores hayan trasladado con coherencia a su definición general las conclusiones obtenidas en el *terreno fronterizo* con la imprudencia⁷⁹. Sin perder de vista, por tanto, esta última circunstancia, conviene abordar seguidamente el análisis a grandes rasgos de los principales argumentos sostenidos a lo largo de las diversas etapas del ya centenario debate sobre el dolo en general y, particularmente, sobre el dolo eventual.

⁷⁷Cfr. *infra* el "excurso sobre la tripartición del dolo".

⁷⁸No debe perderse de vista que en aquellos delitos cuya realización imprudente es impune —la mayoría en el CP 1995—, la discusión sobre el dolo eventual es la discusión sobre las mismas fronteras del ámbito de lo punible, esto es, entre castigo e impunidad.

⁷⁹En contra de que se puede hablar de una doctrina específica para el dolo eventual sin afectar la idea global de dolo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 496 ss.

II. RETROSPECTIVA: la teoría de la voluntad y la teoría de la representación

La teoría de la voluntad y la teoría de la representación constituyen las dos principales líneas teóricas en que, desde principios del siglo XIX, se viene agrupando a la mayoría de autores que se han ocupado en sus trabajos de la problemática del dolo eventual. Ambos planteamientos parten de dos presupuestos iniciales distintos para afrontar dicha problemática. En primer lugar, *la teoría de la voluntad* se aferra a la idea básica de que para el dolo necesariamente hace falta un querer y se esfuerza por encontrarlo en todos aquellos supuestos que le parecen merecedores de la pena asignada al correspondiente delito doloso. Por su parte, *la teoría de la representación* deja a un lado la perspectiva apriorística de dolo como voluntad y simplemente se plantea bajo qué presupuestos merece un hecho la sanción prevista para los delitos dolosos. Al advertir que determinados comportamientos parecen lo bastante graves como para merecer dicha sanción aun faltando en ellos una auténtica voluntad de realización del tipo, esta teoría abandona la idea de que el querer deba ser un elemento imprescindible para todas las modalidades de dolo.

Salvo contadas excepciones, cuando los autores contemporáneos echan la vista atrás para mostrar una perspectiva histórica del concepto de dolo y su problemática, parece que ésta sea una cuestión surgida a principios del XIX y, en este sentido, rara vez retroceden más allá de la figura de *Anselm von Feuerbach*. Este hecho ha relegado al más absoluto de los olvidos a planteamientos anteriores sobre la imputación subjetiva y ha eliminado de la discusión una serie de argumentos que no necesariamente de-

ben ser tenidos por totalmente obsoletos. Los intentos de ampliar el concepto de dolo más allá de la estricta intención no son una cuestión teórica exclusiva de los dos últimos siglos. De hecho, ya en el *Digesto* y en textos de los glosadores se observan propuestas para ensanchar las fronteras del antiguo *dolus romano*¹. De entre todos estos intentos, probablemente el más elaborado sea el que se materializaría, más modernamente, en las doctrinas del *dolus indirectus*.

II.1. El *dolus indirectus*

No es en absoluto reciente la cuestión de hasta qué punto deben considerarse abarcadas por el dolo del autor las consecuencias accesorias causadas por su comportamiento, es decir, los resultados provocados sin que tal provocación haya sido objeto directo de su voluntad. De hecho, este tema había sido ya tratado por la doctrina del *dolus indirectus*, sostenida en Alemania durante el siglo XVII por *Benedikt Carpzov*, quien se había inspirado en los planteamientos de juristas del *mos italicus* y del español *Diego de Covarrubias*². Esta doctrina distinguía dos modalidades básicas de dolo: el *dolus directus* y el *indirectus*. La primera concurría cuando había

¹Cfr. MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 75-78. Una brevísimas panorámica que va del concepto de dolo romano hasta la actualidad en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pp. 292-293 y LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 401.

²Cfr. KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906, pp. 14-19. Puede encontrarse un interesante resumen y crítica de la teoría del *dolus indirectus* en SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986), p. 108 ss; PUPPE, "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", *ZStW*, 103 (1991), p. 23 ss y LA MISMA, NK, § 15, n° marg. 17-25. Cfr. también, FRANK, "Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre", *ZStW*, 10 (1890), p. 172. Sobre la aportación de *Covarrubias*, cfr. SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. J.M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957, p. 153 ss (esp. p. 170 ss); GEGLER, *Über den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen, 1860 (reimp. Leipzig, 1970), p. 22; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, vol. I, "Die Entwicklung des geltenden Rechts", Leipzig, 1895, vol. I, esp. pp. 166-181 y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, pp. 464-465, con ulteriores referencias bibliográficas sobre esta cuestión.

existido una auténtica intención del sujeto con respecto al resultado causado. La segunda, por contra, se daba en aquellos casos en que, sin querer el autor directamente un resultado, había realizado sin embargo una acción a consecuencia de la cual se derivan habitualmente resultados como el efectivamente acaecido (“quod immediater et per se sequitur” o “quod sua natura cum illa re connexum esse solet”). En este último caso las consecuencias se entendían abarcadas por el dolo del sujeto, aunque éste no las hubiera querido en el sentido más estricto de la palabra “querer”³.
Afirma Carpzov:

la voluntad de cometer un homicidio se presenta en dos modalidades: directa e indirecta. La primera la tiene aquél que ataca a alguien con intención de matarle; la segunda quien inflige una herida (a otro) de la que de modo inmediato se sigue la muerte. Ambas modalidades de voluntad se refieren al hecho del homicidio y, por ello, cuando la muerte se ha seguido de un modo inmediato, merecen la pena para él prevista⁴.

Como es lógico, un concepto de voluntad indirecta como el expuesto exigía diferenciar las consecuencias que se derivan habitualmente de un hecho de aquellas otras que devienen por mero azar. Respecto a estas últimas, Carpzov afirmaba explícitamente que “lo que se produce por azar no tiene nada que ver con la voluntad, ni de modo directo ni indirecto” y entendía que el dolo del sujeto no las abarcaba⁵. Prosigue este autor:

³Cfr., al respecto, LESCH, JA, 1997, p. 803, quien ve en esta teoría un intento evidente de normativizar el concepto de voluntad.

⁴CARPZOV, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635, quaestio I, n° marg. 30. Trad. al alemán del fragmento original en latín por PUPPE, ZStW, 103 (1991), p. 26. Según MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 81, la diferencia entre Covarrubias y Carpzov radica en que el primero entendía que la causación de un resultado mediante *dolus indirectus* merecía una pena menor que la causación por dolo directo, mientras que el segundo proponía la total equiparación de ambos conceptos a efectos de sanción.

⁵PUPPE, NK, § 15, n° marg. 18-19, citando y traduciendo fragmentos de CARPZOV, *Practica nova*, quaestio I, n° marg. 31. Este autor distinguía el caso en que un sujeto golpea a otro con el puño cerrado, de aquél en que el golpe se propina con la palma de la mano: “si, con todo, se produce la muerte como resultado de un golpe con la palma de la mano tal muerte no puede ser imputada al dolo, *cum rarissime vix occidere quet, ut ex alapo quis moriatur*”; KLEE, *Der dolus indirectus*, pp. 16-19, aporta más argumentos en este sentido. Sobre Carpzov,

es evidente que quien se inmiscuye en algo ilícito debe ser vinculado a todo aquello que se sigue de su intención y de su voluntad, cuando se trata claramente de la causa habitual y tiende a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que *el autor consideró probable o pudo considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder (...)* con respecto a quien se propone prender fuego a una casa y lo hace, si a consecuencia del fuego se queman otras casas, se le deben imputar todas, pues, como es evidente, el fuego tiende a extenderse a las casas colindantes⁶.

Afirma Klee que, cuando la doctrina del *dolus indirectus* empleaba el término “deber-conocer” no hacía referencia al “reproche del desconocimiento que da lugar a la imprudencia, sino al deber-conocer que se sigue de un principio general de experiencia del que no puede revocar la arbitrariedad de lo individual con base en un desconocer o no creer”, pues “a partir de vagas esperanzas o deseos, creencias irreflexivas u opiniones, nadie puede atreverse *in casu* a anular una regla causal o de peligro que conoce y que también rige para él”⁷. En tal medida, la doctrina del *dolus*

cfr. igualmente, GESLER, *Über den Begriff*, p. 26 ss y HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 34 ss.

⁶CARPZOV, *Practica nova*, quaestio I, n° marg. 29 (cursiva añadida), trad. al alemán del fragmento original en latín por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 24-25, quien también reproduce el texto original. La idea de “que la tendencia manifiesta del delito base hacia el resultado más grave basta para la imputación” e incluso el ejemplo del incendio, ya es posible encontrarlos en textos de juristas del *mos italicus* medieval, como Bártolo o Baldo. Cfr. al respecto KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 11: “Baldo entiende que aquél que con la intención de lesionar se sirve de un arma apropiada según su naturaleza y modo de utilizarla *in concreto* para causar la muerte de alguien, debe haberse dado cuenta de la posibilidad de muerte”.

⁷KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 14. Considera este autor (*ibidem*, pp. 11-12), que “no se trata del desconocimiento de la imprudencia, del deber-conocer mediante la observación del cuidado debido, sino de un desconocimiento que entra en contradicción con el conocimiento general, de un deber-conocer del sentido común, pues la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter generalmente reconocido como peligroso de una acción, sino sólo en el error sobre la existencia de las circunstancias de hecho que fundamentan el carácter de peligroso. ‘Putare debuit’ significa que el autor en modo alguno pudo no haber contado con el resultado. No tiene importancia alguna que a consecuencia de conexiones de arbitrarios factores subjetivos no cayera en la cuenta, pues la valoración de las conductas humanas no se efectúa según una medida subjetiva, sino según una medida objetiva que rige

indirectus no puede ser equiparada a la del *versari in re illicita*, pues la primera sólo incluye en el dolo del sujeto los resultados que según la experiencia suelen seguirse de un acto inicial, no los que se producen por mero azar⁸. Puede apreciarse, sin embargo, que *Carpzov* no exigía que el sujeto se hubiera representado las consecuencias accesorias que se le imputan, sino que consideraba suficiente que se las hubiera podido o debido representar, teniendo en cuenta que, en la línea del *mos italicus*, se entendía que sólo los locos podían dejar de representarse aquellas eventuales consecuencias accesorias que se derivan de forma evidente de una determinada actuación. En este concreto punto se diferencia esencialmente el *dolus indirectus* de las actuales teorías sobre el dolo, ya que todas ellas exigen representación actual de las posibles consecuencias de la acción y es evidente que dicha representación no se da cuando el autor sólo *pudo* o *debió* conocer⁹. Ya en los trabajos de un autor del siglo XVIII, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer*, comentarista de la obra de *Carpzov*, el dolo adopta un cariz mucho más psicológico¹⁰. Así, afirma este autor que

quien quiere una causa típica no puede no querer el resultado *cuando es previsto o conocido*, lo que se designa habitualmente, aunque de modo abusivo, como necesario. Si no quería aquello, sino que quería lo contrario, es decir, algo que de modo usual no puede existir al mismo tiempo, es señal de que no se trataba de una mente sana, sino de un loco. Dado que todo se observa como llevado a cabo por una mente racional que actúa de modo consecuente, la voluntad concreta en

de igual manera para todos los sometidos al Derecho y que viene dada por la experiencia de la vida cotidiana”.

⁸RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, pp. 464-465, afirman que “la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque redujo la imputación a título de dolo a sólo aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto”. En idéntico sentido LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 264.

⁹No está demasiado claro si el *dolus indirectus* fue postulado en su momento como algo relativo al concepto de dolo o a su prueba; Cfr. al respecto PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 23 y LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 160, quien entiende que, dado que no había prueba en contra, el *dolus indirectus* era “un concepto puro de Derecho material”.

¹⁰Un interesante estudio sobre la figura de *von Böhmer*, en SCHEFFLER, “J.F.S. von Böhmer (1704-1772) und der *dolus eventualis* — Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?”, *Jura*, 1995, pp. 349-356.

relación con cualquier estado de cosas no puede regir sin la simultánea voluntad concreta que tiene en cuenta lo que según su naturaleza suele estar unido a aquel estado de cosas y podía ser previsible¹¹.

Entienden algunos autores que *von Böhmer*, en sentido distinto a *Carpzov*, no parece conformarse para afirmar el dolo con un conocer general de la peligrosidad de determinadas conductas que se presume también en el autor concreto, sino que en su planteamiento se exige que el sujeto haya previsto efectivamente el resultado y sólo en estos casos se afirma que dicho sujeto “no puede dejar de quererlo”¹². En la obra de *von Böhmer*, además, se emplea ya la expresión *dolus eventualis* como equivalente a *dolus indirectus*¹³.

La doctrina del *dolus indirectus* empieza a caer en desgracia a finales del siglo XVIII, principalmente por acción de *Feuerbach*, quien criticó severamente a los autores que la sostenían por atribuir a la voluntad del sujeto cosas que éste realmente nunca quiso. Desde su punto de vista, “una intención indirecta es algo impensable”¹⁴. Entiende, sin embargo, *Puppe* que

¹¹VON BOEHMER, *Observationes selectae ad Bened. Carpzovii Practicam Novam Rerum Criminalem Carolinam*, 1759, pars I, observatio II, quaestio 1, n° 62, fragmento traducido del latín al alemán por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 27 (cursivas añadidas).

¹²Según SCHEFFLER, *Jura*, 1995, “*Böhmer* fue quien, por vez primera, defendió una relación subjetiva y no objetiva del autor con el resultado causado: el conocimiento del peligro y, de ahí, el ‘deber habido querer’”, p. 356. Cfr. igualmente, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, p. 125: “mientras *Carpzov* sólo hacía depender la existencia de *dolus indirectus* de que el autor hubiera podido y debido prever el posible acaecimiento del resultado, este ‘deber-prever’, según *Böhmer*, sólo tiene trascendencia probatoria en caso de verdadera previsión” (cursiva en el original).

¹³LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 172. Igualmente, VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 553, afirma que *von Böhmer* “fue tal vez el primero que habló de una eventualidad”. Cfr. también, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 124-125.

¹⁴Las críticas de FEUERBACH a la teoría del *dolus indirectus* se encuentran en “*Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere*”, *Bibliothek des peinlichen Rechts der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, vol. II, 1804 (reimp., 1985), p. 234 ss. Su antecedente más inmediato es CHRISTIANI, “*Die Chimäre eines Todtschlages aus indirectem Vorsatz*”, *Niedersächsisches Archiv für Jurisprudenz, und juristische Litteratur*, vol. 1, 1788, p. 3 ss. Cfr. al respecto LESCH, *JA*, 1997, p. 804. Un buen número de autores vinculan el *dolus indirectus* al *versari in re illicita*, cuando en realidad, según afirma PUPPE, *ZStW*,

fue ésta una crítica injusta, pues *Carpzov* se había preocupado por distinguir claramente lo querido de forma directa de lo sólo indirectamente perseguido y, en este sentido, *Feuerbach* ignoró por completo el fundamento normativo de la teoría del *dolus indirectus*, juzgándola sólo en clave psicológica¹⁵.

Según *Puppe*, el hecho de que las anteriores críticas prosperasen implica “un giro histórico para la teoría del dolo”¹⁶. Así, tras la aportación de *Feuerbach* la discusión doctrinal plantea siempre la cuestión de la imputación dolosa como algo fundamentalmente referido a la representación y voluntad del autor, entendidas éstas como fenómenos de naturaleza psicológica¹⁷. Sin embargo, es posible que el espíritu del *dolus indirectus* perviva hoy en día en el juicio de previsibilidad que se realiza en la imputación objetiva, en el que no se indaga el contenido de representación

103 (1991), p. 26, *Carpzov* “recalcó una y otra vez que al autor sólo se le imputan como co-causados dolosamente los resultados directos y habituales que se producen junto con los efectos intencionados de una conducta” y “los diferenció de los resultados simplemente casuales”. Sobre lo erróneo de tal vinculación, cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 19 y JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, p. 380 (nota 27).

¹⁵PUPPE, NK, § 15, n° marg. 20-21 y LA MISMA, ZStW, 103 (1991), p. 28. Autores como VON BAR, ZStW, 18 (1898), p. 554, vinculan claramente los conceptos objetivos de dolo al proceso inquisitivo y rechazan su compatibilidad con los modernos procesos orales, donde rige la libre valoración de la prueba.

¹⁶PUPPE, NK, § 15, n° marg. 22 (cursiva en el original). Esta autora manifiesta sus dudas sobre si “realmente fue éste un avance histórico tan grande como generalmente se ha afirmado”, aunque admite que “otra cuestión es si el espíritu de aquellos tiempos habría permitido que el cambio de agujas se produjera en otra dirección”. En las teorías que actualmente *Puppe* propugna se pueden apreciar no pocos paralelismos con la antigua teoría del *dolus indirectus* (cfr. *infra* IV.2.D). JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, p. 380 (nota 27), está de acuerdo con *Puppe* en que el abandono del *dolus indirectus* “fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo”, añadiendo que “el problema de la ignorancia por desinterés espera desde entonces (...) a que se le dé una solución”.

¹⁷Así, por todos, VON LISZT, “Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess”, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlín, 1905 (reimp. 1970), p. 253. Este autor recalca las diferencias entre el dolo eventual y el *dolus indirectus* —que vincula al *versari in re illicita*— afirmando que el primero exige previsión efectiva del resultado, sin que baste con que el autor hubiera podido o debido prever.

del autor concreto, sino que se utilizan criterios sobre lo que es previsible para un hombre medio¹⁸. Como se analizará más adelante, otro ámbito en el que es muy posible que sobrevivan ocultos los argumentos del *dolus indirectus* es el de las máximas de experiencia que se suelen emplear para la determinación procesal del dolo¹⁹.

II.2. De Feuerbach a Horst Schröder

Como se ha dicho, las principales corrientes teóricas que se abren paso a medida que el *dolus indirectus* va cayendo en desgracia plantean la solución al problema del dolo como algo a resolver siempre en referencia a la subjetividad del concreto autor enjuiciado. Así, Feuerbach equipara el dolo a la intención entendida en sentido psicológico y junto a él establece la figura de la *culpa dolo determinata*, un criterio de imputación a aplicar en los casos en que el sujeto, en la comisión de un delito-base doloso, hubiera causado además un ulterior resultado lesivo previsto como posible, pero no querido²⁰. Sin embargo, esta propuesta no gozó de una acogida demasiado calurosa entre la doctrina y el término que se acabaría imponiendo para abarcar conceptualmente estas situaciones sería el de *dolo eventual*.

Las dos grandes teorías que predominan en el siglo XIX y en buena parte del XX se plantean como construcciones dogmáticas específicas para intentar resolver los intrincados límites entre el dolo y la imprudencia. Sin embargo, es difícil llegar a establecer en qué momento y con qué autor concreto el antiguo *dolus indirectus* objetivo da paso al moderno y

¹⁸Cfr., SCHEFFLER, *Jura*, 1995, pp. 351-352. Este autor afirma que para las teorías del *dolus indirectus* "hablando modernamente, era suficiente con la imputación objetiva".

¹⁹Cfr. *infra* IX.2.

²⁰El planteamiento de FEUERBACH en *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2ª ed., Giessen, 1803, § 59. En la 13ª edición del mismo *Lehrbuch* (§ 60, nota) MITTERMAIER califica la figura de la *culpa dolo determinata* de "errónea" y le acusa de "confundir casos diferentes". Sobre esta misma figura, cfr. HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 43 ss.

subjetivo *dolus eventualis*, pues en la doctrina se entremezclan constantemente leves variaciones conceptuales y terminológicas y, además, las fuentes son contradictorias²¹. En cualquier caso, las dos principales corrientes doctrinales en que se pueden agrupar los numerosos planteamientos que existen sobre la materia son *la teoría de la voluntad* y *la teoría de la representación*. Ambas plantean la cuestión del dolo como algo psicológico, es decir, un concepto a construir en referencia a una realidad que hay que ubicar en la subjetividad del autor y que, dentro de la estructura del delito, se sitúa en la culpabilidad.

A) *La teoría del consentimiento*

La teoría de la voluntad va tomando cuerpo entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, cuando las ideas sobre el dolo como intención psicológica se consolidan²². Durante este último siglo sus planteamientos

²¹Según KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 20, a partir de *von Almendigen*, a inicios del XIX, el antiguo *dolus indirectus* deriva hacia el actual *dolus eventualis*, para el que se exige siempre representación. Según este autor, la diferencia clave entre las antiguas doctrinas y la postura de *von Almendigen* radica en que éste niega el dolo cuando el autor se auto-persuade de que el resultado no va a producirse, independientemente de lo que pueda decir la experiencia general. Según GEBLER, *Über den Begriff*, p. 33, fue *von Böhrmer* quien abrió el camino al dolo eventual. Según LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 172, *von Böhrmer* sólo se refería al dolo eventual como sinónimo del dolo indirecto. FRANK, *ZStW*, 10 (1890), p. 173, afirma que el primero en exigir una representación con contenido propio frente a la antigua voluntad del *dolus indirectus* fue *Nettelbladt*. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 28-29 considera que el actual dolo eventual tiene sus raíces en el *dolus alternativus* de *Mittermaier*, formulado a mediados del XIX en FEUERBACH, *Lehrbuch*, 13ª ed., § 59 (nota); En HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 39 ss., se puede apreciar la evolución histórica del concepto de *dolus indirectus* y ver cómo con este término se llegaron a designar estructuras que poco tenían ya que ver con las ideas de *Carpzov*. El mismo HEMMEN, *ibidem*, p. 54, atribuye la paternidad del término *dolus eventualis* a *von Groß* y *Henke*. Finalmente, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 86, atribuye a *Henke* la primera formulación precisa del concepto de dolo eventual.

²²Según PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 28-29, los planteamientos de la teoría volitiva del consentimiento deben vincularse a las ideas formuladas por *Mittermaier* a mediados del XIX y plasmadas en la figura del *dolus alternativus*, que debía regir en aquellos casos en que el autor se había representado posibles consecuencias accesorias a su actuación y había estado conforme con ellas, de tal manera que, para el caso concreto, las había querido. Dichos

se extienden por Alemania, hasta devenir doctrina mayoritaria e inspirar la mayor parte de las sentencias del *Reichsgericht*²³. El planteamiento básico de esta teoría responde a la idea de que si el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica, esta definición debe ser válida incluso en los supuestos límite²⁴. El problema que se plantea a este modo de ver las cosas surge del hecho de que, en determinados casos, no es en absoluto evidente que se pueda afirmar que el sujeto haya querido la realización de la conducta típica y, sin embargo, tales supuestos parecen hacerse acreedores del castigo asignado a los delitos dolosos y no del previsto para los imprudentes²⁵. Para salvar este problema, a los partidarios de la teoría de la voluntad no les queda otro remedio que recurrir a ampliaciones del concepto “querer”, lo que efectúan admitiendo que también *quiere* el sujeto que además de la representación como posible de la realización del tipo, mantiene una “especial relación emocional” con el resultado o demás circunstancias del hecho que se deban dar²⁶. Más allá

planteamientos fueron expuestos por MITTERMAIER en la 13ª edición de FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 59 (nota).

²³Para un ejemplo especialmente representativo de esta jurisprudencia, cfr. la sentencia del *Reichsgericht* de 7 de diciembre de 1899 (RGSt, vol. 33, p. 5 ss), donde se sostiene que “la conformidad con el resultado es un elemento independiente que, como la conciencia de la posibilidad del resultado, requiere también de una determinación específica”. Puede encontrarse una lista de sentencias del *Reichsgericht* en que se siguieron estos planteamientos en VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903, pp. 6-7, MEZGER, *Tratado*, tomo II, pp. 165-166, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 93 y PUPPE, NK, § 15, n° marg. 25. La expresión que suele caracterizar la postura del *Reichsgericht* es la de que el sujeto debe haber estado de acuerdo (“*einverstanden sein*”) con el acaecimiento del resultado para que exista dolo; cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 255. Sobre la jurisprudencia del *Reichsgericht* acerca del dolo, GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 90 ss y VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 262 ss.

²⁴Cfr., por todos, VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 94: “hoy en día sólo existen dos formas de culpabilidad: dolo e imprudencia. El dolo eventual no es una tercera forma que se ubique entre las dos anteriores, sino solamente un caso especial de dolo”.

²⁵Tal problema se plantea porque, utilizando términos de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 256, los partidarios de la teoría de la voluntad trabajan de modo deductivo: parten de un concepto predefinido de dolo (“conocer y querer”) y, *a posteriori*, analizan en qué casos concurren ambos elementos.

²⁶ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 92. En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, pp. 247-248, expone, en tono crítico, que el *mérito* de la teoría de la voluntad (en

de la voluntad en sentido estricto, el querer es ampliado a otro género de "relaciones emocionales".

De acuerdo con esta idea y en función de las diversas versiones de la teoría de la voluntad, para que exista dolo eventual se considera suficiente que el sujeto "haya estado de acuerdo con la realización del tipo ("einverstanden sein"), la haya ratificado ("genehmigen"), se haya resignado a ella ("in Kauf nehmen"), haya estado de acuerdo con ella ("zustimmen"), la haya consentido ("einwilligen"), la haya aprobado ("billigen"), dado por buena ("gut heißen"), contado con ella ("rechnen mit"), incluido en sus objetivos ("in seinen Zweck einschliessen") o ambicionado eventualmente ("eventuell erstreben")²⁷. En los casos en que un sujeto hubiese actuado en la esperanza o con el deseo de que el tipo no se realizara, faltaba la relación emocional exigida para afirmar el dolo eventual y, desde estos planteamientos, sólo podía afirmarse una realización delictiva imprudente. De todas estas expresiones, las que iban a gozar de mayor éxito serían "aprobar" y "consentir"; por este motivo estas perspectivas se agrupan a menudo bajo el apelativo genérico de *teoría de la aprobación* ("Billigungstheorie") y, sobre todo, de *teoría del consentimiento* ("Einwilligungstheorie").

su variedad del consentimiento) está en que, ante la incómoda situación de no encontrar la voluntad del sujeto, pero tampoco querer castigar meramente por imprudencia, "disipa nuestros posibles escrúpulos: nos dice que el hecho, en realidad ha sido querido y que, por ello, no hay dificultad para imponer el castigo por delito doloso que parece exigir el 'sentimiento de justicia'". DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 140 (nota 1), afirma que la mutación de la voluntad en el dolo eventual en elementos como el "consentimiento" o la "aprobación" se debe a las dificultades de prueba que plantea la voluntad en sentido estricto; sin embargo, las dificultades de prueba son las mismas, pues tan difícil es probar una auténtica voluntad como una aprobación. Parece más acertado, por contra, atribuir este fenómeno a que la exigencia estricta de la voluntad deja fuera del dolo muchos supuestos que, sin embargo, parecen merecedores de la pena de los delitos dolosos.

²⁷La terminología proviene de ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 92, quien aporta un listado de los autores que defendieron estas ideas. Puede encontrarse otra relación de las expresiones usadas para caracterizar el elemento volitivo-emocional del dolo eventual por las diversas variantes de la teoría de la voluntad en VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 98-99 y HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 56. Según VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 255, entre todas estas expresiones no existe una diferencia sustancial.

A los defensores de estas teorías se les plantea el problema de cómo apreciar en cada caso si concurren o no las peculiares relaciones emocionales exigidas. Paradójicamente, la más exitosa de todas las propuestas formuladas para la resolución de esta problemática iba a ser la planteada a finales del XIX por *Reinhard Frank*, un partidario de la teoría de la representación. El mismo autor se encarga de explicarla comparando dos supuestos: el caso de un bandido que para probar la potencia de su fusil dispara a unas personas situadas a una gran distancia y el del individuo que fuma en la cama pensando en la posibilidad de provocar un incendio. ¿Qué diferencia existe entre ambos casos?

Yo creo —afirma *Frank*— que es evidente: el bandido habría disparado igualmente aunque hubiera sabido que se produciría la muerte. El fumador habría apagado el cigarrillo si hubiera sabido que iba a caer una chispa en la cama y que la casa iba a arder. La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo (...) Esto es lo que por aquí y por allá se denomina 'consentimiento'²⁸.

Esta forma de razonamiento, denominado *primera fórmula de Frank*, resultó especialmente atractiva para numerosos partidarios de la teoría de la voluntad, entre ellos *Robert von Hippel*, quien contribuyó de modo decisivo a su divulgación. El traslado de la *fórmula* a la teoría del consentimiento se plasma en la siguiente definición: *debe afirmarse que concurre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura*²⁹.

²⁸FRANK, *ZStW*, 10 (1890), pp. 210-211 y p. 217. La apelación de *Frank* al consentimiento debe interpretarse, en su postura personal, como un intento de demostrar que dicho elemento es superfluo. En un sentido similar emplea la *fórmula* VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20ª ed., trad. L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña, 3ª ed., Madrid, s/f, tomo II, p. 413 (nota 5), también partidario de la teoría de la representación. Según ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 97-98, la *primera fórmula de Frank* proviene de ideas ya expresadas en 1844 por *Breidebach*.

²⁹VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 140, entiende que debe concurrir dolo eventual "cuando el autor prefirió la producción conjunta del resultado apetecido y del antijurídico antes que la

Las críticas recibidas por su *primera fórmula* llevaron a que Frank variara parcialmente su postura y en trabajos posteriores plantea la denominada *segunda fórmula de Frank*³⁰: existe dolo cuando el autor, representándose como posible la realización del tipo, se dice a sí mismo: “con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actúo”³¹. Esta *fórmula* sustituirá o acompaña a la *primera* en las diversas ediciones de su obra, aunque, si se presta atención a la *segunda fórmula*, el elemento emocional del consentimiento ya no parece tener una sustancialidad propia, pues la *fórmula* sólo se basa en la concurrencia de dos elementos: primero, que el autor se represente la posibilidad del resultado (“con independencia de lo que pueda pasar...”) y, segundo, que pese a ello lleve a cabo su conducta

renuncia a sus intereses”, e imprudencia “cuando actuó en la esperanza de que el resultado no iba a acaecer”. La *primera fórmula de Frank* se debía emplear para probar en qué casos se dio dicha preferencia por parte del autor y von Hippel, como afirma GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 59, se convirtió en su auténtico “apologista”. Sobre la adopción de la *primera fórmula* por la jurisprudencia del *Reichsgericht*, cfr. VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 96 ss. GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 58, entiende que a partir de la *primera fórmula de Frank* conviven dos teorías del consentimiento distintas: una teoría del consentimiento *positiva* —que excluye el dolo cuando el autor espera o se ha persuadido de que el resultado no va a producirse— y otra *hipotética*, que se basa en los planteamientos de la *primera fórmula*. En GROSSMANN, *ibidem*, pp. 61-62, puede encontrarse una clasificación de partidarios de la *Einwilligungstheorie* en función de si se adhirieron a su formulación hipotética, se basaron en ideas como que las esperanzas excluyen el dolo, en la *segunda fórmula de Frank* o en otros planteamientos mixtos.

³⁰Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 100. Según GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 61, no está claro qué papel desempeñaban las dos *fórmulas* de Frank, es decir, si eran meros medios de prueba o auténticas definiciones, ni cómo se interrelacionaban, entre otras cosas, porque el mismo Frank fue variando su propio punto de vista en diversos trabajos. Desde luego, en la traslación de la *primera fórmula* a la teoría del consentimiento llevada a cabo por VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 99-101, dicha *fórmula* se postula como “prueba práctica” de la existencia del elemento volitivo-emocional del dolo eventual.

³¹Sobre las diversas redacciones que Frank dio a su *segunda fórmula*, cfr. GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 60-61. Según este autor, la *segunda fórmula* ya no puede entenderse desde la perspectiva hipotética, sino que constituye una modalidad positiva de la teoría del consentimiento, en la medida en que parte de una concreta y existente realidad psíquica. Así, añade GROSSMANN, *ibidem*, p. 74, que “la segunda fórmula no supone una mejora de la primera, sino un completo abandono de ésta”.

("... en cualquier caso, yo actúo"), esto es, acción acompañada de representación³².

El éxito de la *segunda fórmula* ha sido, juzgado con la perspectiva de un siglo, mucho mayor que el de la *primera*. El hecho de que ya no obligue al juez a enfrentarse con una hipótesis, sino con el auténtico contenido de representación con que ha actuado el sujeto libera a esta *fórmula* de la mayor parte de críticas dirigidas contra su predecesora³³. No obstante, el elemento volitivo-emocional del dolo eventual aparece claramente desdibujado en la *segunda fórmula de Frank*.

La teoría del consentimiento en sus diversas versiones se ha hecho acreedora, a lo largo de la historia de la moderna dogmática jurídico-penal, de un incontable número de críticas. Ante todo, a la *primera fórmula de Frank*, se le reprocha que no fundamente la existencia de dolo en un hecho real, sino en una mera hipótesis: cómo habría actuado el sujeto en caso de saber con certeza que se iba a producir el resultado³⁴. Dado que la

³²SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 167, entiende que si se desvincula la *segunda fórmula* de la *primera* se llega a la teoría de la representación. ROSS, *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979, pp. 88-89, afirma, por su parte, que "es una ilusión creer que con esta [segunda] fórmula se ha eliminado el elemento hipotético [de la primera]", pues en el caso de la *segunda fórmula* lo que debe haber tenido claro el autor es que no habría dejado de actuar aun habiendo conocido la segura producción del resultado. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 172, critica a la *segunda fórmula* que obligue a acreditar que el sujeto "se ha planteado conscientemente todas y cada una de las circunstancias que constituyen la base de su culpabilidad. Y esto, si somos realistas, no sucede normalmente". De hecho, en la *segunda fórmula* los elementos del dolo parecen más bien tomar como punto de referencia la conducta peligrosa y no el resultado. En este sentido, AMBROSIUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Berlín, Neuwied, pp. 33-34, pone de manifiesto el equívoco uso que suele darse al elemento volitivo del dolo eventual en los términos de la teoría del consentimiento, dado que en unas ocasiones se refiere a la conducta y en otras al resultado.

³³Cfr., no obstante, las críticas de PRITTWITZ, "Dolus eventualis und Affekt", GA, 1994, p. 454 ss, en el sentido de que la *fórmula*, o al menos el uso que de ella se hace, no parecen tener en cuenta que en las situaciones en que el sujeto actúa inmerso en un estado pasional éste no lleva a cabo la reflexión sobre el potencial lesivo de su comportamiento exigida por dicha *fórmula*.

³⁴Así, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331: "dado que el autor se ha decidido en una situación de duda, este método conduce a enjuiciar otra situación psíquica distinta a la que concurre en

fórmula exige que el juez pruebe un hecho que nunca ha acaecido, y dada la poca credibilidad que merece la declaración del acusado, muchos autores opinan que el juicio se acaba llevando a cabo a partir de la personalidad del sujeto, esto es, los bandidos actúan dolosamente, los fumadores irresponsables lo hacen de modo imprudente³⁵. En este sentido, resulta paradigmático el ejemplo expuesto en su *Tratado* por Jiménez de Asúa, uno de los principales partidarios de las *fórmulas* en la doctrina hispana:

Una prostituta que padece cierta enfermedad venérea mantiene relaciones sexuales con un *cliente*. Según este autor, la prostituta, "deseosa de no perder el precio de su 'trabajo', consiente en la eventual transmisión de la enfermedad" y actúa, por tanto, dolosamente. En una segunda variante del caso, quien padece la enfermedad es el *cliente*: afirma al respecto Jiménez de Asúa que "el frecuentador de prostitutas que se sabe aquejado de un mal venéreo prevé la posibilidad de transmitírselo a la mujer con quien yace; pero espera que no ocurrirá así y de haber estado seguro de que contaminaría su blenorragia o su sífilis se hubiera abstenido del coito"³⁶. En consecuencia, el cliente sólo actúa de forma imprudente.

el hecho". Cfr., igualmente, la crítica de SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 164. Según SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 98, otro problema de la teoría del consentimiento es que no aporta criterio alguno para fundamentar la responsabilidad cualificada de los delitos dolosos. Sin embargo, esta crítica no parece de recibo, porque en realidad las teorías del consentimiento no hacen otra cosa que buscar en el dolo eventual el elemento volitivo que, como premisa inicial básica, postulan como único criterio válido para establecer el salto cualitativo que se da entre delitos dolosos e imprudentes.

³⁵Ya en este sentido, VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 550, "el fundamento de la decisión es únicamente que el fumador es buena persona y el bandido mala"; LACMANN, "Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes", *GA*, 1911, p. 118, afirma que la *fórmula* en cuestión conlleva "que la acción no se juzgue según su concreto fundamento psíquico, sino según el carácter del autor"; ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 193, afirma que la *primera fórmula de Frank* supone un peligro para el Derecho y la Justicia; ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 87-89, hace extensiva la crítica a la *segunda fórmula de Frank*. En la doctrina española, cfr. las críticas formuladas por GIMBERNAT ORDEIG, "Acerca del dolo eventual", pp. 252-254, un punto de vista plenamente compartido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 131 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 173 ss.

³⁶JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V., p. 624. Cfr. las críticas de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 180-181, quien afirma que, según las conclusiones de Jiménez de Asúa, "los marginados actúan con dolo eventual, los trabajadores honestos, sin dolo".

Más allá de las *fórmulas*, otro serio problema que plantea la teoría del consentimiento se debe a que, de entrada, resulta más que discutible que las formulaciones con que se designa el elemento volitivo propio del dolo eventual puedan identificarse con la auténtica voluntad. Por ello, a los autores que se inscriben en esta línea doctrinal se les suele acusar de trabajar con “sucedáneos de voluntad” no conjugables con el “querer” que, sin embargo, a nivel de declaraciones teóricas iniciales, exigen para toda forma de dolo³⁷. Pese a todas estas críticas, la teoría se extiende con sus múltiples variantes y en España, por ejemplo, goza de una gran acogida tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, llegando con más o menos cambios, hasta la actualidad³⁸.

³⁷Ya VON LISZT, *Tratado*, tomo II, p. 410 (nota 2) afirmó que “es violentar el lenguaje corriente el designar como ‘querido’ el resultado no deseado y hasta ‘desagradable’”. En tiempos más recientes, cfr. PUPPE, NK, § 15, n° marg. 31 y JESCHECK, “Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff”, en *Existenz und Ordnung*, Wolf-FS, Francfort d.M., 1962, p. 480. Dándole la vuelta a la crítica, cuestiona ARMIN KAUFMANN, “Der dolus eventualis im Deliktsaufbau”, en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, 1982, p. 66, por qué la aprobación (“Billigung”) que se considera decisiva en el dolo eventual no desempeña papel alguno en el dolo directo. Según KINDHÄUSER, “Vorsatz als Zurechnungskriterium”, *ZStW*, 96 (1984), p. 23, las expresiones utilizadas por las teorías de la voluntad en el ámbito del dolo eventual no son reconducibles a la voluntad que se predica para el dolo directo: “semejantes formulaciones tienen un significado distinto a ‘querido’, ‘intencionado’ o ‘ambicionado’ con las que se expresa correctamente el querer. Tampoco pueden ser observadas como un *minus* frente a las locuciones citadas. Aprobar no es una actitud psíquica que lentamente pueda ser reforzada hasta un querer. Que A apruebe la muerte de B o que A quiera la muerte de B son dos cosas distintas (...) Se ‘aprueba’, ‘consiente’ o ‘está de acuerdo’ con la acción de otra persona. Nadie aprueba su propia acción en el significado normal de la palabra, ni nadie está de acuerdo con ella”.

³⁸Así, en España sería adoptada por autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 617, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 227, o SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, pp. 677-678. Referencias bibliográficas de otros partidarios españoles de esta teoría en GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, p. 248. Sobre los argumentos básicos en que dichos autores basaban su adhesión a la teoría del consentimiento, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 176. Más recientemente se adhieren a la teoría del consentimiento, entendida ésta como la exigencia de “aprobación, aceptación o ratificación del resultado”, GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, “El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales”, *RDPC*, 6 (1996), p. 261 y TORÍO LÓPEZ, “Acción peligrosa y dolo — Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, en *Elementos subjetivos*, p. 175, quien configura el dolo exigiendo voluntad o conformidad del sujeto con el resultado, entendidos estos elementos como

B) La teoría de la probabilidad

A diferencia de los partidarios de la teoría del consentimiento, los autores que se inscriben en la teoría de la representación no intentan mantener a toda costa la definición general del dolo como conocer y querer cuando se encuentran con *casos fronterizos*, sino que se plantean en abstracto en qué supuestos concurre un grado de culpabilidad lo bastante sustancial para considerar que el sujeto es merecedor de la pena de los delitos dolosos³⁹. Así, estos autores advierten que tal merecimiento puede concurrir en casos en que un sujeto, sin querer propiamente la realización del tipo, actúa siendo consciente (representándose) de que existe un cierto riesgo de dicha realización⁴⁰. La cuestión que se plantea entonces es el nivel de representación con que debe actuar un sujeto para que pueda considerarse dolosa su conducta. Uno de los primeros en aportar una respuesta sería *Konrad Hagen* a finales del siglo pasado; según este autor, el consentimiento es un requisito superfluo, pues para el dolo es suficiente con que el sujeto haya actuado pese a “contar con el resultado”, no bastando en este sentido que se haya representado el acaecimiento de tal resultado como simplemente posible, sino que es necesario que lo prevea como probable⁴¹.

una “posición interna” del sujeto. Por lo que a la jurisprudencia respecta, cfr. las referencias aportadas por CEREZO MIR, *Curso*, vol. II, p. 140 (nota 98).

³⁹Cfr., PUPPE, NK, § 15, n° marg. 66. La forma de razonamiento de estos autores es, por tanto, inductiva: a partir de los supuestos singulares que juzgan merecedores de la pena del dolo, construyen la definición de éste.

⁴⁰Los partidarios de la teoría de la representación entienden la voluntad como un elemento referido a la acción, sin que sea necesario que se extienda hasta el resultado. Cfr. la definición aportada por LUCAS, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883, p. 8, “el dolo se basa en la *voluntad dirigida a la ejecución de una acción* unida a la conciencia de la existencia de aquellas circunstancias fácticas que hacen que esté conminada penalmente por la ley” (cursiva añadida).

⁴¹HAGEN, “Der Vorsatz und seine Feststellung”, *ZStW*, 19 (1899), pp. 177-178. LACMANN, “Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem”, *ZStW*, 30 (1910), p. 794, retrotrae este pensamiento a una frase de *von Almedingen*: “si preveo una relación causal de

Para la *teoría de la probabilidad* —versión de la teoría de la representación más extendida— el salto entre dolo e imprudencia está en función únicamente del grado de probabilidad con que el autor se haya representado la realización de la conducta típica: si, pese a haberse representado como probable la realización del tipo, el sujeto decidió actuar, concurre dolo; si se representó tal realización simplemente como improbable, concurre imprudencia⁴². Lo superfluo de la voluntad se advierte en los casos de dolo directo de segundo grado, respecto a los cuales nadie discute su condición de dolosos, pese a no existir en ellos un elemento volitivo con contenido propio⁴³. Si para la teoría del consentimiento el centro de gravedad en la cuestión del dolo lo ocupaba la relación emocional del sujeto con el resultado, en los planteamientos de la teoría de la probabilidad pasa a ocuparlo la conducta peligrosa, que el sujeto debe conocer como tal, sin que sea necesaria actitud emocional de ninguna clase⁴⁴.

una acción como posible o probable y, sin embargo, llevo a cabo dicha acción, entonces he querido el curso causal en cuestión”.

⁴²Los más renombrados partidarios de la teoría de la probabilidad fueron LUCAS, *Die subjektive Verschuldung*; LÖFFLER, “Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, *ÖZSt*, 1911; LACMANN, *ZStW*, 30 (1910), p. 767 ss; GROSSMANN, *Die Grenze*; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 1921, p. 609 ss. Para una relación de autores más exhaustiva, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 107.

⁴³Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 66. Con respecto a la teoría de la voluntad afirma SAUER, *Derecho penal (Parte general)*, 3ª ed., 1955, trad. J. del Rosal y J. Cerezo, Barcelona, 1956, p. 253, que ésta “tiende a construcciones forzadas, sin fuerza vital, sólo para salvar la concepción de la culpabilidad, que ella misma ha determinado defectuosamente en el concepto general de culpabilidad y luego tiene que colocar de algún modo en el dolo; una falsa concepción de la culpabilidad se venga en el concepto de dolo”.

⁴⁴Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, “Acerca del dolo eventual”, pp. 251-252. Algunos seguidores de la teoría de la probabilidad reclaman su descendencia del *dolus indirectus*, en la medida en que en esta figura la imputación a título de dolo de las consecuencias accesorias también dependía de un juicio de probabilidad; cfr. GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 43-44. Sin embargo, es evidente que mientras para la teoría del *dolus indirectus* la probabilidad era algo que debía fijarse objetivamente, prescindiendo de cuál hubiera sido el auténtico contenido de representación del sujeto, los partidarios de la teoría de la probabilidad fundamentan el dolo en que el juicio de probabilidad haya sido efectivamente llevado a cabo.

En este sentido, afirma *Löffler* que “la culpabilidad del autor [doloso] se distingue en que éste tenía la representación de un posible resultado anti-social a consecuencia de su actuación y, sin embargo, ha actuado. No ha tenido en dicha representación un contramotivo decisivo y por ello se le caracteriza como un hombre a quien no importan los bienes sociales”⁴⁵. Como se puede apreciar, la teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión motivacional —“la representación del resultado en cuestión no aporta un motivo contrario a la ejecución de la acción”, en palabras de *Lacmann*— pero se diferencia de la teoría del consentimiento, en que esta última entra a valorar los motivos e intenciones del sujeto, mientras que los autores de la teoría de la probabilidad se limitan a constatar un déficit de motivación sin que importen sus causas⁴⁶. Al mismo tiempo, los partidarios de la teoría de la probabilidad intentan demostrar con ejemplos gráficos los resultados absurdos a que puede llevar la aplicación de la *primera fórmula de Frank* en supuestos que, sin embargo, la teoría de la probabilidad parece solucionar adecuadamente. En este sentido, el ejemplo más famoso fue planteado por *Lacmann*:

alguien promete veinte marcos a un muchacho si acierta a la bola de cristal que una señorita sostiene con las manos en una caseta de tiro al blanco sin lesionar a ésta. Él sabe que no es un gran tirador y se dice: “es bastante probable que alcance la mano de la chica. Si esto sucede pondré rápidamente tierra por medio; sin embargo, si sale bien, veinte marcos serán para mí un buen negocio”. El muchacho dispara y alcanza a la chica en la mano. Según *Frank y von Hippel* sólo se le debe castigar por imprudencia, pues resulta evidente que habría omitido el disparo si hubiera sabido que no acertaría en el objetivo; la esperanza de alcanzar la bola sin lesionar a la chica determina su resolución⁴⁷.

⁴⁵LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 149-150.

⁴⁶LACMANN, GA, 1911, p. 113. Cfr., también, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 137 y PUPPE, NK, § 15, n° marg. 67.

⁴⁷LACMANN, “Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch”, *ZStW*, 31 (1911), pp. 157-159. Este autor critica a *Frank y von Hippel* por haber creado una distinción entre formas de culpabilidad basada en el carácter del sujeto y demuestra que la *primera fórmula de Frank* fracasa en los casos en que el sujeto actúa movido por un afán egoísta. El caso también se recoge y comenta en LACMANN, GA, 1911, p. 118.

La mayoría de autores que se alinearon con los postulados de la teoría de la probabilidad sólo defendían una solución para aquellos casos en que no hubiera intención de realizar el tipo por parte del sujeto y, en tal medida, sus conclusiones en el ámbito del dolo eventual no llevaron, por regla general, a una redefinición global del dolo⁴⁸. En este sentido, el principal impedimento para tal tarea venía dado por aquellos supuestos en que el sujeto, pese a ser consciente de la escasa probabilidad de que su conducta causara el resultado típico, actuaba, sin embargo, con la intención de provocarlo, como en el famoso *caso del tirador inexperto* que dispara a matar desde una gran distancia con una escopeta que tiene un punto de mira mal calibrado y, sin embargo, alcanza su objetivo. En estos casos, al ser el sujeto consciente de la escasa probabilidad de dar en el blanco que entraña su conducta sólo se le debería castigar por delito imprudente⁴⁹. Para evitar esta solución, muchos partidarios de la teoría de la probabilidad consideran que, existiendo intención, basta para el dolo con que el sujeto se haya representado como posible la realización del tipo⁵⁰. Sin embargo, esta corrección *ad hoc* impide construir un concepto general de dolo asentado exclusivamente en la idea de representación de la probabilidad⁵¹.

⁴⁸ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 106. Las contadas excepciones en *ibidem*, p. 166 ss.

⁴⁹Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 106. En sentido similar, SCHMIDHÄUSER, "Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit", *GA*, 1957, p. 309, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 21 y PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 68-69.

⁵⁰Esta idea es defendida por autores como LACMANN, *GA*, 1911, p. 121. Por contra, SAUER, *Grundlagen*, pp. 609-611, se niega a aceptar que el dolo eventual sea un dolo debilitado y mantiene que éste requiere en todo caso el conocimiento de la probabilidad, quedando por tanto fuera del dolo los casos en que el autor sólo se representa una escasa probabilidad de acaecimiento del resultado, por mucho que actúe con intención de causarlo (cfr. *ibidem*, p. 617 ss). Esta solución, coherente desde el plano teórico, plantea el problema de que sólo castiga como homicida imprudente al *tirador inexperto* del ejemplo.

⁵¹Como bien aprecia KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66, si se admite que cuando el sujeto actúa con intención no hace falta que se represente el resultado como probable, no es posible una construcción teórica general en que se armonicen todas las modalidades de dolo.

Las críticas que se dirigen contra la teoría de la probabilidad son numerosas⁵². En primer lugar, se reprocha a dicha teoría que base la diferencia entre dolo e imprudencia en un criterio meramente cuantitativo —grado de probabilidad representado— que, según numerosos autores, no permite justificar adecuadamente el salto de pena que se da entre lo doloso y lo imprudente⁵³. En segundo lugar, los autores de la teoría del consentimiento advierten que con el criterio de la representación de la probabilidad habría que considerar constitutiva de homicidio doloso, por ejemplo, la conducta del médico que llevase a cabo una operación muy arriesgada, siendo consciente de que existía una gran probabilidad de que el paciente muriese a consecuencia de la intervención⁵⁴. Entienden los primeros autores que sólo la exigencia del elemento emocional permite dejar estos casos fuera del ámbito de lo doloso. Sin embargo, es evidente que hoy en día el carácter delictivo de supuestos como éste se excluye sin dificultades, ya sea en el ámbito de la imputación objetiva o de la justificación⁵⁵.

Otra de las críticas habituales recurre al ejemplo en que un sujeto juzga improbable (o incluso imposible) la producción de un determinado evento, “apoyándose de forma casi siempre irracional en la esperanza de que todo saldrá bien”⁵⁶. En estos supuestos, en que el sujeto juzga improbable lo que a todas luces tiene serios visos de acaecer, parece indiscutible que la teoría de la probabilidad puede comportar un privilegio para los individuos más irreflexivos⁵⁷. Un cuarto motivo de crítica frecuente viene da-

⁵²Ya en 1924, GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 48-53, enumeró las críticas que se habían dirigido contra esta teoría, de la que él mismo era partidario.

⁵³Así, por ejemplo, SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 228.

⁵⁴Un ejemplo al que acude recientemente, contra la teoría de la probabilidad, TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, pp. 173-175.

⁵⁵En este sentido, ya en 1949, SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 242-243. En la misma línea SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 243-244.

⁵⁶Cfr. ROXIN, *JuS*, 1964, p. 60.

⁵⁷Algo que se admite, por ejemplo, en los planteamientos de HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), p. 178 (nota 56). No parece justo, sin embargo, que la presente crítica se dirija en exclusiva a la

do por la dificultad que comporta desentrañar los límites entre lo probable y lo improbable. En este sentido, afirma *Mir Puig* que la presente teoría no aporta criterios útiles para los casos en que “la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña”, añadiendo que “es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20%, o el 30%, pongo por caso— como frontera de dolo y culpa consciente”⁵⁸. A esta objeción se le puede, sin embargo, replicar que en el lenguaje cotidiano se utilizan a menudo las expresiones “probable” e “improbable”, sin que dicho uso en la mayoría de los casos obedezca a un cálculo numérico detallado de probabilidades. Así, considera *Puppe* que esta crítica no tiene razón de ser, pues en el lenguaje cotidiano se emplean palabras que designan una multiplicidad de objetos sin necesariamente tener que proceder a su cuantificación: “la palabra ‘montón’ tiene un sentido y es posible utilizarla aunque nadie puede contestar a la pregunta de cuántos granos de trigo hacen un montón”⁵⁹.

Una última crítica, tal vez la más importante, es la que toma por base el siguiente ejemplo⁶⁰:

Dos amigos juegan a la ruleta rusa, apuntando a la sien de uno de ellos con un revólver que sólo tiene puesta una de las seis balas que caben en el tambor. La probabilidad de

teoría de la probabilidad: también las teorías volitivas, en la medida en que exigen un cierto grado de representación, pueden encontrarse con problemas ante supuestos como éste.

⁵⁸MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 25. En sentido similar, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 105. Se une a la crítica con ulterior fundamentación JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 327 (nota 47). LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal*, p. 267, afirman que la teoría de la probabilidad deja sin resolver los casos en que se da una probabilidad mediana, que son los que mayores dificultades producen en la práctica. Ver también la intervención de *Dreher* ante la Comisión codificadora alemana en *Niederschriften*, vol. XII, p. 104, en la que se afirma por parte de este autor que la teoría de la probabilidad “no aporta ningún límite claro con el que la praxis pueda empezar”. En idéntico sentido, WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 666.

⁵⁹PUPPE, *NK*, § 15, n° marg. 75.

⁶⁰HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 251.

que salga la bala es de 1 contra 5, es decir, aproximadamente del 17%, con lo cual es más probable un desenlace sin muerte que a la inversa.

Una aplicación estricta de la teoría de la probabilidad lleva a afirmar que, caso de salir la bala, sólo debe castigarse a quien dispara como autor de un homicidio imprudente, puesto que éste tenía claro que lo más probable es que la muerte no llegara a acaecer. Afirmar lo contrario sería decir que eran probables dos realidades que se auto-excluyen, lo cual es ilógico, porque si una es probable (en este caso que no muera nadie) necesariamente la otra tiene que ser improbable y así, por regla general, representárselo el sujeto⁶¹. La teoría de la probabilidad fracasa ante supuestos como éste⁶².

Todos estos problemas han acabado por determinar la práctica desaparición de la teoría de la probabilidad del ámbito de la discusión dogmática posterior a la Segunda Guerra Mundial⁶³. En este sentido, tal vez lo que haya pesado más sea su error de base pues, como afirmó *Armin Kaufmann*, "la teoría de la probabilidad es ya de entrada sólo una teoría del dolo eventual"⁶⁴. Ciertamente parece indiscutible que con este planteamiento se hace imposible desarrollar una clasificación tripartita del dolo que armonice con una definición general de dolo como conocer y querer o un concepto global de dolo meramente cognitivo que no castigue sólo como imprudentes casos como el del *tirador inexperto*. Con todo, el espíritu de la teoría de la probabilidad pervive aún hoy en buena parte de los planteamientos de las teorías meramente cognitivas que actualmente se defienden⁶⁵.

⁶¹Cfr. ulteriores comentarios a este problema en *infra* nota 100.

⁶²Una última crítica en BURKHARDT, *Jenseits des Rubikon*, p. 325 (nota), donde se cuestiona la validez de la teoría de la probabilidad desde un punto de vista psicológico.

⁶³La teoría de la probabilidad se ha mantenido minoritariamente por autores como H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, Stuttgart, Berlín, Colonia, Mainz, 1967, p. 121 y ROSS, *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979.

⁶⁴KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66. Ver igualmente las observaciones de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 618. De acuerdo, SANCINETTI, *Teoría*, p. 161.

⁶⁵Cfr. *infra* III.2.

C) Otras perspectivas

Las considerables dimensiones adquiridas por el enfrentamiento entre la teoría de la probabilidad y la del consentimiento apenas parecen haber dejado espacio para otros planteamientos doctrinales sobre el dolo en el intervalo histórico que va del siglo XIX a los años 50 del presente siglo. Sin embargo, los hubo y, básicamente, pueden agruparse en dos grandes direcciones: *las teorías objetivas y las teorías de la posibilidad*.

Como de su nombre se deduce, en las *teorías objetivas* se encuadran aquellos puntos de vista que entienden el problema del dolo como una cuestión a tratar desde un punto de vista no-psicológico, aunque, como afirma *Engisch*, sea difícil encontrar denominadores comunes en la diversidad de sus postulados⁶⁶. Se inscriben en esta línea autores como *Hauser* y, en especial, *Klee*, cuyo pensamiento se vincula al antiguo *dolus indirectus*⁶⁷. Así, según este último autor, existe dolo

cuando el sujeto condicionó un riesgo de producción del resultado y fue consciente de aquellas circunstancias del hecho cuya concurrencia, según la opinión general, engendra un peligro de dicha producción, teniendo en cuenta que debe poder hablarse de un *putare debere* del autor en relación con este peligro (...). Para afirmar si existe o no un peligro que fundamente el dolo, lo determinante no es la opinión subjetiva del autor, sino el juicio general por medio de la ciencia y la experiencia⁶⁸.

Evidentemente, estas teorías no estaban en absoluto en sintonía con el paradigma psicologicista que para el dolo había propiciado *Feuerbach* y,

⁶⁶Cfr. *ENGISCH, Untersuchungen*, p. 116, donde, además, se aportan referencias de los autores que se inscriben en esta corriente doctrinal.

⁶⁷HAUSER, "Zur Lehre vom strafrechtliche Vorsatz", *GS*, 54 (1897), p. 1 ss y KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906.

⁶⁸KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 23.

por ello, su peso específico en la discusión del XIX es leve, desapareciendo de los escenarios del debate a medida que transcurren los años⁶⁹.

La segunda línea, *la teoría de la posibilidad*, no es más que una modalidad de la teoría de la representación que integran todos aquellos autores que para la afirmación del dolo consideran suficiente con que, al actuar, el sujeto se haya representado la posibilidad de realización típica⁷⁰. Históricamente estos planteamientos son defendidos por autores como *Nettelbladt*, aún en el siglo XVIII, y *Bruck*, o *Wolff* a finales del XIX y principios del XX⁷¹. Así, *Bruck* rechaza la existencia de la imprudencia inconsciente y afirma que “si quien actúa tiene en cuenta la posibilidad del resultado se encuentra ya *in dolo*, por lo menos en *dolo eventuali*, ya no cabe hablar de culpa”⁷². *Wolff*, por su parte, sostiene que, para afirmar el dolo, el resultado se debe aventurar como posible *in concreto*⁷³. Evidentemente, estos planteamientos fueron criticados por los partidarios de las teorías dominantes, aunque el *Reichsgericht* llegó a acogerlos en un buen número de

⁶⁹En tono crítico con los planteamientos de esta teoría, LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 148, por entender que con ella se crea un concepto de dolo demasiado amplio, que no deja lugar a la imprudencia consciente. Críticas específicas a *Klee* por basar el dolo en “una característica de la acción (...) que no tiene nada que ver con la interioridad”, en LACMANN, *GA*, 1911, p. 110 (nota 4). Contundente, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 136: “la teoría objetiva no tiene cabida alguna entre teorías que trabajan con criterios puramente subjetivos”.

⁷⁰En general, para estos autores, ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 119-122.

⁷¹NETTELBLADT en NETTELBLADT/GLÄNTZER, *De homicidio ex intentione indirecta comisso*, 1756; BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885; WOLFF. Entre la teoría de la posibilidad y la de la probabilidad se sitúa otro autor del XIX, VON WICK, “Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes” *ACR*, 1857, p. 599, quien exigía para el dolo que el sujeto se hubiera representado como posibles los hechos de los que depende la punibilidad del delito, entendida esta expresión en el sentido de “no improbables”, terminología que retoma en las últimas décadas *Jakobs* (cfr. *infra* IV.2.B).

⁷²BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, p. 17.

⁷³Cfr., sobre este autor, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 120. No siempre resulta sencillo diferenciar esta línea doctrinal de la teoría de la probabilidad. Así, por ejemplo, un autor como SAUER, *Derecho penal*, pp. 268-271, tradicionalmente encuadrado en esta última teoría, emplea de forma indistinta las expresiones “probabilidad” y “posibilidad próxima”.

sus decisiones, a menudo escondidos bajo los ropajes formales de la teoría del consentimiento⁷⁴.

En 1949 *Horst Schröder* retomaría estos puntos de vista partiendo, en primer lugar, de que entre dolo e imprudencia no existe una diferencia cuantitativa que permita ir subiendo o bajando la frontera que separa ambas figuras, sino un reproche específico para cada una de ellas y, en segundo lugar, afirmando la necesidad de trazar unas fronteras contundentes "allá donde ambos conceptos encuentren su delimitación natural"⁷⁵. *Schröder* afirma que la clave de la cuestión radica en decidir si entre el actuar con la conciencia de la posibilidad de realización del tipo y el actuar con la certeza de tal realización existe un salto cualitativo suficiente para fijar el límite entre dolo e imprudencia. Desde su perspectiva no es así, pues entre ambas formas de conocimiento sólo se da un salto cuantitativo que no puede explicar la diferencia de reproche entre lo doloso y lo imprudente⁷⁶. Además, la norma penal de los llamados delitos de lesión no sólo comprende una prohibición de lesión, sino también una prohibición de puesta en peligro, lo que implica que, junto a la lesión, también debe estar prohibida penalmente la posibilidad de lesión⁷⁷. En buena lógica, por tanto, el dolo tiene que empezar ahí donde el sujeto actúa siendo consciente de dicha posibilidad.

⁷⁴Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 93, donde se puede encontrar una relación de las sentencias en que se aplica esta teoría. Ver también en este sentido, ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 95-97 y la relación de LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 148. También asevera este hecho GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 92 ss. Crítico con estos planteamientos del *Reichsgericht*, VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), pp. 548-549. El reproche comúnmente dirigido contra estas teorías fue el de ampliar desmesuradamente el alcance del dolo; en este sentido, LUCAS, *Die subjektive Verschuldung*, p. 16.

⁷⁵Cfr. SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 207-208.

⁷⁶Salto cuantitativo al que de algún modo no niega importancia dentro del ámbito del mismo dolo y recomienda *de lege ferenda* una atenuación facultativa para los casos en que concurre una mera conciencia de posibilidad; cfr. SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 247.

⁷⁷SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 226.

De acuerdo con las anteriores ideas, los razonamientos de Schröder desembocan en dos conclusiones fundamentales. En primer lugar,

*dolo eventual significa actuar con la representación de posibles lesiones. La totalidad del ámbito de duda pertenece, por tanto, al dolo. Su límite se encuentra donde acaba la duda, y la imprudencia empieza donde el acaecimiento del resultado desvalorado sea imposible o donde la posibilidad de un mal desenlace se estime tan pequeña que no haga falta tenerla en cuenta*⁷⁸.

Y, en segundo lugar, la que tal vez sea su frase más famosa:

*no existe diferencia alguna entre imprudencia consciente e inconsciente (...) toda imprudencia es imprudencia inconsciente. Sólo así es posible una separación clara y objetivamente satisfactoria entre culpabilidad dolosa e imprudente*⁷⁹.

Uno de las principales reproches que se ha dirigido contra este autor y, en general, contra la teoría de la posibilidad, es el que les acusa de crear un concepto de dolo amplísimo, en el que tendrían cabida todos aquellos casos que tradicionalmente se han incluido en el ámbito característico de la imprudencia consciente⁸⁰. Sin embargo, resulta harto discutible que tal

⁷⁸SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 243 (cursiva añadida). Afirma este autor (*ibidem*, p. 241) que “quien por ejemplo —como en el caso de *Frank* tan a menudo utilizado— fuma en la cama y provoca un incendio, no tendrá en toda regla la conciencia de una verdadera posibilidad, sino que llegará a la conclusión: ‘como soy cuidadoso está descartado cualquier incendio’. O habrá visto en todo caso tan alejada dicha posibilidad que, con razón, la tomará como *quantité négligeable*”. Esta perspectiva será retomada pocos años después por *Schmidhäuser*, quien formulará su idea de la *eliminación mental* del riesgo (cfr. *infra* III.2). Ocasionalmente, planteamientos como los de *Schröder* han sido seguidos también por el TS español, que en su sentencia de 5 de abril de 1993 (A 3036, ponente Delgado García), sostiene que “si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal no hemos de hablar de error de tipo, sino de dolo eventual”.

⁷⁹SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 245 (cursiva añadida). Estas afirmaciones recuerdan a las ya realizadas por VON WICK, *Ueber Vorsatz und Absicht*, Rostock, 1866, p. 88: “según nuestra definición, imprudencia es la indiferencia inconsciente frente al resultado, mientras que el dolo es la indiferencia consciente. Entre estos dos conceptos existe una diferencia específica, una oposición, la oposición entre el saber y el no saber”.

⁸⁰En este sentido, cfr., por todos, STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), pp. 51-53. También se puede hacer extensiva otra crítica dirigida a la teoría de la probabilidad: el punto de vista