

El dolo eventual en España (reflexiones para un debate)

Federico BELLO LANDROVE

0. TRES CITAS, PARA PRESENTAR ESTE ARTÍCULO

"...Este problema (el del dolo eventual), uno de los más difíciles y a la vez de los prácticamente más importantes de todo el Derecho de castigar" (Mezger).

"El contenido del injusto del dolo eventual es menor que en las otras dos clases de dolo, porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas" (Jeschek).

"Esta figura jurídica (el dolo eventual), de creación jurisprudencial y, en algún aspecto, doctrinal, ha de medirse con sumo cuidado y aplicarse caso por caso y de manera muy restrictiva" (Tribunal Supremo, sentencia de 15-11-1997, ponente García Ancos).

1. ORIGENES DE UN PROBLEMA

Ya sea por razones teóricas, ya por exigencias prácticas, los penalistas han fragmentado el campo de la culpabilidad hasta términos de subdivisiones muy alambicadas. Sucesivas gradaciones e instituciones intermedias han ido complicando el tradicional panorama dicotómico de *dolo* y *culpa*. Sin embargo, el Derecho penal codificado español se ha mantenido al margen de las clasificaciones del dolo, reflejando sólo la complejidad en materia de imprudencia, donde se ha venido viviendo un estado de tripartición, y aún más allá (por ejemplo, imprudencias profesional, temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción reglamentaria, en el Código de 1973 y anteriores; culpas profesional, grave y leve, en el de 1995).

Las clasificaciones (habitualmente, bipartitas) del dolo se han gestado en el Derecho extranjero. No podemos olvidar la influencia carrariana, pero parece claro que la clave en este punto es la *receptión* en España de la dogmática alemana, a partir de los años cuarenta. Baste, como ejemplo, la vigorosa caracterización del *dolo eventual* en el *Tratado* de Mezger¹ y su interesante anotación para el Derecho hispano de la época realizada por Rodríguez Muñoz.

A partir, por tanto, de un problema básicamente importado, se van a formular los primeros esbozos de solución para el Derecho penal español. Durante unos veinte años, de Rodríguez Muñoz a Rodríguez Devesa (por emplear una personificación mnemo-

técnica), la respuesta doctrinal consistió en incluir los supuestos de dolo eventual dentro de la imprudencia temeraria. Se trataba de una solución de emergencia, basada más en razones *pro reo* que técnicas, y que no tenía por qué suponer el trato igual de casos desiguales: para evitarlo estaba la graduación de la dosis penal, facilitada por la amplia discrecionalidad judicial prevista en el artículo 565 del viejo Código penal.

2. SITUACION CONTEMPORANEA

Un vuelco total en la situación (cuando menos, en su proyección jurisprudencial) va a producirse en los años setenta. El dolo eventual irá siendo reconocido en nuestro país como una forma *legítima* (aunque no expresamente legal) de dolo y, en consecuencia, su tratamiento se equiparará al del *dolo directo*, incluso en los delitos más graves del elenco punitivo (homicidio, parricidio, asesinato, robo con homicidio...).

Resulta importante constatar que esta evolución interpretativa nada tiene que ver con la regulación legislativa². En España, la regulación del dolo eventual ha ido cambiando, no en las leyes, sino al amparo de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales. Ni siquiera la promulgación de un nuevo Código penal, el de 1995, ha supuesto una respuesta legal, en términos de definición o repercusión punitiva. De hecho, los nuevos artículos 5 y 10 son bastante menos *comprometidos* que los clásicos preceptos 1.3º, 8-8º y 565 del Código de 1973 (éstos hablaban de "intención", "malicia", de lo que se había "propuesto ejecutar" el culpable...).

La falta de respuesta legal expresa al tema, ciertamente clave, del dolo eventual no deja de tener ejemplos señeros, como el alemán³. No obstante, los inconvenientes están a la vista: la carencia de definición de esta figura y el silencio legal sobre las cuestiones valorativas que plantea (dicho brevemente, qué tratamiento punitivo debe tener) están en la base de una problemática abrumadora, que puede llegar a perturbar su tratamiento práctico.

² Aunque pudiera haberla facilitado la sucesiva desaparición de las aproximaciones al dolo en términos de "malicia", "intención", "...propuesto ejecutar" de los artículos 1.3º, 8-8º y 565 del Código penal de 1963. Tampoco el Código penal alemán ha participado del esfuerzo doctrinal para definir y caracterizar punitivamente el dolo eventual, a diferencia de los Proyectos de reforma de 1962 y Alternativo, y del Código penal austriaco. Véase H.H. Jeschek, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", traducción de la 4ª edición a cargo de J.L. Manzanares Samaniego, edit. Comares, Granada, 1993, págs. 267 a 273.

³ Véase nota (2). En el mundo germánico, los Derechos penales austriaco y suizo sí contienen regulación explícita del dolo eventual. Los proyectos alemanes de reforma de 1962 y alternativo (1966) también se han incorporado al esfuerzo definitorio del dolo eventual. También tiene referencia expresa al dolo eventual el Código penal portugués.

¹ E. Mezger, "Tratado de Derecho penal", tomo II, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1949, págs. 95 a 97 y 155 a 166. La nota de Rodríguez Muñoz, en las págs. 166 a 171. Curiosamente, pasa por ser el *padre* del dolo eventual el teólogo y jurista español del siglo XVI, Diego de Covarrubias.

En efecto, la aparente unanimidad en sede de dolo eventual está derivando hacia una indiscutible crisis del modelo igualitario (dolo directo = dolo eventual), en su tratamiento práctico. Voces relevantes, incluso desde el Tribunal Supremo⁴, empiezan a calificar al dolo eventual de institución de aplicación restrictiva y hasta excepcional, condicionada, no sólo por la existencia de delitos en los que el dolo directo resulte consustancial, sino por exigencias de prueba que otrora se hubieran considerado desmesuradas para esta forma menor del dolo.

3. PROS Y CONTRAS DEL DOLO EVENTUAL COMO PURO DOLO

La evolución del tratamiento jurisprudencial del dolo eventual en España no creo que sea una mera cuestión de modas interpretativas, sino principalmente de utilidad práctica. Reflexionando a este respecto, pienso que la equiparación del dolo directo y el eventual (o, dicho de otro modo, la aparente inexistencia práctica de subdivisiones en el dolo) puede responder, cuando menos, a estas dos conveniencias o necesidades prácticas:

— *Una respuesta fácil a complejos problemas probatorios.* El dolo eventual aparece como una especie culpabilística de cierre, ante la dificultad de probar el dolo ante los Tribunales. Si tanto da, en general, el dolo directo como el eventual, la carga de la prueba del dolo experimenta un razonable alivio.

— *Una pena justa para casos de dolo eventual próximos a los de dolo directo.* El espacio del dolo eventual linda, por arriba, con el dolo directo y, por abajo, con la culpa con previsión (tradicionalmente tenida por grave o temeraria). En los casos-límite por arriba (del que fue paradigma el caso *Bultó*⁵), la equiparación punitiva de ambas clases de dolo, el directo y el eventual, está casi del todo justificada.

Pero, al lado de estas ventajas, la equiparación punitiva de las dos clases de dolo se ha presentado como muy negativa. Creo que también los argumentos contrarios a la misma pueden presentarse en dos epígrafes ampliamente comprensivos:

— *Una definición conflictiva.* Me refiero a la que tiene que separar claramente los casos de dolo eventual de sus limítrofes de imprudencia (culpa con previsión o representación). Lo cierto es que tales criterios diferenciales son todo menos unánimes y precisos (se manejan, principalmente, tres, y con notables diferencias de matiz⁶), de suerte que

padece el principio de legalidad, salvo que se trate de supuestos perfectamente subsumibles en cualquiera de los criterios al uso (o, si se quiere, en el criterio ecléctico u omnicompreensivo, que resulta de *refundir* en uno solo los dos o tres más manejados).

— *Infracciones de principios y defectos axiológicos.* Si la equiparación del dolo directo y el eventual daba resultados justos en los casos de éste limítrofes con aquél, es obvio que los da injustos, no sólo en los de dolo fronterizo con la culpa, sino también en los supuestos de tipo medio, que son los más numerosos y que han de servir de piedra de toque para la bondad de la teoría.

Por otra parte, una equiparación fundada en decisiones jurisprudenciales sin claro apoyo legal parece infringir el principio de legalidad. En la medida en que la equiparación se hace con el dolo directo, no ya con la culpa grave, la infracción se extiende al principio *pro reo*, cada vez más consolidado en la interpretación de las normas penales⁷.

4. SUPERACION DE LA ACTUAL SITUACION ESPAÑOLA

No creo que esté nadie satisfecho con la actual situación española, consistente en dar al dolo eventual un tratamiento generalmente análogo al del dolo directo, por una pura decisión jurisprudencial, aunque hasta ahora apoyada en la mayoría de la doctrina. Pero a esta coyuntura parece haberse llegado por motivos prácticos al margen de pruritos doctrinales exóticos. Conviene que nos preguntemos: ¿no hay formas menos injustas e imprecisas de conseguir los mismos objetivos? Yo así lo creo.

— El dolo eventual merece un tratamiento punitivo más severo que la culpa, pero menos que el dolo directo. Las gradaciones de la culpabilidad no deben resolverse en términos de equiparación, sino de dosimetría penal. El Código penal de 1995, con amplios márgenes penales y para la discrecionalidad judicial (en particular, en la regla 1ª del artículo 66), se presta a fijar *ex lege* unos topes penales del dolo eventual intermedios entre los del dolo directo y los de la culpa grave.

— La carga de la prueba del dolo (directo y eventual) no tiene porque aliviarse equiparando los efectos de ambas clases del mismo. Las tendencias a fijar, en materia de culpabilidad, módulos objetivos e inferencias de los hechos simplifican razona-

(Puerta), 13-6-1997 (Martín Pallín) y la que cité en la nota 4, de 15-11-1997 (García Ancos). Para un más detenido estudio de las diversas teorías definitorias del dolo eventual, vid. G. Jakobs, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", traducción de Cuervo Contreras y Serrano González de Murillo, edit. Marcial Pons, Madrid, 1995, espec. págs. 325 a 339; muy detallado, C. Roxin, "Derecho Penal. Parte General", tomo I, traducción de Luzón Peña, Díaz y García-Connledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997, págs. 424 a 453.

⁷ Uno de los más recientes artículos sobre el alcance constitucional del principio *pro reo* en la interpretación de las leyes penales es el de L. Rodríguez Ramos, "Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes", publicado en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 330 (19-2-1998), págs. 1 a 4. Me parece un planteamiento sugestivo, aunque poco conforme con la tradición penal española (véase actual artículo 8-4ª del Código penal, invocado, por ejemplo, en la sentencia del TS del caso *Argentina Trust*)

⁴ Véase STS de 15 de noviembre de 1997 (ponente: García Ancos), Rf. Actualidad Penal nº 56/1998 que, a propósito del dolo eventual, manifiesta: "...Esta figura jurídica, de creación jurisprudencial y, en algún aspecto, doctrinal, ha de medirse con sumo cuidado y aplicarse caso por caso y de manera muy restrictiva..." No puede decirse más con menos palabras.

⁵ Véase STS de 28 de noviembre de 1986 (ponente: Soto Nieto), Rf. Aranzadi nº 7841. Interesa especialmente para este tema del dolo eventual el Fundamento jurídico 6.

⁶ Son las teorías del conocimiento, del consentimiento y de la probabilidad. Entre las SSTS más modernas sobre el dolo eventual y sus teorías definitorias, pueden citarse las siguientes: 3-4-1992 (de Vega), 26-2-1993 (Montero), 12-5-1994 (Díaz Palos, caso *Reinosá*), 16-9-1994 (Martínez-Pereda), 29-9-1994 (Moyna), 7-4-1995 (Delgado), 8-11-1996 (García-Calvo), 20-1-1997 (Martínez-Pereda), 27-1-1997 (Granados), 11-6-1997

blemente la prueba de la intención, sin necesidad de apelar a equiparaciones prácticas entre instituciones diversas.

— Mientras el legislador no se pronuncie expresamente por la definición del dolo eventual y, sobre todo, por la equiparación de este dolo y el directo, el principio *pro reo* debe derivar el tratamiento punitivo del dolo eventual hacia la equiparación con la culpa grave. Es una solución poco satisfactoria, no tanto por el principio de legalidad, como por la reducción en la punición de la culpa que ha operado el nuevo Código penal español (art. 12), pero que puede valer a corto plazo: después de todo, el castigo de la culpa se mantiene muy generalizado en nuestro Ordenamiento, bastando un vistazo al libro II del Código penal para comprobarlo.

— La problemática práctica no puede, en cualquier caso, hacernos olvidar que, en materia de dolo eventual, se trata ante todo de una cuestión de ética. El injusto que, en general, supone tratar igual ambos dolos, cualquiera que sea la gravedad del delito cometido, tiene —por otra parte— su parangón en la imprecisión de los límites entre el dolo eventual y la culpa. En el Jurado tenemos un buen crítico de todos estos temas, tanto a nivel de comprensión social, como de valoraciones no alteradas por el principio de autoridad (ante el Jurado, no vale aquello de *“lo dice el Supremo”*).

5. RENOVACION DOGMATICA Y EXIGENCIAS ETICAS

Las dificultades para definir el dolo eventual y para equipararlo al directo (en suma, los esfuerzos por reducir a una *verdadera y legítima* unidad el dolo) han sido objeto de redobladados y modernos esfuerzos de la doctrina alemana⁶ para superarlos, aprovechando tal vez el silencio del Str.G.B. germano acerca del dolo eventual. Entiendo que la clave del programa unificador no es otra que la de nivelar los requisitos o exigencias del dolo al ras de su componente *más bajo* (el dolo eventual). La línea más significativa de ese esfuerzo parece ser la de vincular el dolo, en general, con la teoría del *riesgo*, un riesgo, naturalmente, conocido, consentido y antijurídico. El camino parece concluir en la peligrosa conclusión formalista de que la esencia del dolo es la de asumir una *opción por actuar en contra del bien jurídico*.

Dogmáticamente, el citado esfuerzo unificador me parece muy discutible pero, en definitiva, nada resuelve desde el punto de vista ético. Seguirá siendo injusto que casos tan dispares de culpabilidad (vale decir, de dolo) tengan el mismo tratamiento penal. Y, en Derecho español, no tendría sentido seguir manteniendo las tan acusadas diferencias de *cuantum* punitivo que actualmente existen entre el delito doloso y su forma culposa.

6. CONCLUSIONES

1.^a El dolo eventual viene generando en España, en el último cuarto de siglo, un problema que, lejos de la orientación jurisprudencial y doctrinal dominante, creo que tiene que ser abordado en términos de principio de legalidad.

2.^a Es éticamente imposible seguir manteniendo la ficción equiparadora del dolo directo y el eventual. Si reconocemos la categoría *dolo eventual*, ha de ser a base de fijar para él un concepto y una penalidad intermedias entre el dolo directo y la culpa grave.

3.^a Entre tanto se regula explícitamente el tema, el dolo eventual debe ser provisionalmente sancionado en los términos de la culpa grave (como antes lo fue en términos de imprudencia temeraria). Esta solución provisional o *de emergencia* se tropezará con el inconveniente (más teórico que real) de la punición limitada de la culpa (art. 12 del Código penal).

BIBLIOGRAFIA EN ESPAÑOL

- Bustos Ramirez (1984). "Política criminal y dolo eventual", en *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 309 y ss.
- Corcoy Bidásolo (1985). "El límite entre dolo e imprudencia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 961 y ss.
- Davó Escrivá. "Teoría y práctica del dolo eventual", en *Revista General de Derecho*, nº 624 (septiembre de 1996), págs. 9789 y ss.
- Díaz Pita (1994). "El dolo eventual", Valencia.
- Gimbernat Ordeig (1990). "Acerca del dolo eventual", en sus "Estudios de Derecho Penal", 3ª edición, Madrid, págs. 240 y ss.
- Kaufmann (1960). "El dolo eventual en la teoría del delito", traducción de Suárez Montes, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, págs. 185 y ss.
- Zugaldía Espinar (1986). "La demarcación entre dolo y culpa: el problema del dolo eventual" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, págs. 395 y ss.

⁶ Buen resumen del estado de la doctrina alemana en este tema en Díaz Pita, "El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales", Barcelona, 1996, págs. 91 a 95. Con mayor detalle, la misma Autora en su monografía sobre "El Dolo eventual", citada en la referencia bibliográfica de este artículo. Vid. también la obra de C. Roxin, citada en la nota 6.