



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Grado

### **DELIMITACIÓN DEL DOLO: CARÁCTER AUTÓNOMO DEL ELEMENTO VOLITIVO**

**Delimitation of the dolus (wilful intent):  
autonomous character of  
its volitive element**

Autor:

Daniel Miguel Boldova Marzo

Director:

Asier Urruela Mora

Facultad de Derecho/ Universidad de Zaragoza

Junio 2021

# ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>4</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
1. Cuestión tratada. .....	5
2. Motivación de la elección del tema.....	7
3. Metodología seguida en el trabajo .....	7
<b>II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DEL DOLO.....</b>	<b>9</b>
1. Introducción.....	9
2. Evolución histórica del dolo como presupuesto del delito. .....	10
2.1. El dolo en los inicios de la teoría del delito: Teorías de la voluntad y de la representación. ....	10
2.2. Consolidación de la dogmática jurídico penal: Sistema neoclásico y sistema finalista. .....	12
<b>III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DOLO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA .....</b>	<b>17</b>
1. Teorías del dolo y teorías de la culpabilidad.....	17
2. <i>Dolus malus</i> y la aportación neoclásica a la estructura de la norma penal.....	18
3. Justificación finalista para incluir el dolo en el tipo de lo injusto.....	18
4. Tres niveles de dolo. .....	22
<b>IV. ELEMENTOS DEL DOLO.....</b>	<b>23</b>
1. Elemento intelectual. .....	23
1.1. Concepto y delimitación negativa. ....	23
1.2. Elementos descriptivos y elementos normativos. .....	24
1.3. Error sobre los elementos objetivos del tipo.....	24
2. Elemento volitivo. .....	27
2.1. Concepto.....	27
2.2. Clases de dolo.....	28
<b>V. DISTORSIONES DE LA DOCTRINA CON RELACIÓN AL DOLO.....</b>	<b>37</b>
1. Reformulación del contenido del dolo. .....	37
2. Crítica de GRECO a la voluntad. .....	39
<b>VI. REFLEXIONES SOBRE LA VOLUNTAD .....</b>	<b>42</b>
1. Concepto de dolo.....	42
2. Justificación del carácter autónomo del elemento volitivo del dolo.....	44
2.1. Respuesta a HERZBERG y PUPPE.....	44
2.2. Respuesta a la crítica de GRECO.....	45
3. Criterio delimitador entre dolo eventual e imprudencia consciente.....	50
3.1. Crítica a los criterios monistas.....	51
3.2. Defensa de la Teoría de la «toma en serio».....	52
<b>VII. CONCLUSIONES .....</b>	<b>55</b>



## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

**art.** Artículo

**arts.** Artículos

**cit.** Citado

**CP** Código Penal

**p.** Página

**pp.** Páginas

**ss.** Siguientes

**t.** Tomo

**Vol.** Volumen

# I. INTRODUCCIÓN

## 1. Cuestión tratada.

La determinación de los elementos subjetivos de la conducta humana es uno de los problemas principales abordados desde la ciencia jurídica. «Lo subjetivo» es un elemento central en nuestro sistema de Derecho Penal, pues es empleado para diferenciar la responsabilidad penal del resto de responsabilidades. En este concepto se incluyen elementos internos del individuo, como son los pensamientos o las intenciones, que implican una evidente dificultad probatoria. Es tarea del Derecho Penal, pero también del Derecho Procesal-Penal, resolver esta problemática, en la que se debe realizar una plasmación verbal de fenómenos que ocurren en la intimidad psíquica de las personas coetáneas - en el caso de las acciones- con una exteriorización o puesta en marcha del comportamiento. Con el propósito de ofrecer soluciones a esta problemática el Derecho Penal emplea la atribución del dolo para resolver de una forma lingüística la producción de estos fenómenos psíquicos.

El dolo constituye una construcción doctrinal que resuelve la imposibilidad de probar empíricamente la existencia de un estado mental en el transcurso de un suceso con significación penal. Tradicionalmente, de acuerdo con la acuñación otorgada por el finalismo, el dolo ha sido entendido como la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. En esta definición se reconocen dos elementos caracterizadores del dolo, la conciencia o conocimiento (elemento intelectual) y la voluntad (elemento volitivo) referidos a los elementos constitutivos del delito. Se configura como el elemento fundamental de la tipicidad subjetiva en los delitos dolosos, estableciendo una clara diferenciación entre los delitos dolosos y los delitos imprudentes.

Una de las razones por las que la delimitación conceptual del dolo es fundamental para el sistema del Derecho Penal es por la citada dificultad probatoria de la parte subjetiva del tipo, que no es observable directamente, sino que se debe deducir del conjunto de la acción ejecutada por el autor en el mundo exterior. La situación más problemática en torno al dolo se produce cuando el sujeto que realiza una acción con una determinada finalidad, se ha representado la posibilidad de la producción de un resultado delictivo derivado de aquélla sin considerar segura su producción. En esta situación se plantea la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente.

En la delimitación sobre el contenido del dolo la corriente tradicional ha sostenido la existencia de los dos elementos del dolo citados anteriormente: el elemento intelectual (conciencia del sujeto de realizar

todos los elementos del tipo objetivo) y el elemento volitivo (voluntad del sujeto de realizar los elementos del tipo objetivo, aunque más particularmente del resultado delictivo, o en los delitos de mera actividad, de la cualidad de la acción). Sin embargo, en la discusión planteada sobre el contenido del dolo han surgido tendencias en la doctrina alemana, que han sido acogidas por parte de un sector de la doctrina española, en las que se defiende que el único elemento relevante del dolo es el intelectual. El elemento volitivo no tendría carácter autónomo, entendiéndose que si el autor realiza la acción siendo consciente del peligro concreto para un bien jurídico estaría implícito el elemento volitivo. Se trata por ello de una corriente monista del concepto del dolo.

Esta concepción monista del dolo permite resolver el grave problema de la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, al otorgar una solución a la situación en la que el sujeto se ha representado la posibilidad de producción del resultado sin considerar segura su producción, pero sin que tampoco adopte ninguna actuación dirigida a evitarlo. De ese modo la imprudencia consciente se equiparía al dolo eventual y el problema de delimitación entre ambas quedaría en gran medida solventado, a costa de reducir la imprudencia prácticamente solo a la inconsciente. Optar por esta tesis suprimiría toda referencia al elemento volitivo. Frente a la corriente monista, la doctrina tradicional ha argumentado que se trataría de una simplificación que no elimina la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente, sino que la desplaza de lugar; de discutirse en el plano volitivo pasaría al intelectual, sin aportar una verdadera solución.

Con motivo de la importancia estructural que supone el reconocimiento del carácter autónomo del elemento volitivo este trabajo pretende abordar la problemática entre las dos corrientes expuestas. En un primer bloque se va a realizar un análisis exhaustivo del concepto del dolo, en el que tratará su evolución histórica como construcción doctrinal y su delimitación actual. En este análisis se tratarán los asuntos más trascendentales para la problemática abordada, explicando en particular la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, la definición del elemento intelectual y del elemento volitivo. Tendrá particular interés la explicación de los grados de dolo y los criterios propuestos para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente.

En un segundo bloque se van a explicar las dos corrientes penalistas confrontadas en torno a esta problemática: las corriente dualistas, apoyadas en la acuñación finalista de la acción, y las corrientes monistas, de carácter más bien causalista y en cualquier caso puramente normativistas. Se realizará un análisis que abordará dos planos dogmáticos, un plano conceptual en el que se determina la naturaleza

y la estructura dogmática del dolo apoyándose en lo expuesto en el primer bloque, y un segundo plano en el que se determinará la compatibilidad de las corrientes con el sistema jurídico-penal español.

De esta forma se ofrecerá una exposición detallada de una problemática jurídica actual con respecto a un concepto fundamental para la teoría del delito como el dolo, y se presentarán las corrientes penales enfrentadas en torno al contenido de este concepto. Con el concepto del dolo delimitado se podrá tratar la compatibilidad y viabilidad de estas corrientes de tal forma que se pueda desarrollar una perspectiva práctica de las diferentes implicaciones planteadas.

## **2. Motivación de la elección del tema.**

El objetivo de este trabajo es profundizar mis conocimientos en el campo de la Parte General del Derecho Penal, pues considero que la delimitación del contenido del dolo es fundamental en la configuración del Derecho Penal. En particular, el elemento volitivo del dolo ha sido objeto de un profundo debate que ha enfrentado a doctrina y jurisprudencia durante más de un siglo. Poder profundizar a este respecto supone una oportunidad como jurista en formación en un tema básico nuclear de la teoría jurídica del delito, en la medida en que se trata uno de los dos posibles elementos que caracterizan un comportamiento humano como delictivo (conductas dolosas y conductas imprudentes), cuyo desarrollo del último siglo ha venido de la mano de su contenido y de su lugar sistemático en la definición analítica del delito. La combinación entre la trascendencia y la dificultad de abordar este asunto han supuesto un atractivo innegable para elegir este campo de investigación.

## **3. Metodología seguida en el trabajo**

La metodología seguida para el desarrollo de este trabajo ha sido la búsqueda, comprensión y análisis crítico de las principales teorías penalistas que han abordado esta problemática. Se ha recurrido a diversas monografías, artículos y publicaciones que estudian la Parte Especial del Derecho Penal y, en particular, la delimitación del contenido del dolo y el análisis de su elemento volitivo.

Los autores a los que se ha acudido como fuente de consulta son los principales penalistas tanto de la doctrina alemana como de la española. Se ha recurrido a autores de la doctrina alemana por dos motivos. El primer motivo es debido a que el origen del debate en torno al elemento volitivo del dolo se remonta al enfrentamiento entre dos corrientes penales alemanas, la finalista y la neoclásica. El

segundo motivo es para exemplificar la gran influencia que los autores alemanes han ejercido sobre los penalistas españoles en lo relativo a la construcción doctrinal del dolo.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DEL DOLO.

### 1. Introducción.

El dolo constituye para la gran mayoría de la doctrina actual el ámbito subjetivo del tipo de lo injusto de los delitos dolosos. Aunque la ley no contiene una definición de dolo, es un elemento expresamente requerido con carácter general como elemento básico en el concepto de delito del artículo 10 del Código Penal (junto a la imprudencia para los delitos imprudentes)<sup>1</sup>. Pese a no recogerse una definición de dolo en el Código Penal en ocasiones se refiere a otros términos para designarlo: «intención» (arts. 270, párrafo segundo, 275, 277, 408, y 625), «malicia» (art. 459) y «a sabiendas» (arts. 320, 322, 329 y 404).

Al no contenerse una definición en el Código Penal ésta debe ser aportada por la doctrina penal. El dolo constituye una construcción doctrinal. La citada construcción ha sido objeto de discusión entre las diferentes corrientes de penalistas. En este apartado se va a abordar el concepto actual de dolo y su evolución histórica, mientras que en el siguiente apartado se justificará su ubicación en el tipo de lo injusto.

Una definición de dolo generalmente aceptada dentro de la doctrina penal española es la que aporta CEREZO MIR: «El dolo es la conciencia y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo»<sup>2</sup>. Otros autores de la doctrina penal española se refieren a la misma definición como punto de partida para desarrollar el concepto del dolo<sup>3</sup> <sup>4</sup>. El aspecto caracterizador de esta definición es el reconocimiento de dos elementos en el concepto de dolo: el elemento intelectual y el elemento volitivo.

Para el penalista argentino Eugenio RAÚL ZAFFARONI la importancia de establecer una concreta definición del dolo reside en su función «reductora» dentro del ordenamiento jurídico, pues los tipos

<sup>1</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción doloso», en *Derecho Penal: Parte General*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), 2<sup>a</sup> ed., Comares., Granada, 2016, p. 125.

<sup>2</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo II: Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 124.

<sup>3</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 125.

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», en *Derecho Penal: Parte General*, Conde, García, 8<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 267.

dolosos cumplen la función de limitar la imputación subjetiva de acciones exigiendo ciertas finalidades como condición para su relevancia típica<sup>5</sup>. Su definición coincide con la expuesta por CEREZO MIR puesto que también caracterizará al dolo con los dos elementos expuestos, «saber» y «querer» («Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración»). ZAFFARONI considera que el reconocimiento por parte de la doctrina dominante de estos dos elementos concluye con la polémica entre la *teoría de la voluntad (Willentheorie)* y la de la *representación (Vorstellungstheorie)* en torno a la inclusión (o no) del elemento volitivo como parte del dolo.

## **2. Evolución histórica del dolo como presupuesto del delito.**

En este apartado se va a exponer la evolución del dolo, en particular de su elemento volitivo, a través del histórico enfrentamiento entre la *teoría de la voluntad (Willentheorie)* y la de la *representación (Vorstellungstheorie)*. Pese a que el dolo como presupuesto del delito aparece por primera vez en el Derecho Romano<sup>6</sup>, en este apartado se va a analizar la evolución del dolo a partir del siglo XIX. Este momento histórico es más relevante para este trabajo, al ser cuando se desarrolló de forma sistemática el concepto de delito y se produjo la disputa sobre la fundamentación genérica del dolo<sup>7</sup>.

### **2.1. El dolo en los inicios de la teoría del delito: Teorías de la voluntad y de la representación.**

En un comienzo, la *teoría de la voluntad (Willentheorie)* y la de la *representación (Vorstellungstheorie)* no abordaban la fundamentación del dolo, sino que surgen para dar respuesta al problema de conectar la voluntad con los resultados jurídicos no intencionales. Sin embargo, el problema que abordaban se extendió a la esencia del elemento subjetivo del delito, puesto que la resolución del citado problema implicaba planteamientos sobre si en el concepto del dolo se incluía el elemento volitivo o sólo se componía del elemento intelectual<sup>8</sup>.

#### **A) Teoría de la voluntad (*Willentheorie*)**

En primer lugar, se va a exponer el pensamiento de Francesco CARRARA, penalista italiano que fue uno de los máximos exponentes de la teoría de la voluntad. De acuerdo con este autor el conocimiento

---

<sup>5</sup> RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal: Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 520-521.

<sup>6</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, p. 27.

<sup>7</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 39.

<sup>8</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 40.

es un presupuesto indispensable del dolo, pero no constituye la esencia de este<sup>9</sup>. Considera que los seres humanos son destinatarios de la ley como seres libres y capaces de decidir sus propios actos de tal forma que lo decisivo desde el punto de vista subjetivo debe de ser la «decisión de actuar» (y no el conocimiento).

Este pensamiento implica que el «derecho de castigar surge de la propia libertad del hombre»<sup>10</sup>. La libertad del hombre es el atributo que explicaba la sumisión a la ley moral con los correspondientes derechos y obligaciones que ello implica. La libertad justificaría el castigo de los actos que voluntariamente se oponen al Derecho. Para diferenciar los delitos dolosos de la imprudencia consciente, Carrara estableció que el dolo sería excluido cuando no se diera el elemento volitivo. No actúa con dolo quien prevé un resultado como posible pero espera poder evitarlo, previendo que el hecho delictivo no se produzca<sup>11</sup>. Fundamenta su reproche a los delitos dolosos en la voluntad de asumir el riesgo (emprender la acción a pesar de ser consciente del riesgo)<sup>12</sup>.

## B) Teoría de la representación (*Vorstellungtheorie*)

Frente a la teoría de la voluntad de CARRARA basada en el libre albedrío surgiría la teoría de la representación de la mano de Franz VON LISZT, quien se apoyaba en el determinismo. El mundo exterior es comprensible para el hombre como un encadenamiento de causas y efectos, de tal forma que el entendimiento sólo se aprehende de los hechos externos a través de las leyes de la causalidad<sup>13</sup>. Frente a la concepción anterior basada en la voluntad, en esta teoría sería la representación del resultado el estímulo externo que causaría el acto. La voluntad se reducía a una conexión psíquica entre el autor y el hecho que permitía sustraer el delito del mundo de la causalidad mecánica, de tal forma que lo único voluntario sería la acción (negando la «volición del resultado»)<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> CARRARA. F., *Del dolo*, en *Opúsculos del Derecho Criminal*, 1976, p. 231, citado LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 41.

<sup>10</sup> CARRARA. F., *Programa de Derecho Penal*, vol. II, pp. 64-66, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.42.

<sup>11</sup> CARRARA. F., *Programa de Derecho Penal*, vol. I, p. 70, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.44.

<sup>12</sup> CARRARA. F., *Programa de Derecho Penal*, vol. I, p. 84, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.45.

<sup>13</sup> VON LISZT, F., *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. II, Berlín, 1905, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 47.

<sup>14</sup> VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 388-389, citado LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.49.

La imputación subjetiva del resultado adquiere una función utilitaria, sin guardar relación con el reproche de «haber usado mal su libertad». La distinción realizada entre los delitos dolosos y la imprudencia consciente reside en la representación del resultado<sup>15</sup>. Excluye el elemento volitivo, centrándose en el elemento cognoscitivo: Lo decisivo es el conocimiento, como requerimiento para representar el resultado. LISZT considera que la esencia del dolo se encuentra en la previsión del resultado, siendo el límite trazado entre los delitos dolosos e imprudentes. De esta forma, los delitos imprudentes se reducen siempre a un supuesto de error, debiéndose a la «significación de la manifestación de voluntad» o al «conocimiento defectuoso de los elementos esenciales de delito»<sup>16</sup>.

La opinión de VON LISZT fue apoyada por FRANK, oponiéndose también a la teoría de la voluntad. Este autor entendía que la gravedad del delito doloso se deriva de seguir adelante con la acción a pesar de su representación, y no de la volición del resultado<sup>17</sup>. Destacará por idear una fórmula hipotética conocida como la «fórmula de Frank», que delimitará los delitos dolosos de la imprudencia consciente. La fórmula consiste en que «la previsión del resultado como posible sólo se subsume en el concepto de dolo cuando su representación como seguro no hubiera detenido al agente, no hubiera sentido un motivo decisivo de contraste»<sup>18</sup>. Con la fórmula FRANK pretende establecer bajo qué condiciones la representación del resultado adquiere la gravedad del delito doloso<sup>19</sup>. Reemplaza la motivación por la representación del resultado como elemento decisivo para trazar el límite de los delitos dolosos.

## 2.2. Consolidación de la dogmática jurídico penal: Sistema neoclásico y sistema finalista.

El enfrentamiento entre las teorías de la voluntad y de la representación protagonizan la fundamentación genérica del dolo en el siglo XIX. Sin embargo, la divergencia en los criterios valorativos sobre los que construían sus respectivas concepciones del dolo. La consolidación de la dogmática jurídico penal se producirá con la aparición de los sistemas neoclásico (representado por Edmund MEZGER) y finalista (representado por Hans WELZEL), que sustituirían la discusión decimonónica sobre el contenido, sentido y alcance del dolo en el desarrollo de la dogmática penal del siglo XX<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> VON LISZT, F., *Die Behandlung des dolus eventuales im Strafrecht*, p. 252 ss., citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 50.

<sup>16</sup> VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 432, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.52.

<sup>17</sup> FRANK, R., *Vorstellung und Wille*, p. 204, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.53.

<sup>18</sup> FRANK, R., *Vorstellung und Wille*, p. 211, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.54.

<sup>19</sup> FRANK, R., *Vorstellung und Wille*, p. 214, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.52.

<sup>20</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 56.

Para que el elemento volitivo del dolo tuviera sentido como presupuesto de la pena se siguió con la tendencia de deducir componentes psicológicos que serían usados como criterios diferenciadores. Los sistemas que surgen de esta tendencia (neoclásico y finalista) son mucho más depurados que sus precedentes y se adecúan mejor al desarrollo del concepto acción y a la forma de concebir la estructura de la norma penal<sup>21</sup>.

#### **A) Sistema neoclásico.**

En primer lugar, se va a abordar el sistema neoclásico del penalista alemán Edmund MEZGER. Al igual que la teoría de la voluntad de Carrara, la concepción neoclásica del delito también fundamenta el dolo en la voluntad<sup>22</sup>. Sin embargo, MEZGER no emplea las referencias a la ley moral, sino que opta por un *concepto causal de acción*<sup>23</sup>. De acuerdo con este concepto causal de acción, la voluntad únicamente será un impulso del acontecer externo. Considera que los elementos internos que permiten imputar un hecho al autor (haciéndolo responsable de la producción del resultado) se situaban en el plano de la culpabilidad<sup>24</sup>.

Frente a las teorías de la representación, MEZGER considera que no se puede deducir del conocimiento (elemento cognoscitivo del dolo) una posición del sujeto con respecto al resultado, por lo que no se podía fundamentar con este la culpabilidad<sup>25</sup>. El conocimiento debía ser un presupuesto necesario que permitía que el resultado de la acción fuera «querido» por el autor. Para que el efecto de la acción fuera querido por el sujeto MEZGER exigió un momento psicológico de «consentimiento efectivo del resultado», siendo este consentimiento la «voluntad»<sup>26</sup>. Se trataba de un posicionamiento personal del autor frente al resultado, de tal forma que para MEZGER pertenecían a la voluntad todos los resultados sobre los que el autor puede ejercer un influjo casual y respecto de los que se representa a sí mismo como causa<sup>27</sup>.

Como prueba del consentimiento MEZGER ideó la siguiente fórmula: Se debe afirmar el consentimiento si, a la vista de los motivos y fines de la conducta del sujeto, se concluye que el autor

<sup>21</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.57.

<sup>22</sup> MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 46-47.

<sup>23</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., pp. 59-60.

<sup>24</sup> MEZGER, E., *Tratado...*, cit., pp. 215 ss.

<sup>25</sup> MEZGER, E., *Tratado...*, cit., pp. 32 ss.

<sup>26</sup> MEZGER, E., *Tratado...*, cit., pp. 163 ss.

<sup>27</sup> MEZGER, E., *Tratado...*, cit., pp. 54 ss.

habría preferido ejecutar la acción antes que evitar sus posibles consecuencias negativas<sup>28</sup>. De esta forma, se debía excluir el dolo si el autor tomaba medidas para evitar el resultado o creía poder evitarlo, no bastando el mero deseo de creer poder evitar el resultado.

## **B) Sistema finalista.**

Junto a la concepción neoclásica del delito de MEZGER, se va a analizar la concepción finalista de Hans WELZEL, otro penalista alemán. El finalismo (o la concepción finalista del delito) surge como respuesta a los defensores del concepto causal de acción (escuela clásica)<sup>29</sup>. WELZEL consideraba que los autores postpositivistas se habían aferrado a categorías de las ciencias naturales a la hora de describir la realidad sobre la que debía actuar el Derecho<sup>30</sup>. La principal crítica reside en que el Derecho Penal no podía quedar reducido a factores causales que no captaban el papel específico del ser humano en la configuración de la vida social. Por lo tanto, el finalismo tiene dos trasfondos, uno de carácter filosófico, sobre papel de la voluntad humana, y otro de dogmática jurídico-penal<sup>31</sup>.

Para WELZEL en la base de toda la existencia social, cultural y jurídica aparece la voluntad humana, no como causante de acontecimientos, sino como «configurador del futuro»<sup>32</sup>. De esta concepción de la realidad surge la necesidad de que el Derecho Penal no se limitara a la valoración externa de acontecimientos, sino que debía atender al elemento configurador del acontecer causal, la voluntad<sup>33</sup>. El Derecho Penal se podría constituir como una fuerza conformadora de la vida social al influir sobre la voluntad de los ciudadanos, orientando su comportamiento<sup>34</sup>.

En este punto, WELZEL debía determinar qué podía abarcar el concepto de «voluntad» dentro del Derecho Penal. Para WELZEL un acontecimiento es voluntario «hasta donde alcanza la capacidad concreta de la voluntad para regular con sentido su ser casual y sólo en esa medida le pertenece lo causado por su obra»<sup>35</sup>. Por lo tanto, para que un hecho externo pueda atribuirse a una acción finalista,

---

<sup>28</sup>LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., pp. 67 ss.

<sup>29</sup>MÁRQUEZ PIÑERO, R., *Teoría de la antijuridicidad*, México D.F., 2003, p. 60.

<sup>30</sup> WELZEL, H., *Studien zum System des Strafrechts*, 1939, p. 495, citado LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.75.

<sup>31</sup> MÁRQUEZ PIÑERO, R., *Teoría de la antijuridicidad*, ...., cit., p. 61.

<sup>32</sup> WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, pp. 2 ss., citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 77.

<sup>33</sup> WELZEL, H., *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1975, p. 114, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 77.

<sup>34</sup> KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988, p. 19, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 77.

<sup>35</sup> WELZEL, H., *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1975, p. 108, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 77.

es necesario que el hecho en cuestión sea el producto de la función práctico-intelectual de la voluntad de dirigir sus sucesos<sup>36</sup>.

WELZEL separa lo «causado» de lo «configurado» por la voluntad a través del concepto «previsión del suceso». Este concepto abarca la capacidad de anticipar mentalmente los efectos del comportamiento, distinguiendo la actividad humana del resto de factores causales<sup>37</sup>. En la dirección final de la acción se incluyen el fin, los medios y la puesta en marcha del suceso, siendo todos los efectos considerados incluidos dentro de la voluntad de realización.

Sin embargo, dolo y finalidad no se deben confundir. El dolo es la finalidad jurídico-penalmente relevante, la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto cabe deducirla, como hace WELZEL, de consideraciones ontológicas, concretamente de la estructura finalista de la acción humana, o como hace Cerezo de criterios normativos deducidos de una determinada regulación del CP, puesto que considera que la estructura finalista de la acción es compatible con una concepción objetivo o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro de un bien jurídico<sup>38</sup>. Pero en todo caso, para ambos autores el dolo es conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo.

En la concepción finalista de WELZEL, un comportamiento será doloso si el sujeto comprendió el resultado típico en su voluntad de realización (lo prevé y cuenta con su realización)<sup>39</sup>. El criterio de delimitación entre los delitos dolosos e imprudentes se establece en que habrá dolo siempre que el resultado esté contenido en la voluntad de realización. Para los casos en los que se dan resultados no directamente intencionales, WELZEL atiende al elemento cognoscitivo para determinar si el autor contaba con que la consecuencia accesoria formaba parte del medio o del fin a realizar<sup>40</sup>.

Este criterio implica que la voluntad de realización llega hasta donde alcanza la previsión (elemento cognoscitivo)<sup>41</sup>. De esta forma, el elemento intelectual del dolo aparece en la previsión de la

---

*Conocimiento*, cit., p.81.

<sup>36</sup> WELZEL, H., *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1975, p. 109, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.81.

<sup>37</sup> WELZEL, H., *El nuevo sistema*, p. 25, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.81.

<sup>38</sup> WELZEL, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 1955, p. 197, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 124.

<sup>39</sup> WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, pp. 64 ss., citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.82.

<sup>40</sup> WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, p. 67, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.85.

<sup>41</sup> WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, p. 67, citado LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.85.

posibilidad del resultado, mientras que es necesario incorporar el elemento volitivo del dolo como criterio de separación entre los delitos dolosos e imprudentes pues abarcaría la voluntad de realización del tipo. Este elemento quedaría excluido en los casos de imprudencia consciente, en los que el autor debería tener una actitud volitiva que excluyera la realización del riesgo<sup>42</sup>. Se trataría de una actitud independiente de la previsión y añadida a esta, que permita al autor «creer» en la posibilidad de evitar el resultado<sup>43</sup>.

Como resumen de lo anteriormente expuesto, WELZEL considerará que toda acción consciente es llevada por la decisión de la acción<sup>44</sup>. Esta decisión se compone de la conciencia de lo que se quiere (elemento intelectual) y de la decisión de querer realizarlo (elemento volitivo). Acuña estos factores como los «creadores» de la acción real que constituye el dolo. La acción objetiva será la ejecución finalista del dolo, siendo necesario la inclusión del dolo en la acción para distinguir la estructura finalista de las acciones típicas dolosas de la estructura solamente causal de producción de las acciones típicas imprudentes.

Con esta definición, WELZEL determinará que «el dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo», distinguiendo de forma trascendental los dos elementos que constituyen el dolo (elemento intelectual y elemento volitivo)<sup>45</sup>. Esta definición coincide con el anterior concepto expuesto por CEREZO MIR (y apoyado por la doctrina española) respecto del dolo («la conciencia y la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo»). De esta forma, se puede apreciar la gran influencia que tiene la doctrina alemana (y el finalismo de WELZEL en particular) con respecto a la construcción del concepto del dolo dentro de la doctrina española<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, p. 70., citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.86.

<sup>43</sup> WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, pp. 68-69., citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.87.

<sup>44</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956, p.73.

<sup>45</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal...*, cit., p.74.

<sup>46</sup> BELLO LANDROVE, F., «El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)», en *Jueces para la Democracia* nº 32, 1998, p. 14.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DEL DOLO Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Una vez explicado el concepto actual de dolo y su evolución histórica, en este apartado se va a profundizar en la justificación de incluir el dolo en el tipo de lo injusto. Para esta justificación se precisa un apartado propio con el propósito de resolver la polémica generada con los diferentes penalistas partidarios de incluir el dolo en la culpabilidad.

#### 1. Teorías del dolo y teorías de la culpabilidad.

La separación del conocimiento de lo injusto respecto del dolo está representado por el enfrentamiento entre las teorías del dolo y las de la culpabilidad. Las teorías del dolo consideran que el conocimiento de la antijuridicidad es una parte integrante del dolo, incluyendo el dolo en la culpabilidad<sup>47</sup>. Esta consideración tiene implicaciones en la calificación del error, diferenciándose entre el error evitable y el inevitable. En los casos en los que el autor carece de conocimiento de lo injusto por error inevitable estas teorías afirman que se le debería absolver por ausencia de actuar doloso (con la ausencia de un elemento normativo se produce ausencia de la estructura de acción y tipo). En cambio, si se ha producido error de tipo vencible, se debe castigar por imprudencia (sólo se excluye el dolo). Es decir, para estas situaciones se estaría aplicando el artículo 14.1 del CP («*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*»).

Frente a las teorías del dolo, las teorías de la culpabilidad consideran que el dolo se limita a las características del tipo (incluyendo la realización del resultado típico). De esta forma, conocer la antijuridicidad pasa a ser un elemento de la culpabilidad, donde bastará el «potencial» conocimiento de lo injusto (la posibilidad de que se tuviera dicho conocimiento)<sup>48</sup>. En los casos de error inevitable deducirán las mismas consecuencias que las teorías del dolo, difiriendo en la motivación. Por otra parte, en los casos de error evitable, considerarán que subsiste una acción cometida dolosamente, en la que se da la posibilidad de atenuar la pena dentro de la penalidad dolosa (el reproche de culpabilidad es inferior). A diferencia del caso anterior, se estaría aplicando el artículo 14.3 CP («*El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*»).

---

<sup>47</sup> MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, t.1, Ariel, Barcelona, 1962, pp. 306-307.

<sup>48</sup> MAURACH, R., *Tratado...*, cit., p. 307.

## **2. *Dolus malus* y la aportación neoclásica a la estructura de la norma penal.**

Una vez expuestas las teorías enfrentadas, se va explicar por qué el dolo debe estar ubicado en el tipo de los injustos de los delitos dolosos. El concepto de dolo del Derecho romano identificaba dolo con la «mala intención» (malicia en la realización del tipo delictivo). Exigir la «intención inmoral dirigida a un fin antijurídico» (*dolus malus*) como fundamento para aplicar una pena pública implicaba fundamentar esta en la culpabilidad del autor<sup>49</sup>. La inclusión del dolo en la culpabilidad residía en la concepción romana del Derecho, quienes consideraban la pena pública era la respuesta del Estado a la violación voluntaria de la ley moral<sup>50</sup>.

Aunque en el concepto primitivo del dolo (el *dolus malus* romano) la culpabilidad y la pena se presentaban como elementos inescindibles de este, la concepción romana del dolo ha sido decisivamente alterada, produciéndose un retorno progresivo a la responsabilidad objetiva de origen germánico<sup>51</sup>. La justificación de los penalistas que ubicaban el dolo en la culpabilidad había cambiado con el paso de los años, siendo la aportación del sistema neoclásico la que más se ajusta a la estructura de la norma penal actual.

En el sistema neoclásico de Edmund MEZGER se separa el elemento cognoscitivo del elemento volitivo (como se ha expuesto en el anterior apartado), incluyéndose este último en la culpabilidad. De acuerdo con este autor, el conocimiento (elemento cognoscitivo) era el único elemento del dolo que se debía incluir en el tipo de lo injusto, mientras que los restantes elementos del dolo se hallaban en la culpabilidad<sup>52</sup>.

## **3. Justificación finalista para incluir el dolo en el tipo de lo injusto.**

Para refutar la concepción neoclásica y justificar la inclusión de los elementos del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos se va a acudir a las aportaciones de CEREZO MIR, quien rechaza que la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto se derive, como estimaba WELZEL, de la estructura ontológica de la acción finalista. Cree que ésta es compatible con una concepción objetiva o

<sup>49</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 27.

<sup>50</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 28.

<sup>51</sup> MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 24, citado en LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p.29.

<sup>52</sup> MEZGER, E., *Leipziger Kommentar*, 8<sup>a</sup> ed., pág. 295, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 125.

despersonalizada de la antijuridicidad como lesión o peligro de un bien jurídico. Por ello es esencial partir de la concepción sobre lo injusto en la que se inspira nuestro Código penal –si lo injusto es la infracción de una norma de valoración, como correspondería a una concepción objetiva de la antijuridicidad, o más bien de una norma de determinación– y de ahí deducir o no la pertenencia del dolo al tipo y no a la culpabilidad<sup>53</sup>.

El primer motivo que esgrime este autor para justificar la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto es la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto en el tipo de lo injusto<sup>54</sup>. Por ejemplo, no considera posible que se niegue el dolo del hurto como elemento subjetivo de lo injusto y en cambio se afirme incluido en el tipo el ánimo de lucro, puesto que el propio ánimo de lucro no sería posible sin el conocimiento del carácter ajeno de la cosa.

El segundo motivo que alega para justificar su inclusión en el tipo de lo injusto es la punición de la tentativa<sup>55</sup>. Esto es debido a que en la tentativa la resolución delictiva es necesariamente un elemento del tipo de lo injusto. Para que una acción sea considerada tentativa debe estar animada por la resolución delictiva. Se pueden traer a colación dos ejemplos de ENGISCH<sup>56</sup>. En el primer ejemplo, un cliente coge un abrigo ajeno, colgado sobre el suyo, con la intención de llevárselo sin ser visto. En el segundo ejemplo, una mujer sirve a su marido un plato de setas, creyendo que son venenosas cuando en realidad son inofensivas.

En el primer caso, se trata de una circunstancia repetida diariamente (descolgar un abrigo que está situado sobre el nuestro), por lo que no se puede apreciar exteriormente una expresión de voluntad criminal. Por lo tanto, en el primer caso la peligrosidad de la acción depende enteramente de la resolución delictiva. En el segundo caso, al ofrecer una mujer a su marido unas setas (aun creyendo que son venenosas) se está dando una conducta lícita. De esta forma, en ambos ejemplos es preciso un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa. Para la existencia de tentativa, la peligrosidad de la acción se da porque la producción del resultado delictivo aparece *ex ante* como una posible consecuencia de la acción.

---

<sup>53</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 125.

<sup>54</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 124.

<sup>55</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 125.

<sup>56</sup> ENGISCH, K., *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, *Rittler Festschrift*, p. 178-179, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., pp. 126-127.

En el artículo 16.1 del Código Penal se recoge cuándo cabe entender que se ha producido tentativa: «*Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*». Lo dispuesto en este apartado supone una exigencia al lado objetivo (o externo) de la acción para determinar la existencia de peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. Sin embargo, en opinión de CEREZO MIR, el juicio desvalorativo de la antijuridicidad no puede ir exclusivamente referido a elementos externos, siendo preciso el elemento subjetivo del dolo<sup>57</sup>.

Si se considera que el dolo es necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa (como se exemplifica en las dos situaciones de ENGISCH), también debía desempeñar el mismo papel en el delito doloso consumado. Para esta argumentación se apoya en lo indicado por WELZEL sobre este asunto, para quien no era admisible que el dolo fuera un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa y no en el delito consumado: ¿cómo se puede hacer depender que el dolo sea un elemento de la culpabilidad y no de lo injusto de que el autor dé en el blanco o no?<sup>58</sup> Si logra consumar el dolo pertenecería a la culpabilidad, mientras que si no lo logra sería un elemento del tipo de lo injusto de la tentativa.

Con respecto a la tentativa, Edmund MEZGER argumenta que la resolución delictiva en la tentativa sólo representa una anticipación de la protección del Derecho que quedaría sin objeto en el caso de que el delito se consumara<sup>59</sup>. Estos elementos subjetivos de lo injusto se convertirían en un elemento objetivo del tipo. CEREZO MIR considera que este argumento es erróneo, puesto que con la consumación delictiva se añade el desvalor del resultado al desvalor de la acción (sin anularse o sustituirse entre sí)<sup>60</sup>.

Por otra parte, otro de los argumentos que aporta CEREZO MIR para justificar la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es la presencia de conductas finalistas que no se comprenden de un modo causal. Esta argumentación fue postulada por WEBER<sup>61</sup>, siendo ilustrada por CEREZO MIR a través de ejemplos verbales del Código Penal: «Quien se apropiare» en el delito de la apropiación indebida (art.

<sup>57</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 127.

<sup>58</sup> WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, pág. 61, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, p. 126.

<sup>59</sup> MEZGER, E., *Strafrecht, I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, pp. 89 ss, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 127.

<sup>60</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, p. 127.

<sup>61</sup> WEBER, H., *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2<sup>a</sup> ed., 1948, pp. 54 ss., citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 127.

254) o «acometan, empleen violencia o intimiden» en el delito de atentado contra la autoridad (art. 554)<sup>62</sup>.

GIMBERNAT también incluye el dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos. Este autor considera que dicha inclusión se deriva de la función de motivación que cumple el tipo penal (dar a conocer al destinatario de la norma cuál es la conducta prohibida)<sup>63</sup>. Sin embargo, CEREZO MIR considera que la motivación corresponde a toda la figura del delito (no sólo al tipo de lo injusto). En realidad la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto deriva de la concepción de antijuridicidad como infracción de una norma de determinación<sup>64</sup>. Estas normas están basadas en juicios de valor del ordenamiento jurídico, al valorarse de forma positiva ciertos bienes (bienes jurídicos) y de forma negativa las acciones que los ponen en peligro.

Resulta una imposibilidad para el Derecho prohibir la simple causación de resultados, pero sí es posible prohibir la realización de acciones dirigidas por la voluntad para lesionar bienes jurídicos o ponerlos en peligro. Es preciso referirse al contenido de la voluntad (el dolo) para especificar la conducta prohibida u ordenada<sup>65</sup>. Cabe aclarar que esto no implica que la antijuridicidad se conciba subjetivamente, pues ésta viene dada por la relación objetiva de contradicción de la voluntad del sujeto con el mandato o prohibición<sup>66</sup>. Debe ser en la culpabilidad donde se valore esta concepción subjetiva, para medir la reprochabilidad de la voluntad.

Por lo anteriormente expuesto, se debe concluir que el dolo, al ser un elemento subjetivo del tipo de lo injusto, no se debe incluir en la culpabilidad. La posición del dolo en el tipo de los injustos de los delitos dolosos es una conquista lograda por el finalismo. El finalismo ortodoxo consideraba que el dolo solo incluye el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita en el tipo de lo injusto, sin requerir la realización antijurídica<sup>67</sup>. MAURACH, uno de los máximos representantes del finalismo, negará que el dolo comprenda el conocimiento de la antijuridicidad, pues el carácter doloso del actuar no resulta influido por el conocimiento de la prohibición por parte del autor. Afirma que el actuar es doloso aun cuando el sujeto no hubiera podido conocer el ilícito de su hacer, en línea con lo expuesto por las teorías de la culpabilidad<sup>68</sup>. De esta forma, la conducta que es típica y antijurídica pertenece a

<sup>62</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 127.

<sup>63</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, 1, 1971-2, pp. 277 ss.

<sup>64</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., pp. 128-129.

<sup>65</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 130.

<sup>66</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 130.

<sup>67</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 10<sup>a</sup> edición, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 267.

<sup>68</sup> MAURACH, R., *Tratado...*, cit., p. 306.

la culpabilidad, donde se debe examinar si la resolución delictiva y los restantes elementos subjetivos son reprochables o no, no debiendo incluir de nuevo un juicio sobre el dolo, que ya pertenece al tipo.

#### **4. Tres niveles de dolo.**

En la evolución de la doctrina jurídico penal española se han propuesto diferentes formas de separar conceptualmente el primitivo concepto del dolo (*dolus malus*) del concepto finalista del dolo. En este sentido, destaca la distinción de los «tres niveles de dolo» de MIR PUIG<sup>69</sup>. Este autor distingue el «dolo típico», que sólo exige el conocimiento y la voluntad del hecho típico, el «dolo referido al hecho típico sin los presupuestos típicos de una causa de justificación» y el «dolo completo», que incluye el conocimiento de la antijuridicidad. De acuerdo con el autor, esta separación de tres niveles de dolo obedece a la evolución de la construcción doctrinal del concepto de dolo.

El «dolo completo» se relaciona con el concepto de dolo de la doctrina causalista clásica (*dolus malus*). En este concepto se contenían dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho). Por otro lado, el concepto de «dolo típico» es un concepto más restringido basado en el finalismo del Derecho Penal, el denominado «dolo natural». En línea con lo expuesto por WELZEL y CEREZO MIR, MIR PUIG indicará que para el estudio del dolo únicamente importa este último concepto, el dolo típico. El dolo del segundo nivel tiene que ver con la teoría de la culpabilidad restringida que, a diferencia de la teoría pura (WELZEL), estima que el error sobre las circunstancias que sirven de base para configurar una causa de justificación constituye un error de tipo y no un error de prohibición (teoría de los elementos negativos del tipo: al tipo pertenecen como elementos negativos la ausencia de las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación).

---

<sup>69</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., pp. 266-268.

## IV. ELEMENTOS DEL DOLO.

### 1. Elemento intelectual.

#### 1.1. Concepto y delimitación negativa.

CEREZO MIR describe el elemento intelectual como la conciencia o conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo<sup>70</sup>. Comprende la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de dar comienzo a la acción típica y la previsión de la realización de los restantes elementos objetivos del tipo, incluido el resultado en los delitos de resultado material. Además, para los delitos de resultado material el dolo abarca la previsión del curso causal entre acción y resultado, así como las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva del resultado<sup>71</sup>. El autor debe conocer la peligrosidad desde un punto de vista *ex ante*<sup>72</sup>.

Es preciso realizar una delimitación negativa en la que se aclare qué no es abarcado por el elemento intelectual del dolo. En primer lugar, como se ha explicado en el anterior apartado, el dolo no exige conocimientos de naturaleza accesoria o el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta<sup>73</sup>. En segundo lugar, no excluye dolo el error sobre la ilicitud del hecho<sup>74</sup>. Como señala MUÑOZ CONDE, que el sujeto no conozca el carácter ilícito de su hacer o su incapacidad de culpabilidad es algo que no afecta a la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la Teoría General del Delito<sup>75</sup>. En tercer lugar, el dolo no se extiende a las condiciones objetivas de punibilidad, pues estas quedan fuera del tipo de lo injusto y abordan consideraciones de política criminal<sup>76</sup>.

En tercer lugar, el dolo no comprende el conocimiento de circunstancias agravantes comunes o generales, ni tampoco se extiende necesariamente a los elementos que determinan una agravación de la pena en los delitos calificados por el resultado, pues dichos resultados pueden ser dolosos o imprudentes. Con relación a las atenuantes o agravantes, cuando se produce un error sobre las circunstancias atenuantes o agravantes utilizadas por el CP para la formación de tipos agravados o atenuados, la ausencia de dolo no excluye la tipicidad del tipo básico doloso. Es decir, de acuerdo

<sup>70</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 133.

<sup>71</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General*, t.1, Civitas, Madrid, 1997, p. 488.

<sup>72</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 134.

<sup>73</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 134.

<sup>74</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 125.

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 268.

<sup>76</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 134.

con el artículo 14.2 CP «*el error sobre un hecho que cualifique la infracción (...) impedirá su apreciación*» deja a salvo la responsabilidad dolosa por el tipo básico. Aunque no se menciona en ese precepto el error sobre un hecho que privilegie la infracción, la ausencia del conocimiento de la circunstancia atenuante debe dar lugar igualmente a la no apreciación del tipo privilegiado. En consecuencia, se aplicará el tipo básico.

## **1.2. Elementos descriptivos y elementos normativos.**

Delimitado el elemento intelectual del dolo, se van a separar los objetos típicos sobre los que se proyecta. Los elementos objetivos que componen el tipo se dividen en: Elementos descriptivos y elementos normativos. Los elementos descriptivos son perceptibles por los sentidos, mientras que los elementos normativos requieren la realización de un juicio de valor para su apreciación<sup>77</sup>. MEZGER señala que el dolo no es «puro conocimiento de los hechos», sino que en su concepto se incluye el «conocimiento de la significación»<sup>78</sup>. Para comprobar los elementos normativos sólo se podría hacer por la ruta de un juicio valorativo del Juez. Sin embargo, considera que no es precisa una valoración jurídicamente exacta para su apreciación, sino que basta «una valoración paralela del autor en la esfera de lo profano». No se alcanza el conocimiento del dolo en los casos en los que el sujeto podría haber recordado la concurrencia del elemento del tipo (aunque en realidad ese conocimiento no tuvo lugar), pero sí que es suficiente en el caso de que se dé una «consciencia irreflexiva o acompañante», como ha señalado PLATZGUMMER<sup>79</sup>.

En este sentido, MUÑOZ CONDE explica que el conocimiento que exige el dolo es actual (no «potencial»), pues el sujeto debe saber lo que hace. No quiere decir que el sujeto hubiera debido o podido saberlo, si bien ello no implica que deba conocer de forma exacta cada particularidad o elemento del tipo objetivo<sup>80</sup>.

## **1.3. Error sobre los elementos objetivos del tipo.**

Por otra parte, se van a tratar los casos de error sobre cualesquiera de los elementos objetivos del tipo («error de tipo»), que excluiría el dolo. Para ello se va a realizar un análisis de la redacción del

---

<sup>77</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, p. 133.

<sup>78</sup> MEZGER, E., *Tratado...*, cit., p. 145.

<sup>79</sup> PLATZGUMMER, W., *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, Viena, Springer Verlag, 1964, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, pp. 135-136.

<sup>80</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 268.

artículo 14.1 y 2 del CP. En opinión de CEREZO MIR, la redacción de este artículo presenta «graves deficiencias» al parecer referenciar únicamente a elementos fácticos y no a elementos normativos: alude textualmente al error sobre un «hecho» constitutivo de la infracción penal<sup>81</sup>. Considera precisa una interpretación teleológica para determinar que la redacción referencia al error sobre cualquier elemento del hecho típico, sea descriptivo o normativo.

Profundiza en la significación del apartado 14.2 («*El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación*»), al considerar que el término «infracción» debe ser interpretado «como equivalente a tipo de injusto», pues en este término no pertenecen las circunstancias agravantes utilizadas para la formación de figuras delictivas agravadas<sup>82</sup>. Por otro lado, al no regularse el error sobre circunstancias atenuantes, considera que el desconocimiento de dichas circunstancias impedirá la aplicación del tipo atenuado o privilegiado. A este respecto cabe atender al artículo 65.2 del CP, que aborda la comunicabilidad de las circunstancias. La opinión dominante en la doctrina española considera que este precepto es aplicable a circunstancias atenuantes y agravantes comunes o generales como a las utilizadas para formar tipos agravados o privilegiados<sup>83</sup>.

Respecto de aquellos elementos que forman parte del tipo objetivo del delito, se debe diferenciar entre el error vencible y el error invencible. En el caso de ser un error vencible se podrá castigar el hecho como delito imprudente (14.1 CP) siempre que la ley haya previsto la correspondiente figura del delito imprudente, mientras que si se trata de un error invencible el hecho será impune. Se pueden distinguir diversos grupos de errores a este respecto:

#### **A) Error sobre el curso causal previsto por el autor:**

En la realidad práctica el curso causal real normalmente difiere del curso ideal imaginado por el autor, sin siquiera ser posible el conocimiento de todos los detalles de ese curso causal. El error sobre el curso causal se produce cuando el resultado perseguido por el autor es imputable en cuanto no ha interferido otro proceso causal ajeno al del autor<sup>84</sup>. Sólo la desviación esencial del curso causal da lugar a exclusión del dolo, siendo la principal problemática determinar cuándo la desviación es

---

<sup>81</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, p. 134.

<sup>82</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, p. 137.

<sup>83</sup> CUELLO CALÓN-CAMARGO, E., *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 2º, 18 ed., 1980, p. 674

<sup>84</sup> SOLA RECHE, E., «*Tipo de delito de acción...*», cit., p. 126.

esencial<sup>85</sup>. CEREZO MIR emplea el criterio de WELZEL para determinar la esencialidad de la desviación del curso causal: Será esencial si no era objetivamente previsible, o aunque la desviación del curso causal sea objetivamente previsible, será esencial si el resultado no aparece como realización de la conducta prohibida por la norma<sup>86</sup>. De esta forma, la imputación del resultado abarcado por el dolo del autor no integra en un solo hecho la sucesión de cursos causales diferenciados<sup>87</sup>.

Sobre este aspecto se puede mencionar la opinión de Armin KAUFMANN. Este autor considera que lo decisivo para el problema de la desviación del curso es el contenido del dolo<sup>88</sup>. Una desviación del curso causal no inesencial provocaría que el resultado no fuera comprendido por el dolo. El sujeto respondería por tentativa en las deviaciones de curso esenciales respondiendo sólo del delito doloso consumado si la desviación fuera inesencial (objetivamente previsible *ex ante*).

### **B) Error en el objeto (*error in objecto*):**

El autor confunde el objeto material sobre el que pretende dirigir la acción. Este error sería irrelevante si hay equivalencia entre los objetos, como por ejemplo en el delito daños, donde se protege la integridad de los bienes ajenos con independencia del dueño. Si los objetos no son equivalentes desde el punto de vista de los tipos de lo injusto el error sí que será relevante, pudiendo dar lugar a un delito por imprudencia<sup>89</sup>.

Un ejemplo particular de error en el objeto es el error sobre la persona (*error in personam*). Desde el punto de vista de la protección en los tipos de lo injusto, este error no es relevante, pues el Derecho Penal protege la vida humana sin distinción. Sin embargo, se deben destacar las personas que gozan de una protección especial (como la Familia Real), por lo que el error en la persona sería relevante en la calificación delictiva.

### **C) Desviación en el golpe (*aberratio ictus*):**

---

<sup>85</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 139.

<sup>86</sup> WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, p. 73, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 139.

<sup>87</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 126.

<sup>88</sup> KAUFMANN, A., *Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?*, p. 262 citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 141.

<sup>89</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 126.

Se trata del error en la realización de la conducta peligrosa al dirigirla contra una persona u objeto distinto que contra el que quería alcanzar<sup>90</sup>. Como señala CEREZO MIR, la solución propugnada en la Ciencia del Derecho Penal española y alemana, en el caso de que los resultados no sean típicamente equivalentes, es apreciar tentativa en concurso ideal con un delito imprudente consumado<sup>91</sup>.

La discusión a este respecto se centra en cuál debe ser la solución en el caso de que los resultados sean típicamente equivalentes. Si bien la opinión dominante aprecia un delito doloso consumado, CEREZO MIR se decanta por la solución propuesta por RODRÍGUEZ DEVESA, quien aprecia una tentativa de delito en posible concurso con un delito imprudente consumado<sup>92</sup>.

## **2. Elemento volitivo.**

### **2.1. Concepto.**

El elemento volitivo del dolo es una deducción del concepto del dolo expuesto (conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo). Este elemento del dolo será objeto de análisis en este trabajo, analizando si debería considerarse como un elemento implícito dentro del elemento intelectual (teorías monistas-cognoscitistas) o si tiene carácter como elemento propio del dolo (teorías dualistas)<sup>93</sup>.

El elemento volitivo es la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo. Para apreciar este elemento no influye si el móvil del autor era antisocial o no<sup>94</sup>. Siempre debe ir precedido necesariamente del elemento intelectual, el «querer» siempre va precedido del «saber» anterior. MUÑOZ CONDE señala que el elemento volitivo supone la «voluntad incondicionada de realizar algo» (el tipo delictivo). No se puede considerar que haya dolo si el autor aún no está decidido a la realización del tipo o si sabe que no es posible realizarlo. En el primer caso no hay dolo porque el autor no quiere realizar el tipo, mientras que el segundo tampoco pues el autor no puede querer algo que no está dentro de sus posibilidades<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 126.

<sup>91</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 146.

<sup>92</sup> RODRIGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal Español, Parte General*, p. 631, citado en CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 146.

<sup>93</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 127.

<sup>94</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 268.

<sup>95</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 269.

Es importante aclarar la distinción conceptual entre los conceptos «voluntad» y «deseo», pues este segundo elemento no tiene la significancia de la voluntad. Como señala CEREZO MIR, la principal diferencia reside en que la voluntad implica que el sujeto obtenga un resultado delictivo como consecuencia de su acción (influyendo en la producción de éste mediante el manejo y el dominio de la causalidad a través de la finalidad), mientras que con el simple deseo no se realiza acción que influya en la producción del resultado delictivo<sup>96/97</sup>.

Para WELZEL, el elemento volitivo del dolo es «voluntad de concreción». Con ello pretende aclarar que «querer» hace referencia a querer «concretar», no a querer «tener»<sup>98</sup>. Esto lo expone a través de un ejemplo: Una persona que incendia su propia casa para cobrar el seguro sólo quiere «tener» el dinero. Es posible que el autor lamente profundamente la destrucción de su propia casa, por la propia destrucción de su mobiliario o, eventualmente, por la muerte de su vecino paralítico. Sin embargo, el autor ha querido «concretar» la destrucción de la casa, lo que implicaba destruir el mobiliario y eventualmente la muerte de su vecino paralítico.

De la anterior situación, WELZEL señala que en el proceso que debe realizar el autor para alcanzar su meta, en muchas ocasiones este sólo pretende una parte del resultado. La parte del resultado que el autor no pretende es una «circunstancia acompañante necesaria», que también está sujeta a la citada «voluntad de concreción». En conclusión, el dolo del hecho abarca todo lo que implica la voluntad de concreción, añadiendo a la meta aspirada los medios necesarios y las consecuencias secundarias<sup>99</sup>.

## 2.2. Clases de dolo.

Debido a que el elemento volitivo del dolo abarca todo lo que implica la voluntad de concreción, es posible distinguir entre diferentes clases de dolo, en función de si las consecuencias producidas por la actuación dolosa eran queridas por el autor. Además, esta clasificación entre los tipos de dolo permitirá profundizar entre la diferenciación entre las conductas dolosas y la imprudencia consciente.

---

<sup>96</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 149.

<sup>97</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 269.

<sup>98</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal...*, cit., p.74.

<sup>99</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal...*, cit., p.74.

De acuerdo con ZAFFARONI, el dolo se distingue entre dolo directo (o intencional), en sentido estricto, e indirecto (o eventual) cuando el autor abarca la seria incorporación a la voluntad de las consecuencias del acto final<sup>100</sup>. La terminología del dolo es variada en función de los autores. Algunos autores diferencian entre dolo directo y eventual<sup>101</sup>, otros autores, entre dolo de consecuencias principales y dolo de consecuencias secundarias<sup>102</sup>, si bien ZAFFARONI admite que en general se coincide entre la tradicional clasificación: Dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual<sup>103</sup>. En este trabajo, se va a seguir esta última terminología.

#### **A) Dolo directo de primer grado.**

El resultado es el fin (o uno de los fines) que quería alcanzar el sujeto. No se exige que el autor considere segura la producción del resultado, es suficiente con que no sea absolutamente improbable (CEREZO MIR). La voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí, es por ello que también se le denomina dolo inmediato<sup>104</sup>. No se excluye la persecución de otros fines.

#### **B) Dolo directo de segundo grado.**

El resultado está consecuentemente ligado a la obtención del fin pretendido. Tampoco es preciso que el sujeto considere segura la producción del resultado delictivo. Pese a que el autor pueda no desear este resultado (o incluso le resulte desagradable), es evidente que está comprendido en la voluntad de realización del autor (CEREZO MIR). El resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios empleados, siendo ese el motivo de que también se le haya denominado «dolo de las consecuencias necesarias»<sup>105</sup>.

#### **C) Dolo eventual.**

El sujeto considera meramente posible que la consecución del fin vaya acompañada de la realización de los elementos objetivos del tipo (CEREZO MIR). En opinión de MUÑOZ CONDE, la existencia

---

<sup>100</sup> RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 523.

<sup>101</sup> JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, p. 297, citado en RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 523.

<sup>102</sup> JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, pp. 321-324, citado en RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 523.

<sup>103</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 127.

<sup>104</sup> RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 523.

<sup>105</sup> RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 523.

de esta categoría se debe que el dolo directo (de primer o segundo grado) es incapaz de abarcar todos los casos en que al resultado producido se le debe imputar dolo por razones político criminales. Al sujeto se le presenta su producción como probable, y pese a conocerlo, sigue actuando admitiendo su eventual realización<sup>106</sup>.

**a) Distinción entre dolo eventual y dolo directo de segundo grado.**

De acuerdo con ZAFFARONI, la distinción del dolo eventual, diferenciándolo de la imprudencia consciente, es una de las cuestiones de más difícil solución del saber penal<sup>107</sup>. Sin embargo, antes de abordar en profundidad esta delimitación, se va a abordar la distinción entre el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. Aunque la diferenciación teórica entre estas dos categorías es clara, presentándose el resultado en los primeros casos como seguro y en el segundo como posible<sup>108</sup>, se pueden generar dudas cuando la posibilidad de que no se produzca el resultado se reduce a una «mera esperanza»<sup>109</sup>. La conclusión a la que llega ZAFFARONI es que existe dolo eventual del agente cuando la realización de un tipo es reconocida como posible según el plan concreto del agente, sin que dicho reconocimiento implique la renuncia al proyecto de acción<sup>110</sup>.

**b) Distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente.**

Se va a profundizar en la frontera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Como indica Sola, en la medida en que en el orden de las clases de dolo se ha expuesto la voluntad de producción del resultado va perdiendo intensidad, se acercan progresivamente a la imprudencia consciente, siendo el dolo eventual la clase de dolo que presenta problemas de delimitación con aquélla. Considera el citado autor que la distinción entre estas dos categorías tiene dificultad en delimitarse en reglas precisas, puesto que atiende a «fenómenos psicológicos sutiles»<sup>111</sup>.

ROXIN explica la complejidad de reproducir de forma lingüística adecuada este tipo de fenómenos psicológicos, que son guiados por tendencias irrationales relativamente conscientes. De tal forma,

---

<sup>106</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 271.

<sup>107</sup> RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 524.

<sup>108</sup> ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der AufbauderVerhrechenslehre*, Munich, p. 372, citado en RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 524.

<sup>109</sup> JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, cit., p. 524.

<sup>110</sup> WELZEL, H., *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, p. 121, citado en RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal...*, cit., p. 524.

<sup>111</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., pp. 127-128.

una plasmación verbal sólo puede ser una «aproximación» de estos fenómenos<sup>112</sup>. Una ejemplo explicativo de esta dificultad es la diferencia entre los conceptos de «confianza» y «esperanza». ROXIN señala que quien confía en un desenlace airoso no toma en serio el resultado delictivo, de tal forma que no actuaría dolosamente. En cambio, quien sí que lo toma en consideración con la esperanza de que no se produzca sí que actúa con dolo, pues es consciente del resultado delictivo. La distinción expuesta por ROXIN es una exemplificación de la dificultad que supone plasmar verbalmente estos estados psicológicos.

Debido a la dificultad de delimitar estos estados psicológicos no se ha llegado a un único criterio de distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Se trata de una diferencia determinante, puesto que la decisión adoptada puede supone relegar a la impunidad el hecho cuando no exista el tipo imprudente del delito<sup>113</sup>. Un ejemplo que expone GIMBERNAT sobre esto sería el caso de una persona seropositiva que mantiene relaciones sexuales sin protección sin ser la otra persona informada sobre su enfermedad. En función de si la persona seropositiva actuó con dolo eventual o con imprudencia consciente puede ser castigada de tentativa de delito de lesiones o quedar impune (si finalmente no llega a producirse el contagio de la enfermedad)<sup>114</sup>.

La importancia del criterio a seguir es determinar de forma clara el concepto del dolo. En este trabajo se van a exponer los principales criterios delimitadores de estas dos categorías. Como señala MUÑOZ CONDE, al entremezclarse elementos intelectuales y volitivos, ya sean conscientes o inconscientes, la reducción del dolo a un concepto unitario es complicada<sup>115</sup>. Sin embargo, el proceso intelectual que delimita ambas es necesario para separar dos categorías que incorporan el conocimiento del riesgo por parte del sujeto<sup>116</sup>.

Las principales criterios delimitadores son los siguientes:

### **1) Teoría de la probabilidad:**

---

<sup>112</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 427.

<sup>113</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., pp. 127-128.

<sup>114</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., «Cursos causales irregulares e imputación objetiva», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. XIII, 2010, p. 58.

<sup>115</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 271.

<sup>116</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 128.

Esta teoría es definida por H. Mayer<sup>117</sup>, el criterio delimitador que emplea es grado de probabilidad de producción del resultado advertido por el autor. El sujeto que actúa a pesar de una representación muy probable del resultado actúa con dolo eventual, mientras que el que no la considera probable actúa con imprudencia consciente<sup>118</sup>.

MAYER formula que la probabilidad significa más que la mera posibilidad y menos que la probabilidad predominante. La teoría de MAYER es desarrollada por Ross cuando hace depender el dolo de si el sujeto «contaba con (consideraba predominantemente probable) que se realizara el tipo del delito»<sup>119</sup>. Desde esta perspectiva no es importante la actitud interna del autor frente al resultado hipotético, minusvalorando el elemento volitivo del dolo. Sólo es determinante haber querido actual actuar pese a conocer el peligro inminente<sup>120</sup>.

MIR PUIG señala como crítica a esta teoría la existencia de casos límite en los que la probabilidad advertida por el sujeto es difícil de cuantificar en probabilidades porcentuales. De hecho, considera que aunque fuese posible realizar dicha cuantificación no se podría determinar una razón exacta para determinar una cifra (por ejemplo 20% de producción del resultado) que sirviese como frontera entre el dolo y la culpa consciente. Como señala ROXIN, la seriedad de contar con el resultado como elemento decisivo es problemático en tanto que pocos sujetos reflexionan sobre los determinados grados de probabilidad<sup>121</sup>.

Además, al partir del elemento intelectual del dolo y minusvalorar el elemento volitivo se objeta que se pueda afirmar la presencia de dolo cuando no concurre una verdadera «voluntad»<sup>122</sup>.

## 2) Teoría de la voluntad o del consentimiento:

El criterio delimitador en esta teoría sería que el autor consiente en la posibilidad del resultado, aprobándolo. Como formula MIR PUIG, el juicio hipotético que se realiza es: «*Si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual; si es*

<sup>117</sup> MAYER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, pp. 250 ss., citado en ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 435.

<sup>118</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 271.

<sup>119</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 435.

<sup>120</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 273.

<sup>121</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 436.

<sup>122</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., p. 271.

*negativa, imprudencia consciente»<sup>123</sup>.* En opinión de ROXIN, dentro de la literatura científica más antigua la teoría del consentimiento fue la expresión más influyente de la teoría de la voluntad, puesto que junto a la previsión del resultado se exige que el sujeto lo haya «aprobado interiormente». Este autor considera que del tenor literal de este criterio se debe considerar que se exige que el autor «se alegre» de la producción del resultado<sup>124</sup>. A este respecto, MIR PUIG señala que «consentir» va más allá que «querer», siendo precisa una actitud interna que vaya más allá de conformarse («querer»)<sup>125</sup>.

Esta teoría ha sido objeto de críticas por parte de diversos autores, entre los que vamos a referirnos a MUÑOZ CONDE, MIR PUIG y ROXIN. La crítica de MUÑOZ CONDE señala que no siempre la alta posibilidad de la producción del resultado obliga a imputarlo<sup>126</sup>. Por su parte, ROXIN señala que se estaría dejando de valorar el elemento volitivo, puesto que si el sujeto aprueba directamente la producción del resultado, la mayoría de veces ya estaría concurriendo una «intención (o propósito)» no restando nada para valorar en el dolo eventual<sup>127</sup>.

Por otro lado, MIR PUIG afirma que la aplicación de este criterio llevaría a castigar casos de escaso peligro objetivo cuando el autor toma conciencia del resultado. En cambio, en el caso de que el autor realice actividades extremadamente peligrosas sin desear el resultado, se consideraría que no realiza un delito doloso. Para este autor, el dolo no se puede hacer depender de si hubiese desistido de realizar su conducta de haber sabido la segura producción del resultado, pues no se daría el factor de «probar suerte» aun aceptando la producción del resultado<sup>128</sup>.

También señala que un Derecho Penal no autoritario no puede considerar lícito castigar algo que ocurre en la esfera íntima del autor. Como señala ROXIN, el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, sin que influya la actitud emocional con que sean cometidas.

### **3) Teoría de la «toma en serio»:**

De acuerdo con MIR PUIG, esta teoría combina dos elementos: la conciencia de la peligrosidad de la acción (el sujeto «toma en serio» la posibilidad del delito) y un momento voluntativo (el sujeto

<sup>123</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 272.

<sup>124</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 430 ss.

<sup>125</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 272.

<sup>126</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», cit., pp. 271-272.

<sup>127</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 431.

<sup>128</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 273.

«se conforma» con la posibilidad). Tomar en serio la posibilidad del delito implica «no descartar» que se pueda producir<sup>129</sup>. De esta forma, la teoría afirma que existe dolo eventual cuando el autor considera posible la producción del resultado y se resigna a hacerlo, mientras que habrá imprudencia consciente cuando no toma en serio la producción del resultado<sup>130</sup>.

WELZEL considera suficiente la fórmula «contar con» para determinar la existencia del dolo eventual, sin la necesidad de añadir «conformarse con»<sup>131</sup>. MIR PUIG establece que la fórmula «conformarse con» implicaría resignarse a la posibilidad de que se produzca, sin que esa posibilidad sea de la suficiente entidad como para hacerle desistir de la acción<sup>132</sup>.

#### 4) Teoría de la indiferencia:

Esta teoría, que es desarrollada por ENGISCH, aprecia dolo eventual cuando el autor realiza la acción y le es indiferente la producción del resultado («da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles»). En cambio, se producirá imprudencia consciente cuando el autor considera indeseables esas consecuencias, esperando que no se produzcan<sup>133</sup>.

En opinión de ROXIN, esta teoría es acertada en tanto la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se resigna al resultado<sup>134</sup>. Sin embargo, no considera que se pueda realizar la apreciación inversa, es decir, atribuir que la falta de indiferencia excluye siempre el dolo.

#### 5) Fórmulas de FRANK:

FRANK enuncia dos fórmulas hipotéticas para determinar la existencia de dolo eventual, habiéndose expuesto la segunda en las teorías de la representación. La primera fórmula enuncia: «Si se llega a la conclusión de que el autor habría actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que... afirmar... el dolo; si se llega a la conclusión de que habría omitido la acción en caso de

<sup>129</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p.274.

<sup>130</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 128.

<sup>131</sup> WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup> ed., 1969, pp. 68 ss, citado en MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 274.

<sup>132</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p. 274.

<sup>133</sup> ENGISCH, K., *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, 1689, citado en ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 432.

<sup>134</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 432-433.

poseer conocimiento preciso, entonces hay que negar el dolo»<sup>135</sup>. En opinión de ROXIN, negar el dolo siguiendo esta fórmula conduciría a conclusiones completamente inseguras.

La segunda fórmula considera que se debe afirmar la existencia de dolo eventual cuando la representación como segura del resultado no hubiera detenido al agente («Si el sujeto se dice: sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, yo actúo en todo caso, entonces su culpabilidad es dolosa»). ROXIN considera que esta segunda fórmula no presenta diferencia con la primera, en tanto en que el sujeto actúa dolosamente aun cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado<sup>136</sup>.

## 6) Teoría del Riesgo de FRISCH:

Este autor considera que el objeto del dolo solo puede ser la conducta típica (pues el saber no se puede referir al resultado típico en tanto no se produce en el momento de la acción). Con este razonamiento, para la existencia de dolo eventual sólo se necesita conocer el riesgo no permitido (descartando el elemento volitivo del dolo)<sup>137</sup>.

Esta postura ha sido duramente criticada por ROXIN quien considera sólo se trata de una reformulación conceptual artificiosa<sup>138</sup>. Le niega la razón al no tener en cuenta las circunstancia del hecho, cuyo conocimiento se debe incluir en el concepto de riesgo. Si que afirma que el conocimiento del resultado es un «conocimiento pronóstico», pero considera que nunca se ha entendido de otra forma.

## 7) La teoría del peligro no cubierto de HERZBERG:

HERZBERG es otro penalista que pretende eliminar el elemento volitivo. Este autor excluye la imputación objetiva cuando se producen determinados criterios, para lo que introduce el concepto del «peligro no cubierto o asegurado» (aquel peligro en el que durante o después de la acción del sujeto han de intervenir la suerte y la casualidad para que el tipo no se realice). De acuerdo con su criterio,

<sup>135</sup> FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1931, p. 59, citado en ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 438.

<sup>136</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 438.

<sup>137</sup> FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 97 ss, citado en ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General*, t.1, Civitas, Madrid, 1997, p. 439-440.

<sup>138</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., p. 440.

se puede negar el dolo cuando se ha dado un «peligro cubierto o asegurado» (el sujeto imprudente puede evitar posiblemente la producción del resultado prestando atención)<sup>139</sup>.

También será criticado por ROXIN en tanto que la considera un intento de sustituir la teoría de «toma en serio», pero alternando el elemento volitivo por el criterio de la cobertura<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> HERZBERG, R., *Juristische Schulung*, 1986, 249; citado en ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit, pp. 443-444.

<sup>140</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 443-444.

## V. DISTORSIONES DE LA DOCTRINA CON RELACIÓN AL DOLO.

### 1. Reformulación del contenido del dolo.

Un sector de la doctrina penal alemana ha realizado una fuerte crítica al carácter autónomo del elemento volitivo del dolo. Este sector plantea una reformulación del contenido del dolo a través de la eliminación de la voluntad en este concepto. De esta forma se realiza una importante modificación en la estructura del tipo objetivo al no agotar y acotar el criterio distintivo entre delito doloso e imprudente en el ámbito subjetivo.

Se expondrán los planteamientos de Rolf Dietrich HERZBERG y de Ingeborg PUPPE como figuras representativas de este sector de la doctrina alemana. Para estos autores, el dato decisivo en el plano de los elementos psicológicos del dolo reside en el conocimiento y no en la voluntad<sup>141</sup> <sup>142</sup>. Este sector doctrinal es partidario de una postura monista con respecto al dolo en la que únicamente el dolo estaría formado por el elemento intelectual, obviando el elemento volitivo por su incapacidad de modificar la composición fáctica del comportamiento doloso<sup>143</sup>. En el planteamiento monista se considera que la finalidad de lesionar el bien jurídico no añade gravedad al comportamiento desde el punto de vista del ilícito criminal.

LAURENZO COPELLO coincide con los planteamientos monistas, considerando que el dato decisivo en el plano de los elementos psicológicos del dolo reside en el conocimiento<sup>144</sup>. Esta autora afirmará que con la ausencia de la voluntad en el concepto del dolo se deberán aumentar los esfuerzos para perfilar de forma adecuada la representación del peligro concreto. Renunciando al elemento psicológico-volitivo del dolo (elemento ajeno al puro conocimiento) el autor debería conocer todos los elementos del tipo, incluidas las condiciones que permitan imputarle al autor el resultado típico en el caso de que se produzca<sup>145</sup>. La lógica que se sigue desde este sector doctrinal es que la mayor punición del delito doloso se debe a la especial entidad del riesgo creado por la conducta. La aplicación de este planteamiento permitiría renunciar a las actitudes internas como criterio distintivo entre conductas dolosas y culposas.

<sup>141</sup> HERZBERG, R. D., *Das Wollen*, pp. 636-642, citado en LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., pp. 251-252.

<sup>142</sup> PUPPE, I., *Der Vorstellungsinhalt*, p. 9 ss., citado en LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 252.

<sup>143</sup> LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., pp. 246 ss.

<sup>144</sup> LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 251.

<sup>145</sup> LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 252.

En su crítica a las teorías de la voluntad, HERZBERG sostiene que la voluntad no debe ser el elemento que delimita las conductas dolosas de las culposas, puesto que se podría aplicar dolo siempre que el responsable de la creación del mismo hubiera considerado seriamente la posibilidad de que se produjera lesión, mientras que se negaría si actúa con la confianza de eludir el resultado pese a la existencia de un riesgo muy elevado<sup>146</sup>. Por esta razón, HERZBERG sostiene que el límite del comportamiento doloso lo debe establecer la propia naturaleza del peligro del que se tiene conciencia.

Los autores monistas critican que el «deseo» sea el criterio que fundamente la interpretación del Derecho respecto a la gravedad de la conducta, siendo la actitud interna la delimitadora del comportamiento doloso. PUPPE denominará este fenómeno como «Derecho Penal del Ánimo»<sup>147</sup>.

HERZBERG y PUPPE sostienen que es la naturaleza del riesgo lo que debe caracterizar al peligro propio del delito doloso, siendo las características del riesgo creado por la acción y conocidas por el autor lo que debe servir de base para distinguir entre delito doloso y culposo<sup>148</sup> <sup>149</sup>. HERZBERG alegará en la línea de la teoría del peligro no cubierto (expuesta en este trabajo) que lo característico del delito doloso es la conciencia de estar creando una situación de peligro para el bien jurídico sin reserva de seguridad<sup>150</sup>. De esta forma, se producen dos aspectos en la conducta, una perspectiva objetiva referida a la presencia de un riesgo no resguardado o no cubierto y una perspectiva subjetiva referida al conocimiento de ese peligro por parte del autor («el autor ha reconocido un peligro que debe tomarse en serio»).

De esta forma, HERZBERG no tiene necesidad de recurrir a la voluntad para convertir un hecho en doloso. Si bien la formulación incluía las clásicas ideas de «tomar en serio» o «confiar en», el contexto sería completamente distinto, al ser el criterio delimitador la naturaleza del peligro (no la voluntad del

---

<sup>146</sup> HERZBERG, R. D., *Die Abgrenzung*, pp. 258 ss., citado en LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 254.

<sup>147</sup> PUPPE, I., *Vorsatz und Zurechnung*, pp. 36 ss., citado en LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 255.

<sup>148</sup> HERZBERG, R. D., *Die Abgrenzung*, p. 253, citado en LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 256.

<sup>149</sup> PUPPE, I., *Der Vorstellingsinhalt*, p. 18., citado en LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 256.

<sup>150</sup> HERZBERG, R. D., *Die Abgrenzung*, pp. 253-262, citado en LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., pp. 256-257.

autor)<sup>151</sup>. La naturaleza del peligro será el factor relevante que decide el tipo de ilícito frente al que nos encontramos.

## 2. Crítica de GRECO a la voluntad.

Se van a exponer los principales argumentos de GRECO en el artículo «Dolo sin voluntad», al ser este autor representativo del planteamiento monista del dolo, que defiende una teoría cognitiva del dolo y cuestiona las posturas volitivas. Considera que el dolo es, *ab initio*, conocimiento, pues «solo el conocimiento genera dominio y solo el dominio proporciona razones suficientemente sólidas para fundamentar el tratamiento más severo dispensado a los casos de actuación dolosa». Las razones esgrimidas son la mayor necesidad de prevención frente a los riesgos que se dominan y la mayor responsabilidad del autor por aquello que realiza bajo su dominio<sup>152</sup>.

El autor opta por excluir la voluntad del concepto del dolo por su incapacidad de alterar el dominio, siendo insuficiente para fundamentar un dolo sin dominio ni siendo determinante su ausencia para poder excluirlo cuando hay dominio. En opinión de este autor, el dominio se deriva del conocimiento mediante el cual el autor realiza la acción, siendo el camino a seguir para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente el del perfeccionamiento de la teoría de la probabilidad<sup>153</sup>.

Este trabajo va a exponer tres líneas argumentales en las que fundamenta su artículo. En primer lugar, analizará una contraposición entre el caso del Tirador de Lacmann y el caso Thyren para criticar el papel que juega la intuición en la delimitación del comportamiento doloso de las teorías volitivas. En segundo lugar, expondrá otra contraposición relativa a un caso de estrangulamiento para analizar el dominio del hecho del autor en ambas situaciones. Finalmente planteará dos cuestiones críticas con respecto al concepto de voluntad dentro de las teorías volitivas.

### Caso Lacmann y caso Thyren

Este autor analiza el tratamiento de las teorías volitivas del caso del Tirador de Lacmann y el caso Thyren, siendo estos dos ejemplos característicos de la doctrina penal alemana en los que se discute la existencia y fundamentación del dolo. En el caso del Tirador de Lacmann que plantea GRECO un

<sup>151</sup> LAURENZO COPELLO, P. Dolo y Conocimiento, cit., p. 258.

<sup>152</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», en Nuevo Foro Penal, nº 88, 2017, p. 22.

<sup>153</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 23.

tirador inexperto en una barraca de feria apuesta dinero a que podrá alcanzar con un disparo al sombrero que tiene una joven en su cabeza, pero falla el disparo y acierta en la chica<sup>154</sup>, mientras que en el caso Thyren un tirador completamente inexperto efectúa un disparo a una enorme distancia en dirección a la persona que él quiere matar acertando en su objetivo<sup>155</sup>.

Para GRECO, en el caso del tirador de Lacmann no se puede considerar que haya voluntad en sentido sicológico, sino solo conocimiento de la propia acción de efectuar un disparo en dirección al sombrero que se hallaba sobre la cabeza de una niña<sup>156</sup>. De esta forma, se tiene conocimiento de la creación de un riesgo relativamente intenso de producir un resultado letal. En el caso Thyren se produciría la situación inversa al darse voluntad pero no conocimiento de la creación de riesgo. GRECO alega que la doctrina dominante afirma la existencia de dolo en el caso Thyren, pues «confían en el acierto de su intuición: si alguien quiere matar y dispara en dirección a la víctima por él escogida, no se puede sostener que no hay dolo»<sup>157</sup>. El citado autor mantiene que la intuición es un «punto de partida que no debe sustituir a la fundamentación», dando un papel exagerado al peso de la intuición para la determinación de dolo.

En el ejemplo de Lacmann, el autor conocía que de su actuar podía derivarse con gran probabilidad un resultado típico (dominaba la realización del tipo), mientras que el sujeto del caso de Thyren no sabe que un resultado típico tiene probabilidad de ocurrir (no domina la realización del tipo). GRECO estima que castigar por la realización del tipo con la misma severidad al que controla la situación y al que no la controla implica que la voluntad contraria a derecho es suficiente para fundamentar una punición a título de dolo. Sostiene que no debe ser posible que en un Derecho penal de los hechos la mera voluntad sin dominio pueda equivaler al dominio<sup>158</sup>.

### Dominio del hecho

GRECO expone un caso imaginario en el que un hombre quiere violar a su exnovia y para lograr su objetivo pretende estrangularla, dejarla inconsciente y llevarla a un sitio donde poder violarla. Cuando la estrangula sabe que puede matarla, pero el autor sigue estrangulándola para asegurarse de que no

<sup>154</sup> PUPPE, I., *La distinción* ,p. 45 ss., citado en GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 5.

<sup>155</sup> PUPPE, I., *La distinción* ,p. 66 ss., citado en GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 12.

<sup>156</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 5.

<sup>157</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 21.

<sup>158</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., pp. 12-13.

despierta. Finalmente, la víctima fallece antes de poder violarla.

Al depender la íntegra realización del plan del autor de que la víctima permanezca viva (para poder violarla) GRECO considera que no se puede afirmar en ningún caso que quiera la muerte de ésta. Se le estaría negando el dolo de matar a la víctima en razón del plan del autor<sup>159</sup>.

Sin embargo, en opinión del autor sería inadecuado beneficiar este caso negándole el dolo frente a un caso similar en el que el autor quiere asustar a su exnovia, la estrangula para dejarla inconsciente y ésta fallece, donde sí que se debería afirmar la existencia de dolo (el plan del autor no dependería de que la víctima permaneciera viva).

En ambas situaciones el dominio del autor sobre los hechos es idéntico, por lo que GRECO critica que sea suficiente el elemento volitivo para fundamentar un tratamiento más severo (delito doloso) entre los casos en los que el dominio de los hechos sea el mismo<sup>160</sup>.

### Crítica al concepto de voluntad

La objeción de GRECO a incluir el elemento volitivo en el dolo se centra en dos cuestiones principales. La primera cuestión hace referencia a un problema de definición, pues alude a la existencia de teorías volitivas muy dispares entre sí que no permiten esclarecer satisfactoriamente el estado psíquico de voluntad. La segunda cuestión alude a que no considera posible probar la existencia del elemento volitivo del dolo de manera compatible con las exigencias de la presunción de inocencia y *del in dubio pro reo*, pues el autor siempre podrá negar haber actuado en el estado mental al que el elemento volitivo del dolo se refiera<sup>161</sup>.

En opinión del autor, al establecerse la imposibilidad de definir el concepto de voluntad y de comprobar su existencia se debe llegar a la conclusión de que este concepto no debe ser incorporado en el dolo. Además, adolecería de un problema de fundamentación, puesto que, aunque se diera la voluntad, esto sería irrelevante para el dominio y, por tanto, para justificar el tratamiento más severo que debe recibir aquel que obra dolosamente<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 14.

<sup>160</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 14.

<sup>161</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 15.

<sup>162</sup> GRECO, L., «Dolo sin voluntad», cit., p. 15.

## VI. REFLEXIONES SOBRE LA VOLUNTAD

En este capítulo se va a dar respuesta a las cuestiones planteadas en este trabajo con respecto al dolo y, en particular, se tomará posición con respecto a los planteamientos monistas expuestos en el anterior capítulo. Con este propósito se seguirá una línea argumental de tres fases: En primer lugar, se aclarará con precisión la definición de dolo, en segundo lugar, se justificará el carácter autónomo del elemento volitivo en el concepto de dolo y finalmente se determinará el criterio más adecuado para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente.

### 1. Concepto de dolo.

La concreta delimitación del concepto del dolo y la justificación de su pertenencia al tipo de lo injusto constituye el punto de partida para tratar las dos cuestiones posteriores, pues éstas están condicionadas por los elementos que componen la definición del dolo y el alcance que puedan tener. Para poder delimitar el concepto del dolo es preciso justificar la adscripción a la estructura finalista de la acción humana frente a la estructura causalista<sup>163</sup>.

Ya se ha analizado en este trabajo la sistemática finalista dentro de la consolidación de la dogmática jurídico penal del siglo XX. El fundamento lógico-objetivo de esta teoría reside en que la finalidad ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien tutelado, pues entiende que el hombre al actuar externamente lo hace guiado por una voluntad específica dirigida a un objetivo que parece como una manifestación final de dicha voluntad. La característica principal de la acción finalista es «la anticipación del fin en el pensamiento» como señalaría WELZEL<sup>164</sup>. En la concepción welzeliana de la acción, el punto de partida reside en «una actividad final humana». Como dice CEREZO, siguiendo a STRATENWERTH, si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica<sup>165</sup>. Esta estructura permite identificar los fenómenos reales que

<sup>163</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº.6, 2004, p. 12.

<sup>164</sup> Welzel, Hans, *La teoría de la acción finalista*, p. 112, citado en MÁRQUEZ PIÑERO, R., *Teoría de la antijuridicidad*, cit., p. 64.

<sup>165</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 48.

interesan al Derecho Penal para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis con el fin de conocer el fenómeno en su unidad<sup>166</sup>.

La consecuencia de los planteamientos finalistas expuestos provocaba que los autores finalistas (como WELZEL y CEREZO MIR) presentasen la siguiente definición de dolo: «conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo»<sup>167 168</sup>. En esta definición se incorporan los dos elementos analizados a lo largo de este trabajo, el elemento intelectual y el elemento volitivo, que se derivan del papel del conocimiento y de la voluntad dentro de la dogmática finalista. Además, como señala Luis GRACIA<sup>169</sup> y como se ha expuesto en el Capítulo III de este trabajo relativo a la naturaleza del dolo y su ubicación sistemática, si se parte de la estructura finalista de la acción humana la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es una consecuencia necesaria, de tal forma que se debe considerar que la posición del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos es una conquista lograda por el finalismo.

A la definición finalista del dolo se le debe realizar una matización respecto a su contenido para tratar los posteriores apartados de este capítulo. Cuando en la definición se establece que el dolo es la conciencia y voluntad de los elementos objetivos del tipo hay que aclarar que la definición no es referida a todos los elementos objetivos del tipo. Si bien el elemento intelectual sí que debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, no ocurre de la misma forma con el elemento volitivo, pues algunos elementos del tipo no pueden ser abarcados por esta.

Se puede ejemplificar con los delitos referidos a la prevaricación de los funcionarios públicos, como el delito del artículo 404 del CP, donde está claro que se exige el elemento intelectual respecto a su empleo de funcionario público, el autor debe conocer ese elemento objetivo del tipo. Sin embargo, no ocurre así con el elemento volitivo, pues el sujeto no tiene la obligación de querer ser funcionario público. En este sentido, la definición del dolo es conciencia de la concurrencia de los elementos objetivos del tipo y voluntad de realizar la acción y/o de producir el resultado (y no voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo).

---

<sup>166</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo...», cit., p. 3.

<sup>167</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal...*, cit., p.74.

<sup>168</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 124.

<sup>169</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo...», cit., p. 12.

## **2. Justificación del carácter autónomo del elemento volitivo del dolo.**

En el Capítulo V de este trabajo han sido expuestas las principales líneas de crítica frente a la inclusión del elemento volitivo en el concepto del dolo. En este apartado se va a justificar el carácter autónomo e imprescriptible de dicho elemento en el dolo desde la estructura finalista de la acción humana.

### **2.1. Respuesta a HERZBERG y PUPPE.**

En este apartado se van a rebatir los planteamientos de los partidarios de una reformulación del concepto del dolo expuestos en este trabajo. Se van a abordar las dos cuestiones principales planteadas por estos autores: el problema de fundamentación del concepto de voluntad y la delimitación del comportamiento doloso desde el plano objetivo.

#### Fundamentación de la voluntad

Desde las posiciones monistas, la voluntad tiene un problema de fundamentación. Aunque este elemento estuviera presente, no sería relevante para el dominio ni para justificar una mayor severidad al castigar el delito como doloso, pues no añadiría nada al riesgo de la conducta. Respecto a este aspecto cabe señalar el papel que desempeña la voluntad dentro del curso causal, donde ésta es la encargada de reconducir la acción presentada intelectualmente durante la ejecución. En palabras de ROMEO CASABONA, el ser humano no mantiene una «actitud meramente pasiva» frente a los acontecimientos que ejecuta y protagoniza, de tal forma que el dolo no se puede comprender en su totalidad si no se abarcan los dos planos (intelectual y volitivo). Cabe concluir que la perspectiva monista sólo puede conducir a que el objeto de valoración sea una acción «aséptica y despersonalizada», donde no aparece una voluntad que conduce el curso causal planteado intelectualmente<sup>170</sup>.

Los planteamientos monistas estarían obviando el papel que desempeña la voluntad de realización en el Derecho Penal. Si atendemos a la estructura lógico-objetiva de la acción que presenta la finalidad, ésta ha de ser reconocida, en palabras de GRACIA, como un «dato óntico que predetermina la estructura y el posible objeto de toda prohibición y de todo mandato». De acuerdo con CEREZO MIR, es el contenido de la voluntad de realización lo que debe ser objeto de la valoración jurídica. Sólo a

---

<sup>170</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «De la estructura monista del dolo. Una visión crítica», en Revista de Derecho y Ciencias Penales, nº 8, 2006, pp. 73-74.

través del conocimiento y la voluntad libre la acción finalista está dotada de sentido y de diferencia axiológica, de tal forma que el Derecho Penal puede abarcar hechos dotados de sentido y no meros procesos causales del mundo natural<sup>171</sup>.

### Delimitación del comportamiento doloso

Uno de los objetivos que presentaban las posiciones monistas era llevar a cabo una modificación en la estructura del tipo objetivo al no agotar el criterio distintivo entre delito doloso e imprudente en el ámbito subjetivo. Como se puede apreciar, los planteamientos monistas pretenden trasladar el problema de la delimitación entre ambos tipos de delito a un plano diferente del volitivo<sup>172</sup>. Sin embargo, el problema de la delimitación no queda eliminado, sino que es un intento de desviar o simplificar el problema. Como apunta ROMEO, al descansar en la parte cognitiva todo el componente subjetivo del hecho, lo que se está logrando es que el problema se desarrolle en el plano cognoscitivo, logrando una mayor complejidad estructural e incrementando las dificultades de este plano.

La delimitación del comportamiento doloso se dificulta sin recurrir a la voluntad, pues su presencia es determinante para comprender la relación entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. GRACIA afirmará que el tipo objetivo y el subjetivo no constituyen niveles de enjuiciamiento independientes, sino que operan en una relación sintética que expresa la valoración unitaria de lo injusto de la totalidad de la acción. El subjetivo es previo al objetivo, y la ausencia de este no permitirá la correcta valoración del tipo objetivo doloso puesto que sin voluntad se trataría únicamente de un acontecimiento que no podría ser configurado como desvalor del resultado (*Erfolgsunwert*), sino como desvalor de la situación (*Sachverhaltsunwert*)<sup>173</sup>.

## **2.2. Respuesta a la crítica de GRECO.**

En este apartado se rebatirán las tres principales líneas argumentales en las que fundamenta el artículo «Dolo sin voluntad» de GRECO.

### Caso de Lacmann y caso Thyren

---

<sup>171</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo...», cit., p. 10.

<sup>172</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «De la estructura monista ...», cit., p. 70.

<sup>173</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo...», cit., p. 16.

El objetivo de la contraposición de GRECO entre el caso del tirador de Lacmann y el caso Thyren es concluir que se estaría castigando con la misma severidad al autor que controla la situación (caso Lacmann) y al que no la controla (caso Thyren), siendo la voluntad (o intuición) suficiente para castigar a título de dolo. En opinión de este autor no se debería de castigar con la misma severidad ambos comportamientos, puesto que en el caso Thyren el autor no tiene conocimiento de la creación de riesgo (no domina la realización del tipo), y considera que al faltar el elemento intelectual no se puede fundamentar la existencia del dolo en la intuición del autor (no habría dolo).

Frente al planteamiento expuesto por este autor se deben realizar diversas observaciones. En primer lugar, en el caso Thyren GRECO parte de la base de que el sujeto no domina la realización del tipo, pero sin embargo debemos considerar que el autor sí se está atribuyendo subjetivamente más posibilidades de que se produzca el resultado de las que realmente tiene (error irrelevante sobre las posibilidades de producir el resultado). Se atiende a la perspectiva del autor que confía en la producción del resultado como consecuencia de su acción y pone en marcha un curso causal que él considera idóneo aunque para un espectador objetivo no lo sea<sup>174</sup>. Si finalmente se produce el resultado, el mismo aparece como obra suya por mucho que sus posibilidades de producción fueran *ex ante* mínimas y el autor no lo supera. De otro modo se habría acercado más para disparar a la víctima. Pero si lo hace a tanta distancia es porque cree que puede dar en el blanco: si no, no habría voluntad de matar.

Un ejemplo similar sería el de una persona que se encuentra una tarjeta de crédito ajena en el suelo. Con el propósito de extraer dinero de la tarjeta de crédito acude al cajero más cercano. Es preciso introducir un PIN numérico y casualmente lo acierta, extrayendo todo el dinero. En este caso se ha producido claramente un delito de estafa del artículo 248 del CP. Sin embargo, atendiendo a la baja posibilidad de acertar el PIN, siguiendo con el razonamiento que presenta en el caso Thyren, GRECO alegaría que el autor no domina la realización del tipo, por lo que no se le podría imputar dolo al autor.

Se debe destacar la existencia de un sector de la doctrina que considera la no concurrencia de peligrosidad *ex ante* en el caso Thyren, por lo que la acción resultaría impune. En el caso, pese a que el resultado es querido (doloso), éste aparecería en una contemplación *ex ante* como una consecuencia absolutamente improbable de acuerdo con la fórmula de ENGISCH. Los requisitos de peligrosidad *ex ante* que exige el artículo 16 del CP respecto a la peligrosidad de la acción no se estarían cumpliendo,

---

<sup>174</sup> CUELLO CONTRERAS, J., «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», en Revista de Derecho Penal y Criminología, 3<sup>a</sup> época, nº 2, 2009, p. 43.

puesto que debe aparecer la producción del resultado como una consecuencia no absolutamente improbable. De acuerdo con la redacción del Código Penal no se prohíbe toda acción finalista dirigida a la producción del resultado, sino únicamente las acciones finalistas que sean peligrosas (la producción del resultado aparece *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable), por lo que el autor resultaría impune<sup>175</sup>.

Respecto al caso del tirador de Lacmann, al considerar la condición de tirador inexperto, el riesgo de disparar a la niña accidentalmente es tan elevado que es inevitable tenerlo en cuenta. El hecho de que no quiera dar a la niña y sí solo al sombrero solo nos dice que la finalidad del autor es alcanzar al sombrero (dolo directo de primer grado), pero eso no impide que necesariamente tenga que contar con la posibilidad de errar el tiro y alcanzar a la niña (dolo eventual). Ambas finalidades son compatibles.

### Dominio del hecho

El otro ejemplo manejado en el planteamiento de GRECO es la del hombre que estrangula a su exnovia, en uno de los casos para darle un susto y en el otro para violarla. La crítica de este autor a la voluntad se centra en que sería inadecuado beneficiar al autor en el caso de la violación negándole el dolo frente al caso en el que asusta a su novia (donde sí se le imputa dolo). GRECO critica que sea el elemento volitivo lo que confiera un tratamiento diferencial a dos situaciones con idéntico dominio de los hechos.

GRECO funda su planteamiento en diversos postulados que resultan discutibles. Por un lado, en el supuesto en el que el autor pretende dar un susto a su exnovia, considera que se le debería imputar dolo por el fallecimiento de ésta porque cuando la está estrangulando valora la posibilidad que vaya a morir y aun así continúa estrangulándola para asegurarse de que no despierta. Sin embargo, esta consideración es ignorada en el supuesto en el que el estrangulamiento se produce para violarla posteriormente, donde el autor también se habría planteado la posibilidad de que falleciese a consecuencia del estrangulamiento.

GRECO está confundiendo el «deseo» con la voluntad, puesto que el querer violar a su exnovia después de estrangularla no forma parte del dolo de matar, sino que el dolo es siempre referido al acto que se realiza durante el ejercicio de la acción. Aunque en el supuesto el autor pretendiera violar a la

---

<sup>175</sup> CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal...*, cit., pp. 102 y 103.

víctima después de estrangularla, el «querer violarla» constituiría un deseo futuro que no abarcaría el dolo de matar. El dolo no puede ir referido a una pretensión relativa a un futuro lejano y altamente incierto, sino que se debe ceñir al momento de la ejecución de la acción. De esta forma, si en el supuesto del «susto» se ha considerado dolo de matar, en el supuesto de la violación se debería considerar de igual forma.

En una situación en la que una persona condujera a 100 km/h en la ciudad y atropellase a otra persona, se podría afirmar que no era voluntad del conductor matar a nadie, pero que el riesgo de atropellar a otra persona era tan elevado que es imposible que el autor no contara con el resultado (como en el ejemplo de la estrangulación).

### Crítica al concepto de la voluntad

Finalmente se va a dar una respuesta a las dos cuestiones que plantea GRECO con respecto al concepto de la voluntad. La primera cuestión aborda la imposibilidad de determinar un concepto concreto de voluntad en el Derecho Penal debido a la existencia de múltiples teorías volitivas, que aluden a diversos estados síquicos para explicar el elemento volitivo en el dolo. Sin embargo, esta circunstancia no invalidaría la necesidad de concretar del mejor modo posible cómo debe configurarse el factor volitivo en el dolo eventual para poder seguir considerándolo dolo (y, por tanto, que el resultado -aunque con una relación menos intensa- siga formando parte de la voluntad del autor).

ROMEO CASABONA señala que es cierto que actualmente domina un concepto simplista de voluntad, presentándose el querer como una realidad «dicotómica, taxativa e incontrovertible», donde el hecho solo puede ser querido o no querido<sup>176</sup>. Sin embargo, este autor apunta a que deben hacerse esfuerzos para que no se simplifique el concepto de voluntad y así poder proceder a las construcciones jurídicas oportunas.

Sobre el concepto de voluntad GRACIA destaca la importancia entre distinguir el dolo de la finalidad. Ambos conceptos no son coincidentes, puesto que la finalidad es la voluntad de realizar cualquier acción y el dolo la voluntad de realizar el tipo delictivo, de tal forma que no cualquier voluntad estará incluida en el concepto de dolo<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «De la estructura monista ...», cit., p. 83.

<sup>177</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo...», cit., p. 15.

En la segunda cuestión se alude a la imposibilidad de probar satisfactoriamente el estado psíquico de la voluntad, alegando que el autor siempre podrá negar haber actuado con la voluntad exigida por el dolo. El planteamiento que sostiene GRECO sobre la completa improbabilidad del elemento volitivo del dolo no es convincente, pues el Derecho Penal recurre a juicios de inferencia para poder probar la voluntad del autor en el curso causal a través del análisis de las acciones que realiza y del fin que las dirige.

No se puede afirmar que la voluntad sea completamente incomprobable porque en algunos casos sea difícilmente comprobable, ni tampoco que la única forma para determinar efectivamente la voluntad del autor sea la confesión de éste. Prescindir de la voluntad sería totalmente erróneo, pues es el elemento que da sentido al conocimiento de los factores causales y que dirige el acontecer causal. A través del análisis de este dominio causal mediante juicios de inferencia se puede llegar a determinar cuál era la verdadera voluntad del autor.

Como señala ROMEO CASABONA, el efecto que pretenden lograr las posiciones monistas es precisamente prescindir de incómodos parámetros subjetivos, sustituyéndolos por parámetros objetivos. En algunos tipos penales aparecen elementos subjetivos con componente volitivo (como en los delitos de intención, entre los que se encuentran los delitos de resultado cortado o como en los delitos de expresión como la discordancia entre una declaración y el saber del sujeto)<sup>178</sup>. En estos delitos, el autor señala que pese a que los elementos no sean fáciles de probar, no se ha renunciado a incluir su presencia en algunos tipos penales. La explícita exigencia de una intención o ánimo en estos delitos implica la inclusión de expresiones volitivas de la acción del sujeto (la voluntad de su actuar), donde no se plantea excluir estos elementos por posible dificultad probatoria a la que aludiría GRECO.

Además, prescindir de la inclusión de los «incómodos» parámetros subjetivos imposibilitaría realizar un juicio preciso sobre la peligrosidad, pues es necesario considerar la voluntad de acción del ejecutor y no solo los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho<sup>179</sup>. Considerar que una acción sea peligrosa y en qué medida lo sea no puede determinarse si la valoración se proyecta exclusivamente en el lado objetivo. Por ejemplo, cuando una persona dispara se debe atender a la voluntad del autor para determinar si pretendía matarla o herirla. ¿De qué modo se podría saber qué delito quería cometer?

---

<sup>178</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «De la estructura monista ...», cit., p. 75.

<sup>179</sup> GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo...», cit., p. 14.

Finalmente, se deben incluir las reflexiones de ROMEO CASABONA sobre la tentativa y el desistimiento, pues considera que ponen de relieve cómo no se puede captar la relevancia típica únicamente con el plano cognitivo, siendo trascendental el aspecto volitivo. En primer lugar, este autor afirma que el elemento volitivo figura expresamente en la definición de tentativa del artículo 16 del CP pues está construida con referencia a la voluntad del sujeto, al ser la actitud volitiva del sujeto con relación al resultado lo que caracterizaría la tentativa<sup>180</sup>.

La aplicación del 16 CP implica que para que estos hechos sean castigados por tentativa es irrelevante el conocimiento completo de la realización de los elementos del tipo. Concluye que «es la concurrencia de la voluntad del sujeto en la realización del hecho y es la ajenidad de dicho voluntad en la no producción del mismo lo determinante para la constitución de lo injusto de la tentativa»<sup>181</sup>.

En segundo lugar, ROMEO CASABONA señala que la voluntad del sujeto es un factor decisivo en el desistimiento para considerar que el hecho no sea finalmente punible. Cuando se renuncia a proseguir la ejecución del hecho o se impide que se produzca el resultado, la voluntad del sujeto se presenta como decisiva para apreciar el desistimiento. Actúa como «rectora» del proceso causal del que depende el curso de la acción diseñado previamente por el autor, siendo transcendental para el desistimiento el elemento volitivo<sup>182</sup>.

### **3. Criterio delimitador entre dolo eventual e imprudencia consciente.**

Como se ha señalado en este trabajo, la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente es un asunto verdaderamente complejo por tener que reproducir de forma lingüística fenómenos psicológicos guiados por tendencias relativamente conscientes. Este debate se presenta como un subtema del anterior apartado pues solo una vez respondido el papel que debe desempeñar la voluntad en la estructura de la acción humana se pueden determinar qué elementos intervienen como criterio de delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

En este trabajo se han expuesto siete criterios de delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente entre los que se encontraban teorías apoyadas por los autores monistas (donde la

---

<sup>180</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «De la estructura monista ...», cit., p. 77.

<sup>181</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «De la estructura monista ...», cit., p. 78.

<sup>182</sup> ROMEO CASABONA, C. M., «De la estructura monista ...», cit., p. 79.

delimitación residía en parámetros intelectuales) y teorías apoyadas por los dualistas (donde estaba presente el elemento volitivo). En el Capítulo V se ha hecho referencia a las posiciones monistas con respecto a la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Se han mencionado los argumentos para apoyar la teoría del peligro no cubierto de HERZBERG, así como la postura de GRECO favorable a la teoría de la probabilidad como planteamiento puramente monista.

En este apartado se analizarán las críticas a ambas teorías, concluyendo la inviabilidad de aplicar un criterio delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente que prescinda de la voluntad. Además, se realizará una defensa de la teoría de la «toma en serio», una teoría que incluye el elemento volitivo, argumentando por qué debe ser considerada como la teoría que mejor se ajusta a nuestra concepción del Derecho Penal.

### **3.1. Crítica a los criterios monistas.**

En primer lugar, se va a proceder con al análisis de la clásica teoría de la probabilidad defendida por GRECO como criterio delimitador. De acuerdo con los autores monistas, esta teoría pone de manifiesto la irrelevancia (como fundamento del dolo) y la innecesidad del elemento volitivo, al ser el elemento cognitivo suficiente<sup>183</sup>. En el Capítulo IV se han expuesto críticas realizadas por diversos autores del Derecho Penal como MIR PUIG o ROXIN. En la línea de lo expuesto en ese Capítulo, se debe criticar la ambigüedad de resultados que presenta la teoría de la probabilidad por diversas razones. Por un lado, por la existencia de casos límite donde la probabilidad no se puede cuantificar en posibilidades porcentuales y, por otro lado, porque aun si se pudiera realizar una cuantificación precisa de estas posibilidades no habría cabida a determinar una cifra exacta de probabilidad que determinara el límite para que un comportamiento fuera doloso o no. Además, esta teoría obvia el hecho de que solo unos pocos sujetos, durante la ejecución de la acción, reflexionan sobre el grado de probabilidades exacto de producir el tipo delictivo.

Otros autores monistas, como HERZBERG y PUPPE, también se han manifestado en contra de esta teoría. Estos autores se apartan de las fórmulas puramente cuantitativas como criterio delimitador del comportamiento doloso, pues consideran que es la naturaleza del riesgo lo que debe caracterizar al peligro propio del delito doloso y no la mayor posibilidad de que desemboque el resultado típico<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> MORENO, F., y NARANJO, G., «Dolo: ¿Conocimiento y voluntad?». Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE, 2020, p. 555.

<sup>184</sup> LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, cit., p. 255.

HERZBERG desarrolla la teoría del peligro no cubierto frente a la ausencia de un criterio delimitador convincente planteado desde una perspectiva monista. Cuando esta teoría fue expuesta en el Capítulo IV se mencionó la crítica de ROXIN frente a esta teoría. Como señalaba el autor, la teoría de HERZBERG representa una pretensión de reemplazar a la teoría de la «toma en serio», donde se sustituye el elemento volitivo por el criterio de cobertura<sup>185</sup>. ROXIN afirmaría que lo decisivo de este criterio no sería que el sujeto «se ha tomado en serio un peligro del que se ha percatado...», sino que se ha percatado de un peligro que hay que tomarse en serio».

Será considerada como una «teoría objetivada del tomarse en serio». HERZBERG, pese a ser monista, introduce en el autor el juicio de evaluación sobre la actitud lesiva de la conducta<sup>186</sup>. Su teoría no puede obviar la dependencia de los datos psicológicos del autor, pues exige el juicio de idoneidad del método de causación del resultado de la conducta realizada se produzca con los conocimientos con que cuenta el sujeto activo<sup>187</sup>.

HERZBERG también será criticado por otros autores monistas, como PUPPE, quien considerará que los criterios descriptivos (como el planteado en la teoría del peligro no cubierto) son de «fácil manipulación» como criterio esencial para afirmar la presencia del riesgo cualificado.

### **3.2. Defensa de la Teoría de la «toma en serio».**

En este trabajo se va a defender la teoría de la «toma en serio» como el mejor criterio delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Como se ha mencionado los elementos de esta teoría son la conciencia de la peligrosidad de la acción (tomar en serio la posibilidad del delito) y un momento voluntativo donde se conforma con la posibilidad. Esta teoría es apoyada por diversos autores dualistas debido a la inclusión de un concepto ligado al elemento volitivo.

Esta teoría se plantea como una superación de las teorías clásicas de la probabilidad y del consentimiento. Por un lado, adopta la representación de resultado exigida por la teoría de la posibilidad, lo que permite incluir consideración sobre la entidad del riesgo creado por el autor. Esta

---

<sup>185</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal...*, cit., pp. 443-444.

<sup>186</sup> SOSA, M. J., «El gran problema de los límites entre el dolo eventual y la culpa con representación», *Terragni Jurista*, 2018, p. 80.

<sup>187</sup> SOSA, M. J., «El gran problema ...», cit., p. 82.

consideración sobre el riesgo creado está presente en la teoría de la «toma en serio» al ser necesario que sea racionalmente previsible la alta probabilidad de la realización del tipo por la forma y circunstancia del hecho para que el autor se «tome en serio» la peligrosidad de la acción<sup>188</sup>. Además, no adolece de los problemas que plantea la teoría de la probabilidad relativos la ausencia de valoración sobre dicha probabilidad o a cuál debe ser la probabilidad exacta que sirve como límite. Esta teoría evita esos problemas al ser un requisito que el autor, en función de sus conocimientos y capacidades, haya reflexionado sobre la seriedad de su actuación, además de no establecer como criterio delimitador una probabilidad cuantificada sino que el criterio delimitador es la exigencia de un momento voluntativo que permita manifestar una conformidad con esta posibilidad<sup>189</sup>.

Por otro lado, como en la teoría del consentimiento también aquí se incorpora un elemento volitivo, pues se exige un momento en el que el autor se conforma con la posible realización del tipo (aceptando la probabilidad de que se realice el peligro que se ha tomado en serio). Sin embargo, difiere de esta teoría pues la referencia volitiva será «conformarse con» la posibilidad de que se produjese el peligro, mientras que en la teoría del consentimiento se exige que el autor «apruebe» la producción del resultado típico y no la probabilidad considerada<sup>190</sup>. De esta forma, el contenido volitivo exigido por la teoría de la «toma en serio» se ajusta mejor al contenido del dolo eventual, que implica que sea meramente posible (y no segura) que la consecución del fin vaya acompañada de la realización de los elementos objetivos del tipo.

Además, la teoría de la «toma en serio» paliaría los problemas que presentaba la teoría del consentimiento relativos a los casos de que el autor realice actividades extremadamente peligrosas sin desear el resultado, en los que se critica el papel preponderante de la actitud emocional con que era cometida la lesión del bien jurídico. Esto se debe a que en la teoría de la «toma en serio», al tomar en serio el peligro, se estaría incluyendo una consideración sobre la entidad del riesgo creado por el autor, de tal forma que se ponderaría la peligrosidad de la acción analizada.

Uno de los autores que defiende la teoría de la «toma en serio» es ZUGALDÍA<sup>191</sup>. Este autor considera que hay dolo eventual cuando el autor «actúa a pesar de haber tomado seriamente en cuenta la

---

<sup>188</sup> SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción...», cit., p. 128.

<sup>189</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, cit., p.274.

<sup>190</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Demarcación entre dolo y culpa. El problema del dolo eventual», en Anuario del derecho penal y ciencias penales, t. 39, 1986, p. 421.

<sup>191</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Demarcación ...», cit., pp. 420-421.

posibilidad de lesión del bien jurídico». De esta forma, para que una conducta sea dolosa se exige que el sujeto cuente con la realización del tipo (conciencia de que concurre un peligro concreto); cuente seriamente con la realización (tome en serio dicho peligro o juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado); y se conforme con la probable realización del tipo (carga con el momento de incertidumbre existente en el momento de la acción, con tal de alcanzar el objetivo que persigue)<sup>192</sup>.

ZUGALDÍA afirma que «frente a la ligereza que supone la culpa -donde el autor actúa confiando en que el resultado, de todos modos, no se va a producir- el dolo eventual da idea de que el autor deja que las cosas sigan su curso (al azar) y se conforma con (ésta a) lo que resulte»<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> CHANG KCOMT, R., «Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su Delimitación», en Derecho y Sociedad, nº 36, 2011, p. 8.

<sup>193</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Demarcación ...», cit., p. 399.

## VII. CONCLUSIONES

Para poder obtener una delimitación correcta del concepto de dolo se debe partir de la estructura finalista de la acción, pues el finalismo permite identificar los fenómenos reales que interesan al Derecho Penal para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis con el fin de conocer el fenómeno en su unidad.

En este trabajo se ha pretendido demostrar que el dolo está compuesto por dos elementos, el elemento intelectual y el elemento volitivo. La inclusión de estos elementos en la definición del dolo se deriva del papel del conocimiento y la voluntad dentro de la dogmática finalista. Esta dogmática también permite determinar la naturaleza del dolo y su ubicación sistemática, puesto que la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto constituye una consecuencia necesaria de la estructura finalista de la acción humana.

El elemento intelectual estaría compuesto por la conciencia de la realización de todos los elementos objetivos del tipo en el momento de llevar a cabo la acción típica, así como la previsión de realización de los restantes elementos objetivos del tipo. El elemento volitivo es la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, si bien esa voluntad puede no incluir todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo (en todo caso ha de concentrarse en el resultado o en la calidad de la acción).

En la discusión sobre el contenido del dolo han surgido tendencias en las que se defiende que el único elemento relevante del dolo es el intelectual, excluyendo el carácter autónomo del elemento volitivo. Este sector monista plantea una reformulación del contenido del dolo a través de la eliminación de la voluntad, produciendo una modificación en la estructura del tipo objetivo al no agotar y acotar el criterio distintivo entre delito doloso e imprudente en el ámbito subjetivo. En el planteamiento monista será la naturaleza del peligro el factor relevante para decidir el tipo de ilícito, sin que influya la voluntad del autor. Además, en su concepción del dolo se defenderá que el conocimiento es el único elemento que genera dominio, siendo el dominio lo único que justificaría un tratamiento más severo. De esta forma, se opta por excluir la voluntad del concepto del dolo por su incapacidad de alterar el dominio. Una concepción del dolo centrada en la conciencia derivaría en la necesidad de prever los riesgos que se dominan y la exigencia de una mayor responsabilidad del autor por lo que realiza bajo su dominio.

Frente a estas concepciones monistas del dolo, se ha expuesto la necesidad de incluir la voluntad en el concepto de dolo para comprender la parte subjetiva de los delitos dolosos. Es el contenido de la

voluntad de realización lo que debe ser objeto de la valoración jurídica, pues sólo mediante el conocimiento y la voluntad libre la acción finalista está dotada de sentido y de diferencia axiológica, no siendo las acciones meros procesos causales del mundo natural.

Excluir el elemento volitivo para facilitar la delimitación del comportamiento doloso sólo implicaría trasladar el problema de la delimitación entre ambos tipos de delito a un plano diferente del volitivo sin que este problema sea eliminado. El problema se desarrollaría en el plano cognoscitivo, logrando una mayor complejidad estructural e incrementando las dificultades de este plano.

El planteamiento monista en el que la mayor severidad sólo se justifica por el mayor dominio de los hechos imposibilitaría realizar un juicio preciso sobre la peligrosidad, pues para este juicio en todo caso es necesario tomar en consideración la voluntad de acción del ejecutor. Considerar que una acción sea peligrosa y en qué medida lo sea no puede determinarse si la valoración se proyecta exclusivamente en el lado objetivo.

Además, se debe señalar que nuestro Código Penal acoge una concepción de dolo en la que se incluyen tanto el elemento intelectual como el elemento volitivo. Esto se puede apreciar en la regulación de la tentativa y el desistimiento, pues pone de relieve la importancia del aspecto volitivo para captar la relevancia típica de los comportamientos. La redacción sobre la tentativa implica que la relevancia típica no se puede captar únicamente en el plano cognitivo, siendo trascendental el aspecto volitivo. Por otro lado, el desistimiento se produce cuando se renuncia a proseguir la ejecución del hecho o se impide que se produzca el resultado, por lo que la voluntad del sujeto es decisiva para apreciarlo.

Finalmente, se ha expuesto la inviabilidad de aplicar un criterio delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente que prescinda de la voluntad. Se han criticado las teorías monistas que justificaban la delimitación exclusivamente en el plano cognitivo y se ha expuesto cómo la teoría de la «toma en serio» constituye el criterio delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente más satisfactorio de los formulados hasta el momento. Esta teoría es, a nuestro modo de ver, la más convincente al incluir como elementos del dolo, tanto la conciencia de la peligrosidad de la acción, es decir, tomar en serio la posibilidad del delito, como un momento voluntativo o voluntario, en virtud del cual el sujeto se conforma con dicha posibilidad.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

### Monografías

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español Parte general. Tomo II: Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001.

JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 5<sup>a</sup> edición, Comares, Granada, 2002, p. 310.

LAURENZO COPELLO, P. *Dolo y Conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MÁRQUEZ PIÑERO, R., *Teoría de la antijuridicidad*, México DF, 2003.

MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, t.1, Ariel, Barcelona, 1962.

MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 10<sup>a</sup> edición, Reppertor, Barcelona, 2016.

MUÑOZ CONDE, F., «El dolo», en *Derecho Penal: Parte General*, Conde, García, 8<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RÁUL ZAFFARONI, E., *Derecho Penal: Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 519.

ROXIN, C., *Derecho Penal: Parte General*, t.1, Civitas, Madrid, 1997.

SOLA RECHE, E., «Tipo de delito de acción doloso», en *Derecho Penal: Parte General*, Romeo, Sola, Boldova (coords.), Comares, Granada, 2016.

WELZEL, H., *Derecho Penal: Parte General*, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.

### **Artículos de revista**

BELLO LANDROVE, F., «El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)», en *Jueces para la Democracia* nº 32, 1998.

CHANG KCOMT, R., «Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su Delimitación», en *Derecho y Sociedad*, n.º 36, 2011.

CUELLO CONTRERAS, J., «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3<sup>a</sup> época, nº 2, 2009.

GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6, 2004.

GRECO, L., «Dolo sin voluntad», en *Nuevo Foro Penal*, n.º 88, 2017.

MORENO, F., y NARANJO, G., «Dolo: ¿Conocimiento y voluntad?» en *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE*, 2020.

ROMEO CASABONA, C. M., ., «De la estructura monista del dolo. Una visión crítica», en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 8, 2006.

LÓPEZ JARA, M., «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil. A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, n.º 7857, 2012.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Demarcación entre dolo y culpa. El problema del dolo eventual», en *Anuario del derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, 1986.