

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

- Klaus Tiedemann • Raúl Pariona • Yván Montoya Vivanco
- José Antonio Caro John • María Acale Sánchez • Esther Hava García
- Julio F. Mazuelos Coello • José Leandro Reaño Peschiera • Miguel Polaino-Orts
- Reiner Chocano Rodríguez • Julio Armaza Galdós • Juan M. Terradillos Basoco
- José Hurtado Pozo • Fernando Velásquez Velásquez • Iván Meini
- Percy García Cavero • Laura Zúñiga Rodríguez • Joseph du Puit

Capítulo 6



Universidad de Friburgo
Suiza



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal

© José Hurtado Pozo, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

© Universidad de Friburgo, Suiza, 2009

Miséricorde, 1700 Friburg, Suiza

Teléfono: 41 26 300 8071

Fax: 41 26 300 9754

Correo electrónico: jose.hurtado@unifr.ch

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Las primeras versiones de los artículos de Klaus Tiedemann, Julio F. Mazuelos Coello, Juan M. Terradillos Basoco, Esther Hava García, Joseph du Puit, José Antonio Caro John, María Acale Sánchez, Iván Meini, José Leandro Reaño Peschiera, José Hurtado Pozo, Miguel Polaino-Orts, Julio Armaza Galdós, Reiner Chocano Rodríguez, Fernando Velásquez Velásquez, Percy García Cavero y Laura Zúñiga Rodríguez fueron publicadas en el Anuario de Derecho Penal 2003 (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú/ Universidad de Friburgo 2003).

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-07625

ISBN: 978-9972-42-893-7

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900391

Impreso en Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110, Lima 12, Perú

DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE CRITERIOS DIFERENCIADORES

ESTHER HAVA GARCÍA

I. Introducción. II. El dolo como conocimiento. 1. Teorías de la representación o posibilidad. 2. Teorías de la probabilidad. 3. El riesgo como objeto del conocimiento. III. El dolo como conocimiento y voluntad. 1. Teoría de la aprobación o del consentimiento. 2. Teoría de la indiferencia o del sentimiento. 3. La decisión en contra del bien jurídico. IV. Distinción a partir de elementos específicos de la imprudencia. 1. La imprudencia como voluntad activa de evitación. 2. La imprudencia como error sobre la evitabilidad del resultado. V. La unión del dolo eventual y la culpa consciente en una nueva categoría. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Si la diferenciación entre conductas dolosas y culposas, en el plano puramente teórico, puede parecer nítida (quien conoce y quiere la realización de los elementos objetivos del tipo actúa dolosamente; si falta el segundo de estos elementos el comportamiento podrá calificarse, a lo sumo, de imprudente)¹, en la realidad se presentan numerosos casos en los que determinar si el autor realizó el hecho

1 El art. 81 del CP peruano de 1924 definía expresamente el dolo caracterizándolo con esos dos componentes, el volitivo y el cognitivo, HURTADO POZO, 1987: 432. Sin embargo, el art. 11 del texto punitivo actualmente vigente en ese país ha prescindido de tal conceptualización, PEÑA CABRERA, 1995: 330; VILLA STEIN, 1998: 235.

con conocimiento y voluntad no resulta tan sencillo². La existencia en la práctica de esta «zona gris», situada alrededor de la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, constituye uno de los verdaderos talones de aquiles de la dogmática penal y ha provocado una ardua discusión, no solventada aún³, en torno al contenido que debe darse a los elementos cognitivo y volitivo del dolo.

La doctrina mayoritaria, tradicionalmente, había entendido que, si bien el dolo eventual tiene en común con la culpa consciente que el autor se representa como posible la realización del tipo objetivo, la actuación dolosa revelaría, frente a la imprudente, un plus de gravedad del ilícito⁴ materializado en una voluntad más o menos intensa de realizar el hecho típico. Mientras que otro sector doctrinal, originariamente muy minoritario, comenzó a negarle relevancia al elemento volitivo a la hora de calificar un comportamiento como doloso. No obstante, ninguna de estas dos posiciones doctrinales fueron capaces de ofrecer criterios unívocos y, al mismo tiempo, resultados plenamente satisfactorios en la delimitación del ámbito propio del dolo eventual frente al de la imprudencia consciente: unas, por suponer la concurrencia de un elemento subjetivo tan difícil de probar como es la voluntad de realizar un determinado tipo delictivo; otras, precisamente, por prescindir del elemento volitivo y centrar de manera exclusiva el contenido del dolo eventual en el elemento cognitivo⁵.

Ante dicha perspectiva, las modernas aportaciones han optado entre dos vías distintas: la primera se caracteriza por sus intentos de re-definir o, si se prefiere, «suavizar» el elemento volitivo, a fin de poder justificar incluso en el dolo eventual una cierta presencia de este componente; en tanto que la segunda lo hace desaparecer definitivamente del contenido propio del dolo, enriqueciendo y matizando en su lugar el elemento cognitivo para convertirlo en el único criterio de delimitación válido frente a la imprudencia.

2 DÍAZ PITA, 1994: 16 s.

3 En opinión de CANESTRARI, 1999: 2 ss., los problemas que plantea la individualización del área propia del dolo eventual frente a la de la culpa consciente parecen destinados a aumentar, entre otras razones porque cada vez es más frecuente el recurso a tipos de peligro, sobre todo en sectores tradicionalmente encuadrados en el área del riesgo permitido (actividad económica, productiva, laboral, sanitaria, deportiva, etc.). De hecho, la confusión entre el dolo y la imprudencia constituye, a juicio del autor, una de las características más significativas de la línea evolutiva del moderno «Derecho penal de riesgo». Sobre este tema, véase también CANESTRARI, 2004: 59 ss.

4 ZUGALDÍA ESPINAR, 1986: 396 s.

5 Sin embargo, a juicio de HURTADO POZO, 1987: 431, las divergencias doctrinales han sido exageradas: «Nadie ha afirmado que el dolo sería la sola voluntad de producir un resultado delictuoso o que él sería únicamente una representación de este resultado. Las doctrinas son más relativas». Cfr. DÍAZ PITA, 1994: 41 s.

La adscripción a una de estas dos opciones no es, desde luego, una cuestión baladí, pues los diferentes conceptos de dolo conducen a consecuencias claramente divergentes en dos ámbitos que aparecen indisolublemente unidos: el político-criminal⁶ y el estrictamente dogmático. De este modo, si se parte de una concepción «dualista», en la que se mantengan en cierta medida los componentes tradicionalmente adjudicados al dolo (esto es, conocimiento y voluntad), será posible diferenciar las dos categorías clásicas de imprudencia (consciente e inconsciente) como figuras ajenas al ámbito propio de la conducta dolosa, circunscribir este y afirmar el carácter excepcional de la punición de la culpa. En cambio, si se acoge una concepción «monista», que conciba el dolo como puro conocimiento, la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente (o culpa con y sin representación) perderá buena parte de su sentido, en la medida en que la primera categoría se integraría dentro del contenido del dolo eventual, quedando como única modalidad posible de comisión culposa la inconsciente. La consecuencia político-criminal de esta segunda opción es evidente: comportamientos que tradicionalmente se han calificado, y en su caso penado, como imprudentes (a pesar de que el sujeto se representara la posibilidad del resultado) deberían ser considerados ahora dolosos; su punición, lejos de ser excepcional, se agravaría y se convertiría en obligatoria⁷.

II. EL DOLO COMO CONOCIMIENTO

Toda la doctrina parece estar de acuerdo, al menos, en la necesidad de que concurra el factor cognitivo para poder afirmar la existencia de dolo eventual, quizá porque la presencia de dicho factor se puede deducir con cierta facilidad a partir de datos externos⁸. Tras esta premisa común, las divergencias comienzan a manifestarse en dos frentes: el primero de ellos, que ya ha sido mencionado, se plantea entre los que mantienen la existencia de los elementos cognitivo y volitivo en todos los grados de dolo y aquellos que niegan la relevancia de la voluntad en sus diversas variantes, al menos en la conceptualización del dolo eventual; el segundo surge a la hora de determinar el concreto grado de conocimiento que se debe poseer para actuar dolosamente, cuestión esta que, por razones obvias, adquiere mayor trascendencia en el seno de las teorías cognitivas.

La discusión en torno al alcance del elemento volitivo en la composición del dolo, si bien adquirió un enorme protagonismo en Alemania durante las décadas

6 BUSTOS RAMÍREZ, 1984: 29 ss.

7 En sentido similar, PEÑA CABRERA, 1995: 337 ss.

8 DÍAZ PITA, 1994: 27 s.

de los cincuenta y sesenta, no produjo una acogida excesivamente favorable de las teorías cognitivas por parte de la doctrina de otros países que, salvo contadas excepciones⁹, se limitó a criticarlas. Sin embargo, ese sector doctrinal, inicialmente muy minoritario, ha ido aumentando en número de adeptos¹⁰, hasta el punto de que, en la actualidad, puede decirse que la posición que prescinde del elemento volitivo a la hora de diferenciar dolo eventual y culpa consciente predomina, explícita o implícitamente, en buena parte de las monografías escritas sobre el tema en los últimos años¹¹.

Los argumentos para rechazar la importancia de la voluntad en la caracterización del dolo son diversos¹², pero generalmente pivotan en torno a las dificultades de prueba que plantea, y la supuesta idoneidad del factor cognitivo como paradigma diferencial entre el comportamiento doloso e imprudente. No obstante, ya se ha advertido que tampoco existe unanimidad a la hora de determinar los concretos requisitos que debe cumplir ese elemento cognitivo como criterio delimitador frente a la imprudencia. Esas diferencias en la conceptualización del conocimiento necesario para el dolo permiten distinguir tres tendencias fundamentales en el seno de la teoría cognitiva.

9 Uno de los escasos defensores desde el principio de las teorías cognitivas en España es GIMBERNAT ORDEIG, 1990: 254 ss.

10 Buena prueba de ello es lo que afirmaba SILVA SÁNCHEZ, 1987: 651, hace más de una década: «A estas alturas, por supuesto puede discutirse si el dolo [...] es solo conocimiento o, además, también voluntad. De hecho, es muy minoritario el sector doctrinal que sostiene lo primero, aunque se detecta una tendencia al aumento del número de sus detentadores (recientemente, *Hruschka, Jakobs, Frisch y Kindhäuser* se han situado muy próximos a esta postura). Ahora bien, concedido lo anterior, difícilmente cabe discutir que, si la voluntad juega algún papel en el dolo típico, este se reduce a su relación con la *acción* como elemento del tipo objetivo y no afecta a ninguno de los restantes elementos típicos, respecto a los cuales solo tiene sentido establecer una relación de conocimiento».

11 Al respecto, véase por ejemplo FEIJOO SÁNCHEZ, 1998: 279 ss.; LAURENZO COPELLO, 1999: 245 ss.; RAGUES I VALLES, 1999, *passim*.

12 Así por ejemplo, algunos autores como KINDHÄUSER, 1984: 23, HERZBERG, 1986: 249 ss. y JAKOBS, 1997b: 312 ss. entienden que todos los problemas que el factor volitivo provoca en relación al dolo eventual, se deben a una errónea ubicación de este factor dentro de la estructura del delito. Desde esta perspectiva, la voluntad se interpreta exclusivamente como la posibilidad de que dispone el sujeto de realizar el resultado de forma controlada, esto es, como un elemento constitutivo de la estructura de la acción que no afecta a la imputación a título de dolo, DÍAZ PITA, 1994: 26 s. La ubicación de la voluntad en la acción en lugar de en el dolo ha sido teorizada especialmente por HERZBERG, 1988: 576 ss.

1. Teorías de la representación o posibilidad

Esbozada inicialmente por Schröder¹³ en la posguerra, y desarrollada posteriormente en profundidad por Schmidhäuser¹⁴, la teoría de la representación o posibilidad parte de dos premisas teóricas fundamentales: en primer lugar, la mera representación, por parte del autor, de la posibilidad de que su acción sea adecuada para producir el resultado típico debería ya hacer desistir al sujeto de seguir actuando; en segundo lugar, la confianza en que el resultado no se producirá encierra en sí misma la negación de esa posibilidad, y por tanto excluye el dolo. De esto se concluye afirmando que todas las formas de imprudencia imaginables se reducen a una sola, la imprudencia inconsciente: la denominada culpa con representación se incluye en el ámbito del dolo eventual; la creencia errónea de que el resultado no se producirá equivale a ausencia de representación y, por tanto, a imprudencia inconsciente¹⁵.

Con todo, la versión originaria de la teoría de la representación, si bien rechazaba de plano la relevancia del elemento volitivo para distinguir el dolo eventual de la imprudencia, mantenía su presencia en los otros dos grados de dolo (es decir, en el dolo directo o de primer grado y el indirecto o de segundo grado), lo cual provocaba una cierta contradicción interna en el sistema, en la medida en que impedía la formulación de un concepto unitario de dolo. El paso decisivo hacia una teoría pura del conocimiento dentro de esta tendencia lo daría posteriormente Schmidhäuser¹⁶, proponiendo un nuevo y genérico concepto de dolo en el que se prescinde definitivamente del elemento volitivo, cuyo análisis queda relegado al momento de la acción: el dolo es conocimiento de los elementos del tipo; la diferenciación entre dolo e imprudencia equivale, pues, a la distinción entre consciencia e inconsciencia¹⁷.

Quizá la principal crítica que se puede realizar a la teoría de la representación se fundamenta en que, de facto, lejos de negar la existencia del elemento volitivo en la configuración del dolo, se limita lisa y llanamente a presumir su concurrencia

13 1949: 207 ss.

14 1987: 373 ss.

15 SCHRÖDER, 1949: 244.

16 1980: 242.

17 A conclusiones similares parece llegar en ocasiones la jurisprudencia peruana: así por ejemplo, en el Exp. 3365-96 Piura: «El acusado ha obrado sin dolo en los hechos instruidos referidos a la muerte del agraviado, esto es, sin una voluntad ni propósito dirigidos a causar un resultado homicida. En el comportamiento a título de dolo eventual, el sujeto activo al desplegar su conducta asume la posibilidad de producción del resultado; mientras que en el supuesto de culpa inconsciente el sujeto activo no conoce el resultado ni se lo representa», cfr. VILLAVICENCIO, 2000: 72.

cuando se constata un cierto grado de conocimiento en el autor¹⁸. En efecto, tal y como destaca Roxin¹⁹, probablemente no habría nada que objetar en contra de dicha concepción si fuera cierto que el sujeto que percibe la mera posibilidad de realización de un tipo, y a pesar de esto sigue actuando, ya ha incluido en sus cálculos la producción del resultado y se ha decidido en contra del bien jurídico. Sin embargo, el comportamiento humano es rico en matices y existen muchos supuestos reales que demuestran la inexactitud de tales afirmaciones; así, por ejemplo, quien a pesar de que se le hace una advertencia en tal sentido, adelanta arriesgadamente o tira un cigarrillo aún encendido, se percata a la perfección de la posibilidad de que su acción produzca la lesión de un bien jurídico, pero confía no obstante en que tal suceso no se producirá.

Además, pueden darse supuestos en los que, existiendo el mismo grado de conocimiento en la mente del autor, una mínima lógica (o, si se prefiere, el sentimiento jurídico) indica que deben tener una respuesta penal diferente; de este modo, por ejemplo:

[...] si suponemos hipotéticamente que alguien realiza un disparo desde muy lejos y tiene claro que puede alcanzar a X con una probabilidad del diez por ciento, entonces se le ha de castigar con seguridad como autor doloso si se propone matar a X y, efectivamente, le alcanza. Pero si el sujeto pretende *ce-teris paribus*, cazar un jabalí y por negligencia o ligereza no se toma en serio la posibilidad en sí conocida de alcanzar al montero X, entonces solo existe un caso de accidente producido por imprudencia consciente, si X resulta alcanzado. Por tanto, en una situación igual en cuanto al saber puede haber que apreciar en un caso *dolus eventualis* y en el otro imprudencia consciente. Una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente del saber es demasiado intelectualista²⁰.

2. Teorías de la probabilidad

La variante más conocida de la teoría de la representación es probablemente la esbozada por Mayer²¹, quien encuentra la base para imputar la producción de un resultado lesivo a título de dolo en la representación, de exclusivo carácter intelectualivo, que tenga el autor respecto al grado de probabilidad de dicha

18 KÖHLER, 1982: 301 ss.

19 1997: 433 s.

20 ROXIN, 1997c: 434.

21 1953: 250 ss.

producción²². Este juicio de probabilidad se construye, por tanto, en la mente del individuo, y es indiferente si el sujeto llega a dicho juicio basándose en expectativas razonables, en una represión inconsciente de ciertos datos de la realidad o en otras razones de carácter psicológico²³; de este modo, no importa el que el autor esté o no de acuerdo con el resultado, ni que lo consienta o no²⁴.

Pero lo que deba entenderse en la práctica por «probabilidad de producción del resultado» dista mucho de ser diáfano en esta concepción, y desde luego poco ayuda a aclarar la cuestión la afirmación de que probable es «más que mera posibilidad y algo menos que preponderante probabilidad»²⁵. Tal definición, como sostiene²⁶, «presta un flaco servicio a la hora de establecer si el sujeto estimó probable o no la materialización de la lesión de un determinado bien jurídico y nos priva de un criterio seguro que nos permita una imputación correcta de tal resultado»²⁷.

Así mismo, ni la teoría de la probabilidad, ni la de la representación, aclara suficientemente en qué se fundamenta la distinta gravedad de injusto entre el delito doloso y el imprudente o, dicho de otro modo, el porqué de la existencia de un cierto conocimiento debe implicar ya un mayor desvalor que su ausencia. En efecto, en una sociedad como la actual, en la que de forma cotidiana los individuos entran conscientemente en contacto con focos de riesgo para bienes jurídicos indispensables (desempeñando tareas peligrosas que no solo son toleradas, sino que a menudo resultan necesarias para la colectividad, aunque implican

22 También pueden encontrarse en la práctica judicial peruana pronunciamientos acordes con esta teoría. Así por ejemplo, la sentencia de 27 de abril de 2006, recaída en el Exp. 23231-2004 sobre el conocido caso de la «Discoteca Utopía», en la que se condena por homicidio con dolo eventual en el entendimiento de que «el acusado se representó el resultado típico y lesiones graves, y que a pesar de ello dentro de la teoría de la probabilidad, asumió el riesgo probable y adoptó la continuación de su accionar, mediante la realización de hecho».

23 DÍAZ PITA, 1994: 96.

24 En apoyo de esta conclusión, GIMBERNAT ORDEIG, 1990: 256 s., afirma que «puede haber dolo (directo de segundo grado) sin voluntad», y «si la «aprobación» del resultado no desempeña ningún papel en los casos de dolo directo de segundo grado en sentido estricto [...] ni en aquellos casos en los que se considera sumamente probable que el resultado directamente querido traiga consigo otros no queridos [...], entonces no se entiende por qué esa aprobación ha de desempeñar un papel tan decisivo en el dolo eventual. [...] El resultado al que hemos llegado pone en tela de juicio —no solo para el dolo eventual, sino *ya* también para el directo de segundo grado— la identificación de dolo y voluntad».

25 MAYER, 1953: 251.

26 DÍAZ PITA, 1994: 97.

27 ROXIN, 1997c: 435, considera el conocimiento de la probabilidad del resultado un indicio esencial, pero estima discutible que «para la seriedad del contar con el resultado sea decisivo siempre un pronóstico puramente intelectual de probabilidad. Ello no es posible ya por el mero hecho de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de probabilidad». En sentido parecido se pronuncia CANESTRARI, 1999: 34 s.

un cierto nivel de inseguridad —industria, tráfico vial, etc.—), señalar a la mera representación de la posibilidad/probabilidad de que, en el desempeño de esas actividades, se produzca un menoscabo (o una puesta en peligro típica) de alguno de esos bienes jurídicos, como única causa legitimante de la mayor penalidad que conlleva en todo caso la actuación dolosa, parece, cuando menos, un argumento endeble²⁸.

Jakobs²⁹ ha intentado resolver este déficit de fundamentación que presentan las teorías cognitivas elaborando una tesis que, aunque parte de premisas metodológicas distintas, puede considerarse otra variante de la teoría de la representación en la medida en que llega a conclusiones muy similares: dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias; solo importa el conocimiento [por parte del autor] de que no es improbable la realización del tipo.

En concreto, la razón de la menor penalidad que recibe el comportamiento culposo frente al doloso lo encuentra Jakobs en el hecho de que el primero afecta menos a la validez de la norma que el segundo; de este modo, los ilícitos imprudentes, en lugar de revelar una infidelidad a la norma tan drástica como los dolosos, pondrían de manifiesto la incompetencia del sujeto para el manejo de sus propios asuntos, que no ha valorado las consecuencias de su descuido porque, sencillamente, le eran desconocidas en el momento de actuar. De ahí, concluye, el autor imprudente soporta un riesgo natural que no es común en el dolo:

[...] el riesgo de que puede resultar perjudicado él mismo o un tercero cuyo daño el autor sufrirá como propio. En la medida en que la imprudencia no resulta de un desinterés específico, sino de una desatención general no dirigida, difusa en las consecuencias, resulta cargada con el peligro de una pena natural, y este riesgo del autodaño propicia la disposición a cumplir la norma; disminuyendo, por tanto, la necesidad de reaccionar penalmente frente a una infracción no dolosa³⁰.

De forma paralela, el autor mencionado intenta matizar en cierto modo el alcance de las teorías de la probabilidad *stricto sensu* reforzando el elemento cognitivo que considera característico del dolo, a fin de facilitar su diferenciación de la imprudencia. Este elemento cognitivo deja ya de ser en su tesis un mero conocimiento para convertirse en un juicio válido para el autor. Así, «no basta el mero pensar en la posibilidad del resultado [...]. Concurrirá, pues, dolo eventual

28 DÍAZ PITA, 1994: 103 s.

29 1995: 316 ss.

30 JAKOBS, 1989: 641 s.

cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción»³¹.

Aun sin analizar en profundidad la tesis de Jakobs³², pueden señalarse algunos de sus inconvenientes. En primer lugar, utilizar la teoría del «riesgo natural» como argumento para fundamentar la mayor gravedad del comportamiento doloso frente al culposo parece una opción, cuando menos, discutible; pues son perfectamente imaginables tanto conductas imprudentes que no conlleven para el autor un auto-riesgo/riesgo sentido como propio (por ejemplo, la puesta en peligro imprudente de un bien jurídico difuso, como el medio ambiente) como actuaciones dolosas en las que el autor deba soportar, para cumplir su objetivo, un «riesgo natural» (así, por ejemplo, el terrorista que entra en unos grandes almacenes portando una bomba para activarla en su interior y, posteriormente, darse a la fuga, soporta un auto-riesgo, aunque este no forme parte de su plan; el padre de familia que decide matar a sus hijos y, luego, suicidarse puede actuar con dolo —directo— respecto a esas muertes y, no obstante, sufrir con las consecuencias de esa acción; el conductor que invade a gran velocidad la calzada contraria para ganar una apuesta puede actuar con dolo —eventual— en relación con la muerte o lesiones de otros conductores y, sin embargo, sentir como propios los daños que finalmente ocasiona con su acción)³³.

En segundo lugar, tampoco parece convincente la caracterización que realiza Jakobs del elemento cognitivo pues, de este modo, las presuntas dificultades que suscita la constatación de la voluntad se trasladan a la prueba del conocimiento, en la medida en que habrá que distinguir en la práctica cuándo el autor ha realizado un «juicio válido» respecto de la probabilidad del resultado y cuándo simplemente «ha pensado en él» o «se le ha ocurrido». Y ello es así porque, en el fondo, esta interpretación «intelectiva» del dolo, que no se conforma con la mera representación del riesgo, sino que exige que el autor formule un «juicio» válido,

31 JAKOBS, 1997b: 327: «El mero “pensar en” u “ocurrirse”, sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la conciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo». Se adhiere esencialmente a esta tesis, aunque haciendo matizaciones, SANCINETTI, 1991: 201 ss.

32 Dicho análisis puede encontrarse, por ejemplo, en DÍAZ PITA, 1994: 236 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994: 79 ss.

33 En sentido parecido se pronuncia FEIJOO SÁNCHEZ, 1998: 359 ss. No obstante, el autor mencionado le reconoce a esta tesis su utilidad como indicador del dolo, en la medida en que, en su opinión, cuando el sujeto activo se ve perjudicado por un riesgo que él mismo ha creado es más fácil constatar la ausencia de dolo, «ya que todo el mundo actúa por motivos egoístas o busca siempre su supervivencia».

supone, en realidad, incluir dentro de lo intelectualivo un aspecto que pertenece al ámbito de lo volitivo: el momento de decisión propio del hecho doloso³⁴.

Por lo demás, esta tesis se hace acreedora a las críticas que se realizan a la teoría de la probabilidad por su falta de concreción, en la medida en que los criterios propuestos por Jakobs a la hora de precisar el grado de probabilidad exigible para afirmar la existencia de dolo eventual (importancia legal del bien jurídico afectado, habitualidad o no del riesgo³⁵) quizá constituyan indicios a tener en cuenta en la valoración del comportamiento. Pero si se les considera factores determinantes del enjuiciamiento pueden provocar, por demasiado estrictos, tratamientos desiguales para hechos que, valorativamente, deben recibir el mismo³⁶.

3. El riesgo como objeto del conocimiento

Adoptando un enfoque supuestamente novedoso del tema, un sector de la doctrina opta, sin dejar de adscribirse a la teoría cognitiva, por modificar el objeto del conocimiento que, se estima, resulta necesario para afirmar la presencia de dolo. En este contexto, la expresión «probabilidad del resultado» se sustituye por la de «peligro» o «riesgo».

34 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994: 81.

35 «Quien, moderadamente bebido, conduce un automóvil, origina un riesgo estadísticamente predecible, pero individualmente insignificante si hay alguna habituación en relación con el resultado.[...] Quien en la circulación rodada —en conocimiento actual del riesgo del resultado— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, solo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo, tiene dolo de lesión; tales situaciones se sienten a menudo incluso como críticas», JAKOBS, 1997b: 333 ss.

36 ROXIN, 1997c: 442: «No se comprende por qué p. ej. la embriaguez al volante no ha de fundamentar dolo eventual y sin embargo ha de hacerlo siempre el saltarse el semáforo en rojo; ambos modos de comportarse están por igual estrictamente prohibidos y convertidos en tabú. Hasta qué punto alguien sienta la situación como «crítica» y se tome en serio el peligro depende de los datos del caso concreto y no se puede reducir a un esquema unívoco. No es convincente tampoco la remisión a la «importancia del bien afectado», si con ello se quiere decir que cuando se ponen en peligro bienes jurídico especialmente valiosos (¡integridad física y vida!) se ha de apreciar *dolus eventualis* antes que cuando se trata de bienes jurídicos de rango inferior. Ello debería conducir en caso de igual valoración de la probabilidad a p. ej. la afirmación de un dolo homicida y a la negación de un dolo de daños, lo que contradice el punto de partida de Jakobs y conduce además a resultados tendencialmente incorrectos. Pues, como el nivel de inhibición ante un homicidio es especialmente alto, se reprimirá aquí más fácilmente la representación de la puesta en peligro y se habrá de apreciar imprudencia consciente antes que en el caso de bienes de menor valor. También el saltarse el semáforo en rojo, el adelantar en cambios de rasante, y situaciones similares fundamentarán por tanto por regla general solo imprudencia».

La tesis de Frisch³⁷, principal exponente de esta tendencia³⁸, puede sintetizarse así: el verdadero objeto del conocimiento en el dolo es el comportamiento típico, entendido como conducta arriesgada o peligrosa cuya ejecución, teniendo como base las circunstancias de la concreta situación reconocibles ex ante por el autor, implica un aumento o creación del riesgo de lesión de un bien jurídico en la forma prevista en el tipo correspondiente. Del objeto del dolo quedaría excluido, por tanto, el resultado lesivo; no será necesario que el sujeto se represente la probabilidad de que dicho resultado se produzca, sino solo que sea consciente de que su comportamiento entraña la creación de un riesgo no permitido. La distinción entre dolo e imprudencia debe realizarse, en definitiva, atendiendo al momento de la acción, y no al momento del resultado.

La razón esencial de la conclusión anterior estriba, según este sector doctrinal, en el hecho de que el ordenamiento no puede exigirle al autor conocer el resultado:

[...] solo es posible conocer el pasado o el presente, nunca el futuro. Este se puede calcular, prever o predecir. Antes de la realización del tipo solo se puede pronosticar que el resultado se producirá o que se puede producir. Por ello para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte, lesiones o daños y, por tanto, que prevea el resultado como consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite explicar el posterior resultado o el riesgo idóneo, adecuado o suficiente para producir el resultado³⁹.

Frisch matiza los perfiles del concepto de conocimiento propio del dolo para hacer posible su diferenciación del comportamiento imprudente, afirmando que no es suficiente la mera representación del riesgo, sino que es necesario constatar una «toma de posición personal» por parte del autor respecto al carácter peligroso

37 1983: 97ss.

38 En una línea similar se enmarca la teoría de HERZBERG, 1986: 249ss., que distingue entre «peligro protegido» y «peligro desprotegido».

39 En esta línea se pronuncia también en España CORCOY BIDASOLO, 1989: 268: «Objeto del dolo es pues la conducta, no el resultado ni la relación de riesgo (o el curso causal), ya que estos no pertenecen al injusto». Por su parte, LAURENZO COPELLO, 1999: 248 ss., aunque mantiene que «la esencia del delito doloso debe fijarse en la realización de una acción a pesar de conocer el peligro concreto de lesión del bien jurídico», discrepa de la tesis de FRISCH, para quien ni el resultado ni las condiciones de la imputación objetiva constituyen objeto del dolo pues, en opinión de la autora, «parece difícil de negar que el conocimiento del riesgo abarca ya el resultado, aunque no por la vía naturalística de percepción sensorial, sino en la forma comúnmente aceptada de pronóstico o previsión». FEIJOO SÁNCHEZ, 1998: 277 s.

de su conducta. De este modo, habrá que negar la existencia de dolo cuando el sujeto no se representa el comportamiento en su dimensión injusta típicamente relevante (porque no piensa en la peligrosidad de su conducta en absoluto, piensa en la peligrosidad general, pero no se representa el riesgo en concreto, o se lo representa pero este es de escasa importancia y por ello resulta tolerado) o cuando, aun habiéndose representado el peligro típico, falte la «vinculación personal» del sujeto con ese riesgo normativamente relevante. En estos supuestos, el conocimiento del autor no abarcaría ya esa peculiar dimensión que posee su comportamiento, esto es, su carácter antinormativo y su especial peligrosidad; así sucedería en los casos de negación del peligro, confianza racional o irracional en un desenlace airoso o valoración subjetiva del riesgo como tolerado⁴⁰.

A decir verdad, las consecuencias a las que se llega con esta teoría no parece que sean muy distintas de las anteriores, dado que se limita a la introducción, de un modo más nítido si se quiere, de la perspectiva *ex ante* en el análisis del dolo (perspectiva que, en realidad, parece que nadie duda que sea la idónea) y al cambio de «etiquetas» en la descripción del objeto del conocimiento, en la medida en que «probabilidad del resultado (lesivo)» no significa otra cosa que «peligro (de lesión)»⁴¹. Para ser sinceros, aún parece que la utilización del término «riesgo» puede crear más problemas de los que resuelve, si se traslada esta tesis al estudio de otras conductas penalmente relevantes cuyo resultado típico no es ya la lesión del bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, cuando se trate de dilucidar si el autor de unos vertidos contaminantes tipificados en los artículos 325 y 331 CP español actuó dolosa o imprudentemente, surgirá la duda a la hora de determinar qué grado de conocimiento será necesario constatar: el del riesgo de que se produzca el (resultado de) peligro, o bien la completa representación del peligro típico⁴².

40 FRISCH, 1983: 192 ss.

41 Buena prueba de ello es el hecho de que GIMBERNAT ORDEIG, 1990: 251, afirme que la teoría de la probabilidad (o representación) se diferencia de la del consentimiento en que la primera «no enfrenta al sujeto con el resultado, sino con la *situación peligrosa*. Imaginemos a un delincuente que huye y dispara al pecho del agente de Policía que le persigue. Pues bien: la doctrina de la probabilidad se detiene en la situación peligrosa, se detiene en el momento en que el delincuente realiza el disparo, e investiga el grado de duda que el delincuente atribuía a la producción del resultado “muerte” [...]. La teoría de la voluntad o del consentimiento, en cambio, va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándole como efectivamente acaecido. No se trata ya de examinar la actitud del sujeto ante un *peligro de muerte* para el policía, sino ante la *muerte* del agente de Policía».

42 En opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, 1998: 325 ss., «la imputación a título de dolo exige como objeto de conocimiento algo más que la mera posibilidad de causar el resultado. Solo se puede hablar de dolo de lesión cuando el autor prevé un riesgo típico que crea o que, por otras razones, es cosa suya (art. 11 CP) y que tal y como lo prevé se puede realizar en un resultado.

Elegir la segunda de las opciones apuntadas supondría realizar una equiparación valorativa entre los delitos de peligro y los delitos de lesión que, desde luego, no parece corresponderse con la menor gravedad, en términos de pena, que le asigna el derecho penal a aquellos frente a estos.

No obstante, Frisch⁴³ opta por la primera de las posibilidades, al menos por lo que respecta a los delitos de peligro concreto, afirmando que en estos casos el autor debe partir sobre la base de que su comportamiento implica aquel riesgo específico propio de tales delitos: el riesgo —objetivamente ya no tolerable— de que se produzca una «situación de peligro concreto», entendida como «situación de incertidumbre en la existencia de un objeto de un bien, o una situación en la que es posible la producción de un resultado conforme a la medida objetiva habitual; o una situación en la que el observador objetivo diría que depende de la casualidad que el resultado se produzca o no y en la que no se puede confiar en la no producción del daño». De este modo, si el sujeto ha comprendido su conducta en esta dimensión se comporta dolosamente respecto del delito de peligro concreto; en cambio, si ha rechazado la posibilidad de que se produzca tal situación o ha confiado irracionalmente en que no se producirá, habrá tan solo dolo de peligro abstracto⁴⁴.

Así, los niveles de conocimiento exigidos para afirmar, respectivamente, la existencia de dolo de lesión y dolo de peligro serían distintos: en el primero, el autor sabe que su comportamiento entraña un cierto riesgo —objetivamente no tolerable— de lesión; en el segundo, el autor sabe que su comportamiento entraña un riesgo —objetivamente no tolerable— de crear una situación de peligro. Por esto, concluye, no existe una relación de identidad entre el dolo (eventual) de lesión y el

Esta sería la gran diferencia entre las «teorías tradicionales de la representación» y una «teoría intelectual moderna del dolo» que presupone la imputación objetiva del hecho al autor basada en criterios no exclusivamente causales o naturalísticos [...]. En los delitos de resultado lesivo el riesgo típico que permite explicar aquel ha de ser siempre el objeto de referencia del dolo y la imprudencia». Sin entrar a discutir lo acertado de las afirmaciones anteriores, lo que parece innegable es la dificultad que existe a la hora de trasladar este esquema lógico a los delitos de peligro, cuya estructura, por definición, no incluye la producción de un daño o menoscabo para el bien jurídico, con lo que persisten las dudas expuestas en el texto a la hora de valorar el grado de conocimiento necesario para afirmar la existencia de dolo o imprudencia en los delitos de peligro.

43 1983: 295 ss.

44 De esta concepción parece deducirse que, en aquellos delitos cuyo desvalor de resultado consista, precisamente, en la creación de un peligro abstracto (por ejemplo, el art. 325 del CP español), el grado de conocimiento necesario para afirmar la existencia de dolo equivaldrá a la completa representación de tal riesgo típico. Sobre la exacta conceptualización de los delitos de peligro abstracto, véase TERRADILLOS BASOCO, 2001b: 798 ss.

dolo de peligro, pues un sujeto puede partir de la provocación de una situación crítica desde el punto de vista objetivo, pero confiar en que no se produzca el resultado.

La tesis de Frisch tampoco está en este punto exenta de objeciones, y ello porque, como acertadamente pone de manifiesto Rodríguez Montañez⁴⁵, el recurso del autor:

[...] a esta diferenciación entre acción de lesión/de puesta en peligro, riesgo de lesión/de puesta en peligro obedece a su empeño de reducir el dolo al momento cognitivo, pero él mismo reconoce que la diferencia estriba en que un sujeto puede partir de la provocación de una situación crítica desde el punto de vista objetivo, pero juzgar el desarrollo posterior de la misma de forma distinta a lo que corresponde a la valoración objetiva, confiando en que no se produzca el resultado. Por tanto, la diferencia no radica en el plano objetivo (riesgo de lesión igual riesgo de peligro), ni en el momento de la representación del mismo, sino en la «toma de posición del autor ante el riesgo», confianza o no en la no producción del resultado. Es decir, en lo que tradicionalmente integra el momento volitivo del dolo.

La denominada concepción normativa (estricta) del dolo se revela, pues, como una fórmula (ineficaz) para presumir, a partir de la constatación del conocimiento, la existencia de otros factores internos caracterizadores de la conducta cuya concurrencia, se quiera o no, también resulta necesaria para poder distinguir el comportamiento doloso del imprudente⁴⁶.

III. EL DOLO COMO CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD

Las dificultades que plantea la aplicación en la práctica de una teoría estrictamente cognitiva (determinación del grado de «probabilidad» del resultado o «riesgo» típico que debe abarcar el conocimiento del sujeto), las contradicciones internas que conlleva (rechazo explícito de la relevancia del elemento volitivo y admisión

45 1994: 89 s.

46 Especialmente ilustrativa en este sentido es la posición de FEIJOO SÁNCHEZ, 1998: 280 ss., quien se declara decidido partidario de una concepción estrictamente normativa del dolo, y sin embargo posteriormente reconoce que el conocimiento no fundamenta en exclusiva la imputación a título de dolo: «Lo que el sujeto conoce o desconoce es solo una cuestión de constatación o determinación fáctica, pero la simple representación no puede constituir la infracción de un deber. *El fundamento del desvalor se encuentra en la decisión de realizar algo o de omitir una conducta a pesar de lo que se conoce.* En el delito realizado con dolo eventual ya hay una decisión de realizar el tipo aunque sea de forma eventual o la realización sea insegura, *decisión que no existe en los supuestos de imprudencia*».

implícita de tal elemento para diferenciar el dolo de la culpa) y, sobre todo, las indeseables consecuencias político-criminales que implica (principalmente, la agravación punitiva de la imprudencia consciente por su inclusión en el ámbito de lo doloso), hacen que el sector doctrinal aún mayoritario haya decidido no prescindir en su teorización de los dos elementos tradicionalmente adjudicados al dolo: el elemento cognitivo y volitivo⁴⁷.

Sin embargo, en el seno de los partidarios de esta concepción no existe unanimidad a la hora de determinar en qué debe consistir la voluntad propia del dolo eventual y cuál es el criterio idóneo para diferenciarlo de la culpa⁴⁸. En este contexto, parece mantenerse cierto consenso tan solo en torno a dos cuestiones: en primer lugar, el análisis del dolo debe otorgar primacía al aspecto externo de la voluntad, con lo cual quedaría así relegado el estudio de su aspecto más interno a un momento anterior, el de la acción penalmente relevante⁴⁹; en segundo lugar, no es posible equiparar el «querer» en sentido coloquial con el «querer» como componente subjetivo del dolo⁵⁰. A partir de estas dos premisas básicas, comienzan las discrepancias doctrinales a la hora de definir tal elemento; discrepancias que, como en el caso anterior, permiten esbozar una clasificación de las principales tendencias existentes en el seno de la concepción volitiva.

1. Teoría de la aprobación o del consentimiento

Históricamente, la expresión más influyente de la concepción volitiva del dolo ha sido, sin duda, la teoría de la aprobación o del consentimiento⁵¹, a cuyo tenor se

47 BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS Torres, 1995: 142; BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999: 63 ss.; HURTADO POZO, 1987: 431; JESCHECK, 1993: 269 ss.; LUZÓN PEÑA, 1999: 426 ss.; MIR PUIG, 1998: 249 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000: 308 ss.; PEÑA CABRERA, 1995: 330 ss.; QUINTERO OLIVARES, 2000: 330 ss.; ROXIN, 1997c: 446 ss.; VILLA STEIN, 1998: 235 ss.; VILLAVICENCIO, 2000: 69 ss.

48 Así por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, 2000: 340 s., aun partiendo de una concepción «dualista» del dolo (voluntad y conocimiento), opta por la teoría de la probabilidad como criterio idóneo para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente.

49 Por todos, DÍAZ PITA, 1994: 149: «La voluntad, así entendida, ha de referirse indefectiblemente a algo exterior: la lesión de un bien jurídico. La otra interpretación de la voluntad, desde una perspectiva psicológica, solo nos ayuda a separar aquellos comportamientos que, desde el punto de vista penal, no son considerados acciones en sentido estricto por el hecho de ser acciones no voluntarias, no regidas por la voluntad consciente del sujeto, como puedan ser los actos realizados bajo una fuerza irresistible, en estado de inconsciencia o los llamados movimientos reflejos».

50 SCHMIDHÄUSER, 1985: 139 ss.

51 Entre los partidarios en España de la teoría del consentimiento puede citarse, por ejemplo, a ANTÓN ONECA, 1949: 202; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972: 20; CUELLO CALÓN, 1980: 444 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA, 1976: 585. Por su parte, QUINTANO RIPOLLÉS, 1958:

exige para afirmar la existencia de dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, es decir, que haya estado de acuerdo con él⁵². Siguiendo a Díaz Pita⁵³, puede afirmarse que son tres las versiones de dicha teoría que poseen una mayor difusión: la desarrollada por la jurisprudencia alemana, que ha gozado de gran aceptación por parte del Tribunal Supremo español; la que surge a raíz de la segunda fórmula de Frank (si el autor se dice: suceda esto o lo otro, en cualquier caso actúo); y la que nace de la primera fórmula de Frank (si lo que me parece probable fuese seguro, no obstante actuaría —dolo eventual—; si lo que me parece posible fuera seguro, no actuaría —imprudencia consciente—).

La versión jurisprudencial interpreta la teoría del consentimiento en el sentido de requerir, para afirmar la existencia de dolo eventual, que el sujeto prevea la probabilidad del resultado (elemento cognitivo) y además lo apruebe o acepte (elemento volitivo)⁵⁴. Pero al menos, por lo que respecta a la jurisprudencia española, parece que el recurso a la teoría del consentimiento se ha situado, en la práctica, en el terreno de las meras declaraciones doctrinales. En efecto, lejos de aplicar en términos estrictos dicha teoría, el Tribunal Supremo a la hora de enjuiciar el caso concreto se ha servido frecuentemente de ciertos criterios adicionales de oportunidad o conveniencia, que son, en opinión de Corcoy Bidasolo⁵⁵, de dos clases: uno extensivo, para aquellos supuestos en los que no cabe la comisión imprudente o la conducta posee un significado antisocial, respecto a la cual pasa a enjuiciarse la personalidad del autor; otro restrictivo, para aquellos supuestos de actividades peligrosas aceptadas por su utilidad (tráfico rodado, medicina, industria, etc.), en los que se excluye la calificación de los hechos como dolosos sin llegar a cuestionarse la posible aceptación del resultado lesivo por parte del sujeto⁵⁶.

Pero, dejando a un lado el grado de aplicabilidad real que recibe por parte de la jurisprudencia la teoría del consentimiento, la mayoría de las críticas a

172 s., acoge la teoría del consentimiento, pero completada con la de la probabilidad, pues «al fin y al cabo, la aceptación o no aceptación de un resultado posible se hace normalmente a través de un cálculo de probabilidades, que es el que presta vigor objetivo al juicio racional subjetivo».

52 ROXIN, 1997c: 430.

53 1994: 169.

54 Sostienen una interpretación similar BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 1995: 142: concurre dolo eventual «cuando el sujeto representa la posibilidad del resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta elegida (por ejemplo, el caso del ladrón que al ser sorprendido en el momento de la sustracción de las cosas, mata al guardián, *morte que no había sido querida, pero sí representada su posibilidad*)».

55 1985: 963 ss.

56 Comenta también críticamente la posición del TS en relación al dolo eventual ZUGALDÍA ESPINAR, 1986: 407 ss.

esta versión apuntan a la configuración del elemento volitivo que realiza, en la medida en que al exigir que el sujeto «accepte» o «apruebe» el resultado se está enjuiciando su «actitud emocional»⁵⁷ antes que su «voluntad» con respecto a la afección del bien jurídico o, dicho con otras palabras, se confunde lo «consentido en sentido jurídico» con lo «deseado internamente» por el individuo⁵⁸. En la práctica, son perfectamente imaginables supuestos en los que el autor tiene en cuenta la producción de una hipotética consecuencia que considera altamente indeseable porque su producción, de hecho, le impediría alcanzar la meta que sin duda persigue y prefiere, pero asume dicha circunstancia en sí misma no deseada, en la medida en que de otra manera no puede lograr su objetivo principal⁵⁹. La aplicación estricta de la teoría del consentimiento llevaría, en estos casos, a negar la responsabilidad dolosa del sujeto por la producción de esos resultados concomitantes, en tanto que no los aprobó o aceptó⁶⁰.

Por su parte, las fórmulas de Frank constituyen no ya una caracterización directa del dolo eventual, sino un «medio de conocimiento» para su constatación. La primera de ellas deduce ese conocimiento de la respuesta que se le dé a la cuestión de cómo habría actuado el sujeto si hubiera estado seguro desde el comienzo de la producción del resultado típico: si se llega a la conclusión de que el mismo habría actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, habrá que afirmar el dolo; en cambio, si se concluye que habría omitido el comportamiento de conocer su exacto alcance, entonces habrá que negar el dolo.

Como puede apreciarse, esta primera fórmula no solventa los problemas que surgen a la hora de resolver supuestos como los mencionados anteriormente. Por ejemplo, en el caso *Lacman*, es seguro que el sujeto no habría actuado si hubiera tenido la certeza de que erraría el disparo, dado que entonces la apuesta se habría perdido de antemano y por tanto el autor no la habría aceptado⁶¹; no obstante, «hay que apreciar dolo eventual: el sujeto había incluido el fracaso en los cálculos de su plan, porque las perspectivas de éxito tenían para él más valor que el riesgo de fallar»⁶².

57 ROXIN, 1997c: 430 s.

58 STRATENWERTH, 1982: 110 s.

59 Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el conocido como «caso *Lacman*»: en una barraca de feria, un tirador inexperto apuesta veinte marcos a que podrá alcanzar con un disparo a la bola de cristal que sostiene en la mano una joven, pero con su disparo lesiona a esta, JESCHECK, 1993: 272.

60 WELZEL, 1976: 102.

61 JESCHECK, 1993: 272.

62 ROXIN, 1997c: 438.

A otro tipo de objeciones está expuesta la segunda fórmula de Frank, a tenor de la cual si el sujeto se dice «pase esto o lo otro, yo actúo en cualquier caso», entonces su comportamiento es doloso. En concreto, para que tal fórmula tuviera virtualidad efectiva, sería necesario que el autor se hubiera planteado conscientemente todas y cada una de las circunstancias que constituyen la base de su culpabilidad, y ello no sucede de este modo con frecuencia; así, por ejemplo, en los delitos violentos o pasionales, en los que resulta previsible la posible muerte o lesiones de la víctima, el autor no suele realizar una reflexión consciente acerca de la propia realidad de su acción⁶³.

Pero son probablemente los problemas que plantea en la práctica la constatación de esa hipotética decisión los que provocan la mayoría de las críticas doctrinales a la versión de la teoría del consentimiento aportada por Frank. En concreto, la mayor dificultad deriva de la exigencia de que se pruebe un hecho que no se ha dado en la realidad, ya que obliga a que:

[...] el juez se plantee por el sujeto activo lo que este nunca se planteó (considerar como cierto lo que solo le pareció probable) y que conteste por este sujeto lo que este nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginado el resultado como seguro, habría o no actuado) [...]. Ciertamente que el juez, examinando la personalidad del sujeto, puede llegar a una conclusión sobre cuál habría sido la actitud del autor, si en vez de imaginar el resultado como probable lo hubiese imaginado —lo que en el momento del hecho no hizo— como seguro. Pero no nos engañemos: si la conclusión del juez es que el sujeto habría actuado también como lo hizo aunque hubiese tenido la certeza de lo que solo le parecía probable, entonces se le hace responder por una aceptación del resultado que en realidad no prestó, por una voluntad que no tuvo, por algo, en definitiva, que no ha hecho⁶⁴.

63 Desde un punto de vista sistemático, también se le ha criticado a FRANK su consideración del dolo como forma de culpabilidad y no como elemento subjetivo del tipo. Al respecto véase DÍAZ PITA, 1994: 172 s.

64 GIMBERNAT ORDEIG, 1990: 253: «lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona. En el primer caso, se llegará a la conclusión de que habría dicho que sí a la causación del resultado antijurídico antes que renunciar al propósito que directamente perseguía. Y en el segundo caso, su aspecto bonachón inclinará a pensar que si el resultado se lo hubiera imaginado como cierto no habría actuado como lo hizo, con la consecuencia de que solo podrá ser castigado por imprudencia.[...] Todo ello es (autoritario) Derecho penal de autor y no (democrático) Derecho penal de hecho, es culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho». En sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, 1984: 33 s.; CANESTRARI, 1999: 48, y FEIJOO SÁNCHEZ, 1998: 294 s.

2. Teoría de la indiferencia o del sentimiento

Desarrollada por Engisch⁶⁵ a comienzos de los años treinta, la teoría de la indiferencia o del sentimiento⁶⁶ aprecia dolo eventual cuando el individuo da por buenas, o recibe con indiferencia, las posibles consecuencias accesorias negativas derivadas de su acción, y, sin embargo, no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán. Se trata así de matizar el alcance de la primera fórmula de Frank, sustituyendo la exigencia de la «hipotética aceptación del resultado» por la constatación de una «disposición subjetiva» del autor, de la cual se pueda deducir su indiferencia absoluta con respecto a los bienes jurídicos protegidos en el tipo penal.

Por ello, no parecen totalmente justificadas algunas de las críticas que se le realizan a esta versión de la teoría del consentimiento, cuando apuntan el hecho de que muchos de los casos de imprudencia inconsciente o sin representación pueden deberse asimismo a un grado elevado de indiferencia por parte del autor⁶⁷; pues el recurso a este dato no se realiza como criterio determinante de distinción, sino más bien como medio auxiliar de indagación; de este modo, un individuo será indiferente frente a los bienes jurídicos, en el sentido propuesto por Engisch, «cuando el aplicador del derecho pueda categóricamente afirmar que dicho sujeto habría actuado de todas maneras, aun sabiendo con certeza que el resultado lesivo se iba a producir. Se trata, entonces, de un sujeto que no está dispuesto en absoluto a aceptar, en el momento de su acción, cualquier motivación que lo llevara a abstenerse de seguir adelante»⁶⁸.

Sin embargo, aun cuando se realicen las matizaciones anteriores, la teoría de la indiferencia o del sentimiento no puede responder satisfactoriamente a dos graves inconvenientes que sigue presentado: señalar a la indiferencia como paradigma delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente implica, en primer lugar, que persista el riesgo de que resulte enjuiciada la personalidad del autor, en lugar de su acción⁶⁹; y supone, en segundo lugar, desconocer que lo decisivo es a

65 1930: 95 ss.

66 Dicha teoría no ha encontrado eco en la doctrina penal española, ZUGALDÍA ESPINAR, 1986: 398.

67 WELZEL, 1976: 102.

68 DÍAZ PITA, 1994: 180.

69 Es por ello que, en opinión de BUSTOS RAMÍREZ, 1984: 34, la tesis de ENGISCH en relación al dolo eventual «no significa un avance respecto de la teoría de la culpabilidad de voluntad, salvo si dejar las cosas en claro. Esto es, que en último término el criterio definitivo de resolución del dolo eventual es de culpabilidad de carácter. Lo decisivo es la característica de indiferencia del sujeto, con lo cual también se deja el camino libre a la práctica judicial para partir de la premisa

favor o en contra de qué se decida el autor, y no con qué sentimientos, deseos o esperanzas lo haga⁷⁰.

3. La decisión en contra del bien jurídico

Dados los inconvenientes que presentan las teorías anteriores, ha surgido en la doctrina alemana una nueva tendencia, con cierto refrendo en España⁷¹ y Perú⁷², que se caracteriza sobre todo por el rechazo de las posiciones que identifican, de forma más o menos explícita, el elemento volitivo con las actitudes emocionales del sujeto con respecto al objeto penalmente protegido, sin que ello suponga renunciar a la constatación de dicho elemento para afirmar la existencia de dolo eventual. De las diferentes versiones que se han esbozado para definir el factor volitivo del dolo («conformarse con», «asumir» el resultado)⁷³, ha gozado de mayor acogida la que describe el factor volitivo propio del dolo como una «decisión» del autor en contra del bien jurídico⁷⁴ o a favor del injusto⁷⁵; decisión cuya constatación ya no requiere prestar atención a una hipotética valoración adicional por parte del autor del contenido de su acción, pues el hecho de que este la califique como buena o deplorable, o que apruebe o rechace las consecuencias que puede conllevar, es, a tenor de esta teoría, irrelevante a la hora de determinar si optó o no por actuar en contra del bien jurídico⁷⁶.

Las ventajas que presenta esta nueva tendencia pueden sintetizarse del siguiente modo: en primer lugar, se renuncia a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo; en segundo lugar, se reunifican voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual («decisión»); finalmente, se

de que el indiferente es el *mal ciudadano* y no el *buen ciudadano*. En definitiva se entra en un círculo vicioso al igual que en el caso de la teoría dominante».

70 ROXIN, 1997c: 433.

71 Cfr. DÍAZ PITA, 1994: 193. La propia autora mencionada se encuentra entre los seguidores en España de esta tendencia. En Italia, también se adhiere a esta concepción CANESTRARI, 1999: 320 s.

72 PEÑA CABRERA, 1995: 332: «Querer no es lo mismo que desear, quiere decir que la voluntad consiste en la decisión de ejecutar la conducta prohibida».

73 Cfr. HURTADO POZO, 1987: 435 s.; VILLA STEIN, 1998: 239; VILLAVICENCIO, 1990: 150.

74 ROXIN, 1997c: 425.

75 HASSEMER, 1990: 918.

76 Así lo ha entendido también en ocasiones la jurisprudencia peruana, por ejemplo en el Exp. N° 589-94-Ancash: «La conducta del agente es imputable a título de dolo eventual, puesto que aunque el querer de este no estuvo referido directamente a producir la muerte de la agraviada, es evidente que pudo prever su producción y sobre esa base decidió efectuar el disparo», cfr. VILLAVICENCIO, 2000: 72.

asume ese concepto básico abstracto como descripción unitaria de qué es lo que se entiende por dolo, en sus diferentes grados⁷⁷.

Partiendo de las anteriores premisas, Roxin integra el contenido del elemento decisión mediante el análisis conjunto de dos factores (conocimiento de la posibilidad de producción del resultado típico y ejecución del plan que guía la actuación del individuo); factores que, además, le permiten distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente:

Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque solo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta «decisión por la posible lesión de bienes jurídicos» es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición⁷⁸.

Hassemer⁷⁹ llega a conclusiones similares, pero matizando, sobre todo, el fundamento de la mayor penalidad del dolo frente a la imprudencia conforme a criterios normativos. De este modo, entiende que la más grave incriminación de la conducta dolosa viene motivada porque con ella se lesiona no solo el bien jurídico, sino también la norma que obliga a respetarlo. Por esta razón, considera insuficiente la constatación de un cierto grado de conocimiento como paradigma delimitador entre el dolo y la culpa —criterio diferenciador utilizado por las teorías cognitivas—, poniendo de manifiesto la relevancia del factor volitivo a la hora de realizar dicha distinción:

[...] para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no solo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y esto significa «quererla». Una «decisión» a favor del hecho injusto, su «asunción personal» no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo.

No obstante, Hassemer reconoce las dificultades que plantea la constatación de un hecho interno que, por definición, se sustrae a la contemplación directa del observador; problemas que pretende solventar propugnando una investigación

77 HASSEMER, 1990: 916.

78 ROXIN, 1997c: 425 ss.

79 1990: 917.

del dolo apoyada en el análisis de los «elementos externos de caracterización» (indicadores), ordenados en tres secuencias:

[...] peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna) a favor de la realización del peligro reconocido [...]. Así, en el que hay que tratar la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente protegido, se determina por ejemplo la fuerza destructiva de una bomba y su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que un arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura un suceso lesivo (p. ej. el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o excluyente del peligro, etc. En el nivel cognitivo (de la representación del peligro), se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto, su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad versus simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc.⁸⁰

Una posición peculiar adoptan Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée⁸¹ en torno a la conceptualización del dolo eventual. En efecto, dichos autores suscriben la teoría de la «decisión en contra del bien jurídico» para diferenciarlo de la imprudencia, pero lo conciben no ya como un grado de dolo, sino como una forma agravada de culpa:

Si partimos de la base de que el dolo es conocer y querer la realización típica, en el llamado dolo eventual no solo falta el elemento volitivo que la doctrina pretende suplir, bien sea con el consentimiento o bien la probabilidad, sino que también falta el conocimiento de la realización. Simplemente hay

80 HASSEMER, 1990: 929 s.: «Esta diferenciación debe tener como consecuencia —lo cual ya se vislumbra en la Jurisprudencia sobre el dolo— un enriquecimiento creciente de la investigación judicial de los elementos externos de caracterización del dolo. Solo así avanzaremos hacia una comprensión correcta del mismo».

81 1999: 183 ss.

una representación del resultado probable y de no haberse tomado las debidas precauciones. Esta representación no puede asimilarse al conocimiento de la realización típica como requiere el dolo, por ejemplo, saber que se está matando en el caso del homicidio. La mera probabilidad no puede identificarse con el conocer y el querer del dolo. La estructura del dolo eventual es la del delito culposo, precisamente porque su fundamento político-criminal es totalmente diferente al de los delitos dolosos. En los delitos dolosos, el legislador castiga procesos dirigidos a afectar bienes jurídicos. En cambio, en los delitos culposos castiga procesos de alto riesgo donde no se han ejercido los cuidados requeridos. Y en el dolo eventual, lo que hay precisamente es un proceso de alto riesgo para un bien jurídico en que no se ejercieron conscientemente los cuidados requeridos [...]. Ahora, es cierto que de lo que no hay duda es que en el llamado dolo eventual existe una mayor gravedad que permite su asimilación en pena al hecho doloso propiamente tal, porque el sujeto tiene la actitud de contar con el riesgo o decidirse por ese curso de acción que implica ese riesgo para los bienes jurídicos [...]. En otras palabras, el llamado dolo eventual es un caso especial de delito imprudente con representación en el que el predominio de los elementos subjetivos es manifiesto⁸².

Sin embargo, parecen ciertas las críticas que se realizan en contra de la posición anterior, en el sentido de destacar que la «decisión en contra del bien jurídico», lejos de constituir una simple agravante de la culpa consciente, constituye el verdadero núcleo del dolo y lo que fundamenta su mayor punición, en la medida en que, como mantiene Zugaldía Espinar⁸³, «indica una forma de querer la realización del tipo que transforma a la imprudencia en algo sustancialmente distinto —a saber—: en dolo. De otra parte, los datos comunes que unen al dolo eventual y a la culpa con representación no permiten afirmar que aquel participe de la naturaleza de esta: si la culpa desaparece, tampoco puede haber dolo directo».

IV. DISTINCIÓN A PARTIR DE ELEMENTOS ESPECÍFICOS DE LA IMPRUDENCIA

También se han producido En la doctrina, se han efectuado también algunos intentos para delimitar el ámbito propio de la imprudencia a partir de la constatación de algunas diferencias estructurales que presentaría esta frente al dolo. Es este el objetivo perseguido tanto por la teoría de la «voluntad activa de evitación» de

82 En sentido similar se pronuncia PEÑA CABRERA, 1995: 336.

83 1986: 403.

Kaufmann⁸⁴ como por la tesis del «error sobre la capacidad preventiva del sujeto» de Kindhäuser⁸⁵. Ambas giran en torno a la noción de «evitación del resultado lesivo para el bien jurídico», idea de la que deducen los parámetros cuya concurrencia permitirá afirmar la existencia no ya de dolo, sino de imprudencia.

1. La imprudencia como voluntad activa de evitación

Kaufmann⁸⁶ parte de la constatación de que «la voluntad de realización se puede extender a todas las consecuencias y modalidades del obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su existencia o de su producción. Preguntar aquí por lo que el autor “no quiere”, aunque obra y toma en cuenta la posibilidad de la existencia o de la producción de las circunstancias, conduciría a la equiparación entre “querer” y “desear”», equiparación que rechaza. No obstante, entiende posible invertir el planteamiento, es decir, preguntarse «si acaso la voluntad de realización del autor fue dirigida precisamente a no dejar producir la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida más bien a impedirlo. Pues la voluntad de realización no puede estar dirigida, por una parte, a dejar producir el resultado reconocido como posible, y por otra, sin embargo, tender también, mediante la forma de obrar, a evitar precisamente ese resultado».

De este modo, en aquellos casos en que el autor toma conciencia de que el empleo de los medios inicialmente seleccionados para alcanzar el objetivo perseguido puede conducir a una consecuencia accesoria indeseada, la acción dirigida a esa meta estará enderezada al mismo tiempo a la evitación del resultado accesorio indeseado, lo que ocurrirá según Kaufmann en dos clases de supuestos:

aa) Si el autor cree erróneamente que la acción dirigida a la evitación del resultado accesorio alcanzará con seguridad ese objetivo, entonces la voluntad de realización ya no puede comprender la producción de la consecuencia accesoria, porque faltan componentes intelectuales de la voluntad de realización.

bb) Pero también cuando el autor permanezca en duda sobre si sus precauciones bastarán para la evitación del resultado accesorio, es decir, si él, lo mismo antes que después, sigue contando con la posibilidad de producción del resultado, tampoco esto modifica en nada el que su voluntad final de realización sea dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria y se hayan puesto medios para el logro de ese objetivo.

84 1960: 185 ss.

85 1984: 1 ss.

86 1960: 194 ss.

Frente a los supuestos anteriores, en los que debe negarse la existencia de un dolo eventual, Kaufmann plantea una tercera hipótesis, que de ha de recibir un tratamiento completamente distinto:

Aunque el autor reconoce la posibilidad de la producción de un resultado accesorio, no corrige su elección de los medios, no dirige, por tanto, el curso de la acción hacia la evitación de la consecuencia accesorio. Esta no realización de un cambio para la evitación de la consecuencia puede tener tres motivos: o no es en absoluto posible una configuración distinta de la acción (pero el objetivo de la acción es al autor demasiado importante para abandonarlo a fin de evitar la consecuencia accesorio); o el empleo necesario para la modificación de la elección de los medios resulta al autor demasiado costoso; o es indiferente al autor la producción de la posible consecuencia accesorio⁸⁷.

De este modo, pretende alcanzar el autor mencionado una objetivación del límite del dolo, coherente con los presupuestos de la teoría de la acción final:

[...] pues el «confiar» en poder evitar un resultado solo es voluntad de realización, y excluye, por tanto, el dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente en el curso de la acción misma [...]. Si el curso de la acción no es dirigido a la evitación del resultado accesorio tenido en cuenta como de posible producción, la voluntad de realización abarca la realización del resultado total, tanto del objetivo principal como del efecto accesorio. Aquí falta una voluntad de evitación final⁸⁸.

La doctrina no ha escatimado críticas contra esta teoría; críticas que, si bien son de diversa índole, comparten un mismo punto de partida: se rechaza la

87 KAUFMANN, 1960: 195 s. Para ilustrar su tesis y al mismo tiempo dejar claras sus diferencias frente a las teorías de la aceptación o de la indiferencia, el autor propone el siguiente ejemplo: «El dueño de un jardín quiere extirpar las malas hierbas de un vivero de flores. Porque su azada es ancha y la distancia entre los macizos de flores pequeña, reconoce el peligro de lesionar los delicados tallos. Si cava con entera despreocupación, entonces acoge en su voluntad de realización el daño de los tallos. Distinto, en cambio, si se preocupa de conducir su instrumento de tal forma que sea evitada una lesión. Entonces su voluntad de realización está dirigida precisamente a proteger las flores, y no comprende, en cambio, lo contrario, esto es, la posible lesión. En *ambos casos no* depende ello de que el jardinero se haya dicho: “Sería lástima que dañase las bonitas flores”, o “los viejos tallos deben arrancarse pronto, en todo caso; si arranco alguno, no importa”. Hasta qué punto alcanza aquí la voluntad de realización, si por encima del objetivo apetecido —eliminación de las malas hierbas— comprende también el daño de los tallos, previsto como posible, depende tan solo de lo que el jardinero se propone y realiza: si pone atención y “dirige” su instrumento para evitar el resultado accesorio, o no».

88 KAUFMANN, 1960: 198 s.

consideración de la voluntad activa de evitación como elemento esencial de la imprudencia (o como causa indubitada de exclusión del dolo), y se le adjudica, a lo sumo, el valor de mero indicador externo⁸⁹. Y ello, porque, tal y como mantiene Hassemer⁹⁰,

[...] no parece evidente que quien reduce la peligrosidad de su acción ya por ello merezca un tratamiento menos severo, dado que, en todo caso, desde su punto de vista, actúa de modo peligroso, o sea, que —a pesar de la conducta evitadora— actúa con «mala voluntad». Para justificar una exclusión del dolo habría que saber más sobre la persona del sujeto agente, su representación del transcurrir de los hechos y sobre todo su objetivo. La acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal.

Zielinski⁹¹ ilustra tal posibilidad con un conocido ejemplo:

«A» incendia su casa para cobrar la suma del seguro, consciente de que, bajo el mismo techo, vive su suegra paralítica y posiblemente no pueda ser retirada a tiempo de la casa. Con la ejecución del incendio habría que admitir una tentativa de asesinato ciertamente contraria al deber. ¿Debe ser diferente solo porque «A» planea llamar a los bomberos tan pronto como la planta arda bien y calcule por eso tener una «chance real» de poder salvar a la mujer? ¿O debe eliminarse posteriormente la tentativa de homicidio si «A» llama por teléfono? ¿O bien la fundamentación de la tentativa debe estar postergada hasta la omisión del llamado telefónico planeado? y ¿en qué residiría, entonces, la acción que contiene la tentativa de asesinato? La cuestión del ilícito de la tentativa no se puede responder con ayuda de la voluntad de evitación.

Por lo demás, Bustos Ramírez⁹² destaca las dificultades que surgen a la hora de distinguir esa «voluntad de evitación» de la «voluntad de tomar los cuidados exigidos», pues «quien toma los cuidados correspondientes parece evidente que tiene voluntad de evitación y tal persona entonces no actuará con culpa y lógicamente tampoco con dolo eventual». De este modo, en definitiva, «nuevamente se llega a una confusión entre dolo eventual y culpa, pero se está cada vez más cerca de la estructura de la culpa y más lejos de la estructura del dolo».

89 ROXIN, 1997c: 437.

90 1990: 912 ss.

91 1990: 149.

92 1984: 41.

2. La imprudencia como error sobre la evitabilidad del resultado

Kindhäuser⁹³ no desecha totalmente la tesis de Kaufmann, pero solo admite una de sus conclusiones: en efecto, según este autor, la voluntad de realización es neutralizada con la voluntad de evitación, pero ello no significa que la ausencia de tal voluntad de evitación equivalga sin más a la concurrencia de voluntad de realización. Por ello, los intentos de impedir la producción del resultado por parte del autor constituirán tan solo un indicador de la concurrencia de imprudencia; el elemento esencial de esta, frente al dolo, habrá que buscarlo en otra parte.

Para llevar a cabo dicha tarea, Kindhäuser prescinde de la consideración del elemento volitivo como paradigma diferenciador entre dolo eventual e imprudencia, entendiendo que la intencionalidad, en la medida en que no forma parte de la estructura de la acción (sino que, a lo sumo, sirve para explicar por qué el sujeto actúa), carece de virtualidad a la hora de determinar si el comportamiento fue doloso; en opinión del autor, las expresiones tradicionalmente esbozadas por los seguidores de la concepción volitiva para hacer referencia a la voluntad («consentir», «estar de acuerdo», «conformarse con», etc.) no son sino otras formas de referirse a la «intención», tratando de evitar sus inconvenientes, sin conseguirlo.

La distinción, por tanto, habrá de buscarse en el elemento cognitivo, pero no ya en la consciencia del riesgo o de la probabilidad de realización típica⁹⁴, sino en el grado de conocimiento que tenga el sujeto sobre otra circunstancia determinada: su capacidad objetiva de producir, o evitar, el resultado (conocimiento de la capacidad productiva o preventiva). Con este cambio de enfoque, Kindhäuser no solo encuentra un novedoso criterio para distinguir el dolo eventual de la imprudencia, sino que además consigue eludir una de las indeseables consecuencias político-criminales a las que inevitablemente conducen otras teorías cognitivas: la inclusión de la imprudencia consciente dentro del ámbito del dolo, y la afirmación de la inconsciente como única forma culposa.

De este modo, en aquellos casos en que el sujeto está en situación de producir un resultado, pero no parte de esa posibilidad (falta de conocimiento sobre la capacidad productiva), actuará con imprudencia inconsciente. En cambio, si el individuo sabe que está en situación de producir un resultado (conocimiento de la capacidad productiva), pero cree incorrectamente que posee suficiente aptitud para evitarlo (error sobre la capacidad preventiva), habrá actuado con imprudencia consciente; en esta segunda modalidad culposa, el adjetivo «consciente» hace

93 1984: 16 ss.

94 En opinión de KINDHÄUSER, 1984: 27, el autor imprudente puede, al igual que el doloso, reconocer la peligrosidad de su acción.

referencia al conocimiento de la posibilidad objetiva de producción del resultado, mientras que el sustantivo «imprudencia» se identificaría con el error (vencible) en que incurre el individuo al valorar su capacidad para impedirlo⁹⁵.

Por lo tanto, la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente radicaría en la constatación de un elemento presente en la segunda y ausente en el primero, el error sobre la evitabilidad del resultado: el individuo que valora erróneamente su capacidad para impedir el resultado típico no tomará las precauciones requeridas para evitarlo sencillamente porque no las considerará necesarias (culpa consciente); por contra, el sujeto que conoce su falta de capacidad para evitar el resultado y, a pesar de ello, sigue actuando, cometerá el hecho dolosamente, aunque no desee su producción (dolo eventual)⁹⁶.

La sugestiva tesis de Kindhäuser, aunque explica de modo satisfactorio la mayoría de los supuestos de imprudencia, no está tampoco completamente exenta de objeciones. En efecto, los comportamientos culposos parecen responder al doble esquema propuesto por el autor: el que actúa con imprudencia inconsciente ignora que de su acción puede seguirse un resultado típico (no conoce su capacidad productiva), en tanto que quien comete el hecho con imprudencia consciente cree que podrá evitar la materialización del peligro que origina con su conducta (error sobre la capacidad preventiva). Sin embargo, son imaginables otros supuestos que, a pesar de responder a esta segunda estructura, parecen corresponderse más bien con la calificación de dolo eventual.

Para ilustrar dicha problemática puede resultar útil acudir a un ejemplo extremo: un terrorista coloca una bomba de relojería en unos grandes almacenes, y avisa de este hecho a la policía, confiando en que esta se encargará de desactivarla; pero a consecuencia de la densidad del tráfico, el grupo de operaciones especiales no llega a tiempo de evitar que la bomba estalle, y ello causa varios muertos. Este ejemplo incluye todas las características señaladas por Kindhäuser para afirmar la existencia de imprudencia consciente por error sobre la capacidad preventiva: el sujeto parte de que de A (colocación de la bomba) se sigue B (muerte de varias

95 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1994: 109 s., caracteriza de un modo similar las diferentes modalidades culposas: «La imprudencia consciente supone, por tanto, un conocimiento «correcto» del peligro concreto (valoración *ex ante* del mismo correspondiente a la que realizaría el hombre medio ideal en la situación del autor), y la actuación pese a esa representación, confiando en la no producción del resultado lesivo, al creer que se tiene bajo control el curso de los acontecimientos. Y es precisamente ahí donde radica lo imprudente, donde se infringe el cuidado debido: en la errónea confianza en sus capacidades y posibilidades de dominar el peligro y evitar el resultado. En la imprudencia inconsciente, por el contrario, se infringiría la norma de cuidado ya en el momento del reconocimiento del riesgo (no apreciación en absoluto o evaluación errónea, pudiendo y debiendo conocerlo correctamente)». KINDHÄUSER, 1984: 28.

96 Se adhiere a esta tesis CORCOY BIDASOLO, 1989: 282.

personas) y de que él está en situación de evitar B aún realizando A (avisando a la policía a tiempo); lleva a cabo A y B finalmente se produce⁹⁷. Pero quizá en este caso la concurrencia de tal error no sea criterio suficiente para excluir el dolo eventual; la constatación del plan del autor, y de la decisión de seguir actuando conforme a este y en contra del bien jurídico podrían llevar a otra solución. Por ello, la teoría del «error sobre la capacidad preventiva» aparece, nuevamente, como un mero indicador (aunque especialmente cualificado), de la inexistencia de dolo.

Corcoy Bidasolo pretende salvar estos inconvenientes manteniendo que no podrá apreciarse error sobre la capacidad de evitación «cuando el autor no tiene ninguna clase de control sobre las posibles consecuencias de su comportamiento. Esto sucede en aquellos casos en los que el autor, una vez creado el riesgo —y conociendo su efectiva virtualidad—, deja de controlarlo, por lo que no puede tener una confianza racional en la ausencia del resultado»⁹⁸. Sin embargo, tal matización no da respuesta a aquellos supuestos en los que el sujeto cree que controla la situación, pero de facto no sucede así; para ser coherentes con las premisas de las que se parte, habría que calificar también a estos supuestos como imprudencias, en la medida en que quien cree poder controlar un riesgo, cree que puede evitar que este se materialice en un resultado. Por lo demás, parece evidente que con tal criterio corrector (afirmar la existencia de dolo en caso de ausencia de control del riesgo) lo que realmente se hace es proponer una fórmula para presumir el elemento volitivo (porque tal autor no puede ya confiar racionalmente en que el resultado no se producirá), con lo que, a la postre, se cae en las mismas contradicciones de las otras teorías cognitivas.

V. La unión del dolo eventual y la culpa consciente en una nueva categoría

Habida cuenta de las dificultades que se plantean a la hora de delimitar el ámbito propio del dolo eventual frente al de la imprudencia consciente, cierto sector de la

97 Lo mismo puede decirse del «caso *Lacman*»: quien dispara la escopeta en la barraca de feria confía en su capacidad para conseguir el objetivo perseguido (acertar a la bola de cristal y ganar la apuesta) y evitar al mismo tiempo el resultado lesivo (herir la mano de la joven que la sostiene). El tirador inexperto valora erróneamente su capacidad preventiva, pues de saber que no podría evitar el resultado final, ni siquiera habría aceptado la apuesta.

98 CORCOY BIDASOLO, 1989: 283 s. La autora propugna seguir en estos casos la teoría de la probabilidad: «siempre que se conozca el concreto riesgo que entraña la conducta, al no poder controlarlo, la conducta será dolosa. Sin embargo, para evitar la posible ampliación del ámbito del dolo eventual, y las consecuentes críticas, es posible, también, calificar como imprudentes, los supuestos en los que, pese a que el sujeto pierde el control del riesgo, se aprecia la existencia de un error sobre la efectiva peligrosidad de la conducta».

doctrina ha propuesto su tratamiento conjunto mediante la creación de una categoría intermedia, a caballo entre el dolo y la culpa⁹⁹. Esta idea ha sido desarrollada en Alemania sobre todo por Weigend¹⁰⁰, quien elabora su propuesta tomando como modelo la *recklessness* anglosajona.

La esencia de tal figura, desconocida en nuestro sistema jurídico-penal, radica en el conocimiento por parte del sujeto que actúa del riesgo para el bien jurídico que genera con su acción. De este modo, se configura como un grado del tipo subjetivo más débil que el dolo, pero también más grave que la imprudencia: «Quien conoce la peligrosidad de su comportamiento y, a pesar de ello sigue en sus trece, actúa con *recklessness* o desconsideración. El concreto reproche que se le puede hacer a quien de este modo actúa no es que ha sido descuidado (reproche dirigido al sujeto que actúa imprudentemente), tampoco que se ha decidido conscientemente por la lesión del objeto protegido (reproche que merece el sujeto que actúa dolosamente). Lo que al sujeto que actúa con *recklessness* se le reprocha es que se ha comportado de forma conscientemente arriesgada»¹⁰¹. No obstante, no existe consenso a la hora de determinar la exacta naturaleza de esta figura intermedia: si se trata de una agravación de la imprudencia (*négligence*) o si constituye una subespecie de la *intention* (figura equivalente al dolo directo); de este modo, la polémica en torno al dolo eventual, latente aún en los sistemas alemán y español, se reproduce en cierta medida en el seno de la doctrina anglosajona.

En cualquier caso, la hipotética introducción de esta novedosa figura en nuestro ordenamiento conllevaría la desaparición de la culpa con previsión como forma de imputación subjetiva independiente, pues la *recklessness* y la imprudencia inconsciente se excluyen entre sí y no dejan espacio intermedio:

[...] cuando el sujeto cree que con su acción no será puesto en peligro el objeto de la misma, actúa en todo caso con imprudencia inconsciente y no con *recklessness*. Se da *recklessness* cuando el sujeto reconoce el concreto peligro para el objeto de la acción y no por ello abandona su comportamiento planeado previamente. Se excluye la existencia de *recklessness* cuando, a pesar de que el sujeto reconoce el peligro para el objeto de la acción, está seguro de que el resultado lesivo no se producirá. Y en estos grupos de casos, el sujeto reconoce

99 Aboga por el tratamiento conjunto del dolo y la imprudencia como una tercera forma de culpabilidad ESER, 1980: 53. Críticamente se pronuncia sobre el tema CORCOY BIDASOLO, 1985: 972, en cuya opinión tal posibilidad «no pasa de ser un *desideratum* de «lege ferenda». En España, han realizado propuestas similares a partir de los art. 8.8 y 9.4 del CP 1973, CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972: 21 s., y BUSTOS RAMÍREZ, 1984: 46 s.

100 1981: 657 ss.

101 DÍAZ PITA, 1994: 35 s.

en última instancia solo el peligro abstracto pero no el peligro concreto que su acción conlleva¹⁰².

Habida cuenta de lo anterior, parece claro que el contenido de la *recklessness* se corresponde con el que los precursores de las teorías cognitivas adjudican al dolo eventual¹⁰³; en ambos casos, bastará con que el sujeto que actúa conozca la peligrosidad específica de su acción. Las diferencias, sin embargo, no se limitan al cambio de etiquetas, y se materializan en el ámbito de la penalidad. Como se vio, la interpretación de las figuras delictivas conforme a las tesis cognitivas supone en todo caso una agravación penológica, en la medida en que determinados comportamientos, considerados imprudentes por la concepción volitiva, deberían ser sancionados como dolosos. Frente a ello, la introducción de una figura intermedia entre el dolo directo y la culpa (inconsciente) conllevaría, de seguirse el modelo anglosajón, la imposición de una pena más leve que la correspondiente al dolo, pero más grave que la prevista para la imprudencia¹⁰⁴.

De este modo, en definitiva, se concedería un tratamiento unitario a modalidades de conducta que, en términos valorativos, quizá merezcan distinta respuesta penal, en tanto que poseen contenidos cualitativamente diversos: el dolo eventual implica un mayor desvalor de acción (decisión de actuar en contra del bien jurídico) que la imprudencia (inobservancia del cuidado requerido); de forma paralela, ciertos comportamientos calificables como culpa consciente pueden conllevar un contenido de injusto menor que la inconsciente, en la medida en que es posible que el agente conozca el riesgo que genera con su comportamiento descuidado, pero que tal infracción de la norma de cuidado sea de carácter leve (menor desvalor de acción).

VI. Conclusiones

A la vista de los argumentos avanzados, no parece descabellado mantener, como lo hace Roxin¹⁰⁵, que los diversos empeños por suprimir totalmente el elemento volitivo del dolo están condenados al fracaso. Ciertamente, en la conceptualización de tal elemento se debe prescindir de ciertos componentes «emotivos» de la conducta (cuya consideración da lugar a las concepciones volitivas más tradicionales, como las de la «aceptación» o de la «indiferencia»); pero esto no significa que se pueda obviar también el análisis de un factor que aparece, exclusivamente, en

102 DÍAZ PITA, 1994: 259; WEIGEND, 1981: 693.

103 Y en especial, con la tesis de FRISCH, 1983: 70 ss.

104 Cfr. WEIGEND, 1981: 698.

105 1997: 446.

cualquier modalidad de comportamiento doloso: la decisión en contra del bien jurídico. Buena prueba de ello es que la mayoría de las teorías del conocimiento acaban admitiendo, aunque sea de modo implícito, la existencia de ese factor. Así, por ejemplo, Jakobs requiere la concurrencia de un «juicio válido» para afirmar la presencia de dolo (siquiera eventual), en tanto que Frisch exige la constatación de una «toma de posición del autor ante el riesgo».

Además, las teorías puras del conocimiento no explican satisfactoriamente la existencia de algunas figuras delictivas dependientes de ciertos elementos subjetivos del tipo (ánimo de lucro) y, sobre todo, la punición de determinados supuestos como tentativa dolosa, y no como imprudencia. La teoría de la posibilidad opera como una presunción en todo caso contra reo, y la de la probabilidad, si bien palia en cierta medida los resultados punitivos exacerbados a los que llega la anterior, tampoco llega a explicar qué grado concreto de probabilidad sería necesario constatar para afirmar la existencia de dolo. Finalmente, al poner el acento en el conocimiento, se amplía en exceso el ámbito del dolo eventual a expensas de la imprudencia consciente, figura que, en la práctica, desaparecería al quedar absorbida por este.

El análisis del comportamiento doloso pone de manifiesto que este se compone de dos elementos (el cognitivo y el volitivo), y que es de hecho en la concurrencia del segundo en lo que se traduce el mayor desvalor de acción que presenta el dolo frente a la imprudencia (con o sin previsión). En efecto, solo la constatación de una decisión en contra del bien jurídico puede justificar de un modo razonable por qué se sanciona penalmente la tentativa dolosa (aun cuando esta no cause resultado material alguno) y no la culposa, al tiempo que sirve para fundamentar la menor penalidad que debe merecer, en cualquier caso, la imprudencia consciente frente al dolo eventual.

En definitiva, ninguna de las teorías enunciadas hasta ahora por la doctrina es suficientemente satisfactoria, aisladamente consideradas, para determinar la concurrencia del elemento volitivo en cada supuesto de hecho. Por ello, y partiendo de la premisa de que todas ellas, por separado, pueden convertirse en poco más que meras presunciones si se intenta aplicarlas en términos absolutos, parece más razonable utilizarlas todas, de forma escalonada, con el objeto de averiguar, mediante la técnica de indicios, si la conducta objeto de enjuiciamiento se realizó dolosamente. Desde este punto de vista, las diferentes tesis esbozadas adquirirían un papel instrumental en el proceso, a fin de dirimir el concreto supuesto enjuiciado. Así, por ejemplo, en algunas ocasiones, la ausencia de voluntad podrá deducirse claramente de la escasa previsibilidad del resultado (teorías de la probabilidad o del riesgo) o de las medidas tomadas por el autor para tratar de impedirlo (teoría de la voluntad activa de evitación); en otras, en cambio, el manifiesto desprecio

por el bien jurídico que evidenció el sujeto con su actuación pondrá sobre la pista del dolo eventual (teoría de la indiferencia). Quizá el empleo de este método no evite la existencia de un resto de inseguridad jurídica, pero al menos puede ayudar a impedir los resultados materialmente injustos a los que conduciría la aplicación de una determinada concepción conforme a un esquematismo rígido. De este modo, como señalan Muñoz Conde/García Arán¹⁰⁶, el verdadero problema del dolo eventual desemboca, a la larga, en la identificación de los indicadores externos idóneos para demostrar, en sede judicial, la existencia o no del necesario elemento volitivo respecto al concreto resultado producido, en la medida en que la constatación de la representación de su probable producción (esto es, el elemento cognitivo) deviene insuficiente a la hora de afirmar o negar que el comportamiento fue doloso; y ello con independencia de la naturaleza del delito cometido: ya sea este de lesión o de peligro (concreto o abstracto).

En efecto, aunque determinadas modalidades de dolo de peligro pueden coincidir (sobre todo, cuando afectan a bienes jurídicos individuales) con la estructura de la imprudencia consciente de lesión (sin resultado), ello no debe llevar a identificar ambas formas de imputación subjetiva, a no ser que se prescindiera de la consideración del elemento volitivo en el delito de peligro. Pero no existen en la estructura de tal ilícito razones que obliguen a tal conclusión; como acertadamente destacan Bustos Ramírez/Hormazábal Malaree¹⁰⁷, el hecho de que en estos supuestos se requiera no ya el efectivo menoscabo del bien jurídico, sino solo la constatación de su puesta en peligro, no posee especial trascendencia a estos efectos, «pues no implica una mayor diferenciación con el contenido del dolo, que sigue siendo en ambos casos conocimiento y voluntad de la realización típica. El problema no está en el dolo, sino en la estructura del tipo legal».

La distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente es, por tanto, también posible en los delitos de peligro, tanto concreto como abstracto, dado que ambos contienen un desvalor de resultado que el sujeto puede aceptar o no. De este modo, al igual que el dolo de peligro no conlleva, necesariamente, la existencia de un dolo eventual de lesión (porque el individuo puede no resignarse a la producción del resultado), tampoco es posible identificar sin más dolo de peligro e imprudencia consciente. Así, por ejemplo, el sujeto activo puede ser consciente de que no facilita los medios de seguridad necesarios para prevenir riesgos laborales, pero confiar al mismo tiempo en la capacidad de sus trabajadores para neutralizar el riesgo, lo que daría lugar a un delito imprudente de peligro (art. 317 CP español) cometido con consciencia de la posibilidad del resultado típico.

106 2000: 310.

107 1999: 71.