

SOBRE LA ESTRUCTURA MONISTA DEL DOLO. UNA VISIÓN CRÍTICA

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA*

RESUMEN

Tradicionalmente, y de acuerdo con su acuñación por el finalismo, el dolo ha venido siendo entendido casi de forma pacífica como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo¹. En efecto, de esta definición se deduce la necesaria concurrencia de dos elementos en el dolo: el elemento intelectual y el elemento volitivo. Por consiguiente, el primero, el elemento intelectual, comporta la conciencia por parte del sujeto de la realización de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo²; mientras que el segundo elemento, el volitivo, exige que la voluntad del sujeto abarque la realización de dichos elementos o la previsión de su realización.

Palabras o conceptos claves; *dolo, elemento intelectual y el elemento volitivo.*

ABSTRACT

Traditionally, and according to its coining by the finalismo dolus (fraud) has been understood, in a pacific form, as the conscience and will of the execution of the objective elements of the type. In fact, of this definition the necessary assembly of two elements in the dolus is deduced: the intellectual element and the volitional element. Consequently, the first one, the intellectual element, behaves the conscience on the part of the subject of the execution of all and each one of the elements of the objective type; while the second element, the volitional one, requires that the will of the subject cover the execution of such elements or the forecast of its execution.

Keywords; *dolus, fraud, the intellectual element and the volitional element.*

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco/EHU.

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

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

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. EL DOLO COMO ELEMENTO COGNITIVO DEL TIPO SUBJETIVO

Tradicionalmente, y de acuerdo con su acuñación por el finalismo, el dolo ha venido siendo entendido casi de forma pacífica como la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. En efecto, de esta definición se deduce la necesaria concurrencia de dos elementos en el dolo: el elemento intelectual y el elemento volitivo. Por consiguiente, el primero, el elemento intelectual, comporta la conciencia por parte del sujeto de la realización de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo; mientras que el segundo elemento, el volitivo, exige que la voluntad del sujeto abarque la realización de dichos elementos o la previsión de su realización. Por otro lado, esta concepción del dolo, que separa de su ámbito la conciencia de la antijuricidad de la conducta³, comporta distinguir un tipo de lo injusto doloso y un tipo de lo injusto imprudente.

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

En la discusión actual sobre el contenido del dolo, existen algunas tendencias en la doctrina alemana⁴ que han hallado algún eco en la doctrina⁵ y en la jurisprudencia⁶ españolas, que sostienen, como idea básica común pero con fundamento y alcance diverso, que en el concepto del dolo el elemento relevante lo es únicamente el intelectual. Por el contrario, la parte volitiva asignada tradicionalmente al dolo⁷ en realidad no formaría parte de él o no tendría un contenido autónomo

³ Así, p. ej., Bustos Ramírez / Hormazábal Malarée, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, pág. 83.

⁴ Cuyo origen más remoto se encuentra en la teoría de la representación de Frank y von Liszt. En la actualidad v. en la doctrina alemana, p. ej., Frisch, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983, pág. 95 y ss.; el mismo, *Geheimtatsprobleme des Vorsatzbegriffes und der Vorsatzfeststellung*, en "Haus-Walther Meyer GS", 1990, pág. 533 y ss.; Herzberg, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten* en "JZ", 1994, Teil 1., pág. 573 y ss., Teil 2., pág. 635 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación)*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 2. Aufl., 1991, pág. 258 y ss.; Puppe, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, en "ZStW", 100, 1991, pág. 1 y ss.

⁵ V. con muy diversos presupuestos y conclusiones, p. ej., Bacigalupo Zapater, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, Alkal, Madrid, 1997, pág. 231 y ss.; Cuello Contreras, *El Derecho Penal Español, PG*, 3ª edición Dykinson, Madrid, 2002, pág. 647 y ss.; Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pássim pág. 245 y ss.; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 165 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 401 y ss. V., además, una completa y excelente exposición sobre estos planteamientos en la doctrina española en Ramos Tapia, *Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en "ZStW", 2001, pág. 401 y ss. Cfr. asimismo, con extensas y muy atendibles consideraciones críticas, Donna, *El concepto objetivado de dolo*, en Díez Ripollés – Romeo Casabona – Gracia Martín – Higuera Guimerá (Eds.), "La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir", Edición Tecnos, Madrid, 2003, pág. 671 y ss.

⁶ Así, las STS 23 de abril de 1992 (caso del síndrome tóxico) y 10 de enero de 2000. Cfr. la STS 24 de abril de 2001 y 17 de junio de 2002, que aluden a la necesidad de los dos elementos del dolo, acudiendo para la determinación del volitivo a la teoría de la probabilidad (distinción entere dolo eventual e imprudencia consciente) y en concreto a los criterios normativos que propugnan algunos seguidores de las teorías monistas (v. más abajo), lo que viene a significar el reconocimiento de la dependencia del elemento volitivo respecto al intelectual: "quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima" (STS 17 de junio de 2002).

⁷ También el contenido del elemento volitivo ha experimentado en los últimos años alguna revisión. Así, Mir Puig, *Conocimiento y voluntad en el dolo*, en "Elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 33

respecto del elemento intelectual, aquélla iría unida de forma necesaria a éste, de modo que si el autor tiene conciencia del peligro concreto y a pesar de ello realiza la acción, existirá ya el elemento volitivo del dolo⁸. Sea como fueren las variantes con las que pueden presentarse estas tesis, para estas posiciones el conocimiento por parte del sujeto de la realización de los elementos objetivos sería condición necesaria y suficiente como para afirmar la concurrencia del dolo en la conducta de aquél: en los delitos de resultado sería suficiente con que el autor hubiera actuado con conciencia del concreto riesgo de la producción del resultado, y en los delitos de mera actividad bastaría con que el autor conociera la existencia de todos los elementos que integran un tipo penal⁹.

Algunas de estas tesis se apoyan en la estructura dogmática del error sobre el tipo, que encontraría su correspondiente reflejo en el Derecho positivo, puesto que es común considerar que la concurrencia de aquél en la realización del hecho excluye en todo caso el dolo, quedando únicamente abierta la posibilidad de incriminación del hecho por imprudencia cuando ésta figure penada en el CP y el error fuera vencible para el sujeto. Esta solución se toma entonces como un reconocimiento implícito sobre el destacado papel que la ley penal otorga al elemento intelectual para la existencia del dolo, lo que no ocurriría de modo semejante con el elemento volitivo¹⁰, al no existir en el CP un precepto de similar alcance en relación con este elemento, esto es, en el que se declare explícitamente que la ausencia de la voluntad en el sujeto arrastra al mismo tiempo la del dolo en su conjunto.

Finalmente, para otro grupo de autores, que suelen partir de posiciones teleológico-funcionales, el dolo sería un concepto puramente normativo y su contenido debería deducirse del Derecho positivo¹¹, por lo cual habría que averiguar cuál sería entonces el contenido y alcance del elemento volitivo —si bien se verá más abajo que desde este planteamiento se prescinde de él—, pero también del intelectual, llegando en todo caso a la conclusión de que sólo éste último es extraíble de la norma. Por consiguiente, cualquier perspectiva ontológica o prejurídica del dolo (p. ej., basada en las características psicológicas) sería incompatible con este concepto normativo, pues aquélla no podría imponerse al legislador.

En todo caso, no es difícil adivinar la trascendencia de estas posiciones para la configuración del dolo y para su delimitación y la fijación de sus límites. En efecto, si bien es cierto que se le priva al dolo de un componente básico que caracteriza a la conducta humana, no lo es menos que, llevadas estas posturas a su grado extremo, ayudarían a resolver problemas de gran calado con los que se viene enfrentando la doctrina y la jurisprudencia desde hace más de un siglo: la diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia o culpa consciente. En efecto, ya no sería necesaria la búsqueda de sutiles y complejos criterios de distinción entre uno y otra, que por lo general han sido poco satisfactorios, pues siempre que el sujeto hubiera previsto la posibilidad de producirse el resultado estaríamos ante un hecho doloso, regido como estaría por el conocimiento, bien que no perfecto,

y ss, entiende que el dolo supone no sólo el conocimiento de la conducta concretamente peligrosa, sino también la voluntad de llevarla adelante, pero no incluye el querer y conocer la producción del resultado. Explícitamente en este sentido, Queralt Jiménez, *El dolo y el conocimiento de la antijuricidad*, en "Elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág 41. Para otros este elemento se concibe como decisión contra el bien jurídico: Díaz Pita, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág 291 y ss.; Hassemmer, *Los elementos característicos del dolo* (trad. por Díaz Pita), en "ADPCP", 1990, pág 909 y ss., pág 915 y ss.

⁸ V., p. ej., Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pág 183. Para Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, 145, n. 87, esta hipótesis únicamente sería aceptable cuando el bien jurídico afectado hubiera entrado ya en el radio de acción de la conducta del sujeto en el momento en el que decidió llevarla a cabo, teniendo conciencia de la peligrosidad de la acción y que la producción del resultado era una consecuencia no absolutamente improbable.

⁹ Ragués i Vallès, *Überlegungen zum Vorsatzbeweis*, en "GA", 2004, pág 259 y ss.

¹⁰ Laurenzo Copello, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, en "RPCP", n.º 12, 2002, pág 323, reconoce, no obstante, que esta pauta legal ni agota el posible contenido de este elemento del delito ni cierra las puertas a las tesis que sitúan su esencia en la voluntad.

¹¹ Así, Frisch, *Vorsatz und Risiko*, pág 101 y ss., y pág 407 y ss.; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 165 y ss. y 251 y ss.; el mismo, *Überlegungen zum Vorsatzbeweis*, pág 257 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, pág 401 y ss.

del acontecer típico¹². Excluida la posibilidad de un *tertium*, una tercera vía de imputación subjetiva, como han propuesto algunos autores precisamente para terminar con este problema de la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente¹³, quedaría un dolo de amplio recorrido contrapuesto a una imprudencia inconsciente como única alternativa subjetiva al dolo¹⁴, a salvo de la impunidad, de no estar expresamente tipificado el hecho en concreto en su forma imprudente. Estas posibles situaciones no se han escapado de críticas importantes.

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

Este conjunto de propuestas no hace sino trasladar el problema a un plano diferente, del volitivo como eje de demarcación entre dolo e imprudencia al intelectual¹⁵, y no parece que esta perspectiva sea más prometedora por lo que se refiere a encontrar unos criterios más claros y practicables. Por lo pronto, mientras que las posiciones dualistas del dolo no han sólido establecer importantes diferencias en cuanto al contenido del elemento volitivo (sin perjuicio de la distinción dolo directo de primer y de segundo grado, fundamentalmente en la doctrina alemana, o por influencia de ella), a salvo de la simplificación con que se ha resuelto su contenido psicológico, como se verá más abajo, las diferencias sobre el alcance del conocimiento doloso son abundantes y muy marcadas en no pocas ocasiones.

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

En efecto, el concepto monista –cognitivo– del dolo no está exento de otras dificultades, como reconocen sus propios partidarios. Por ejemplo, determinar cuál es la forma y la intensidad de ese conocimiento, es decir, el grado de representación exigible respecto a la propia conducta para determinar el nivel de conocimiento suficiente para la realización de un tipo doloso¹⁶.

Se ha censurado a estas corrientes que en algunas de sus versiones comportan, además, una objetivación del dolo y que intentan imponer criterios totalmente normativos, con fines funcionales,

¹² A conclusiones en principio diametralmente opuestas llegan, si embargo, Bustos Ramírez / Hormazábal Malaréc, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, pág 83 y ss. y pág 101 y ss., para quienes el dolo eventual es en realidad una especie de culpa con representación, que entienden que se asimila al dolo únicamente por razones político-criminales, debiéndose equiparar la pena.

¹³ Se trata, por lo general, de crear una figura especial intermedia, que abarcaría conjuntamente los supuestos calificados como de dolo eventual y de culpa consciente, por lo que no sería necesario elaborar criterios para diferenciar ambas formas subjetivas. Las propuestas en esta dirección han solido apoyarse en la figura anglosajona de la *recklessness*, sin que parezca una solución aceptable. En Alemania ha sido defendida por Weigend, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, en "ZStW", 1981, pág 657 y ss. V. críticas a este respecto de Roxin, *Strafrecht, AT*, § 12, n. 63, quien, aparte de reconocer la ventaja que comportaría para simplificar la aplicación del Derecho, apunta como inconveniente que igualaría la diferencia cualitativa que existe entre la decisión en contra del bien jurídico protegido y la confianza negligente en su conservación.

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

¹⁵ P. ej., para Bacigalupo Zapater, *Principios de Derecho Penal*, PG, 232, la distinción entre dolo eventual y culpa debe descansar en la antinomia conocimiento/desconocimiento y no en la de voluntario/involuntario.

¹⁶ Ragués i Vallés, *Überlegungen zum Vorsatzbeweis*, pág 260; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, pág 402.

en concreto normativos¹⁷. El dolo acabaría quedando privado de un contenido subjetivo propio, al trasladar todos los componentes del tipo a su parte objetiva¹⁸. Pues no se limitarían a prescindir de la voluntad como k.o.-elemento propio del dolo, sino que tal objetivización alcanzaría incluso al conocimiento, dado que ya no consistiría en la conciencia de realización de los elementos del tipo objetivo, sino en el conocimiento del riesgo de la conducta para la producción del resultado típico¹⁹, el cual podría ser deducido mediante criterios objetivos, al entenderlo como “conocimiento normal”²⁰.

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

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

2. ¿EL DOLO COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO?

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

Para algunos autores habría que distinguir las diversas clases o formas de manifestarse el dolo para decidir sobre si su contenido es bifronte o monista²¹. Para quienes proponen esta tesis, podría aceptarse, en primer lugar, que el dolo directo de primer grado (o dolo inmediato) está presidido por el elemento volitivo, pues respecto al cognitivo bastará, se argumenta, con la conciencia, siquiera remota, de producción del resultado²², sin perjuicio de que en el proceso ambos elementos hayan de ser sometidos a su respectiva prueba²³. Es obvio que en este caso el resultado producido

¹⁷ Donna, *El concepto objetivado de dolo*, pág 673. Por su parte reconoce y asume esta normativización y objetivización del dolo por las ventajas que representa para mantener a éste dentro de unos límites razonables, mejor que con criterios psicológicos que tengan que ver con la voluntad del autor, Feijóo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, en “CPC”, nº 65, 1998, pág 329.

¹⁸ Donna, *El concepto objetivado de dolo*, pág 673.

¹⁹ Así, Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 101, considera suficiente el conocimiento del riesgo típico o, dicho de otro modo, del riesgo relevante para la norma.

²⁰ Frisch, *Vorsatz und Risiko*, pág 408 y ss.

²¹ Lorenzo Copello, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, pág 323 y ss.; Queralt Jiménez, *El dolo y el conocimiento de la antijuricidad*, pág 41 y ss.

²² Criterio que ha venido siendo, por lo demás, dominante en la doctrina alemana. V., p ej., Roxin, *Strafrecht, AT*, §12, 8. Mir Puig, *Conocimiento y voluntad en el dolo*, pág 18, n. 11, afirma que la “existencia de intención hace suficiente para esta clase de dolo la conciencia de un grado de peligro menor que en el dolo directo de segundo grado o que en el dolo eventual, y en determinadas condiciones puede hacer incluso suficiente para el tipo objetivo un grado de peligro objetivamente menor que en la imprudencia”.

²³ Lorenzo Copello, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, pág 327 y ss.

es precisamente el que -o uno de los que- buscaba el autor, por lo que difícilmente podría llegar a ser entendido plenamente sin esta perspectiva volitiva²⁴.

No puede decirse, sin embargo, lo mismo, se añade por los partidarios de esta construcción, sobre el dolo de segundo grado, o dolo de consecuencias necesarias. En éste, pese a no perseguirse el resultado típico, se emprende la acción con la práctica seguridad de su realización²⁵. Por consiguiente, se concluye, en este caso predomina claramente el conocimiento.

Sin embargo, es obvio que el conocimiento exigible en el dolo de segundo grado no difiere necesariamente al del dolo directo de primer grado. Tampoco cabe duda de la persistencia del elemento volitivo en una y otra clase de dolo, aunque haya que reconocer que descende la intensidad del elemento volitivo en el dolo de segundo grado respecto a su manifestación en el dolo directo de primer grado²⁶. Pero ello no elimina la circunstancia de que pueda imputarse subjetivamente al autor a título de dolo, pues a la postre acepta el resultado desde el momento en el que considera que es la única forma de conseguir su objetivo. El sujeto ha previsto un resultado típico indisolublemente unido al fin que persigue, pero ello no le exime de la asunción del todo como unido, a sus ojos, a su fin. En resumen, el dolo de segundo grado se configura psicológicamente para el sujeto en un plano muy similar -pero no idéntico- al del dolo directo de primer grado, en el que el resultado típico es uno de los fines perseguidos o también medio para la consecución del fin último o principal, irrelevante para el Derecho Penal. Siempre hay un fin último que relativiza la finalidad relevante para el tipo, y a pesar de ello no se pierde de vista la trascendencia de la parte volitiva del hecho. Es decir, el comportamiento humano en general se caracteriza por una cadena de finalidades y de acciones consecuentes, siendo el tipo de cada figura delictiva en particular el que marca un corte de lo relevante y de lo irrelevante para el Derecho Penal, pero la estructura de ese comportamiento no se modifica o se rompe, sino que se normativiza en el dolo y los demás elementos que integran el tipo de lo injusto respectivo. El dolo es, parafraseando a Welzel²⁷, querer "realizar" los elementos del tipo, no querer "tener" o "alcanzar" una herencia, un premio, etc.

En cuanto al dolo eventual, ya ha quedado suficientemente expuesto más arriba cómo es entendido por las posiciones monistas como un problema de conocimiento y cómo desde esta órbita habrá de resolverse su delimitación de la imprudencia consciente, salvo para quienes estiman que ésta queda integrada en la misma categoría del dolo, al ser o representar ambas lo mismo para el Derecho Penal. Baste señalar ahora que el dolo eventual supone un nivel más acentuado de debilitamiento de sus dos elementos en relación con las otras dos clases de dolo²⁸, sin que, al menos en los delitos de resultado material, aquéllos se lleguen a difuminar del todo. Sin embargo, en los delitos de acción peligrosa podría ocurrir que no fuera posible encontrar en el plano subjetivo una diferencia entre el delito doloso y su correspondiente imprudente (de existir en el CP alguna extraña figura con estas características), pues el elemento volitivo, al no proyectarse sobre un resultado o al quedar éste fuera del tipo, se limita a la asunción de la propia acción que se ha previsto como peligrosa²⁹.

²⁴ Como se ha apuntado (así, Gimbernat Ordeig, *Acercas del dolo eventual*, en "Estudios de Derecho penal", Tecnos, Madrid, 1990, pág. 253 y ss.), en no pocos casos la prueba del dolo desde la perspectiva volitiva es incontestable, como ocurre con el dolo directo de primer grado.

²⁵ En este sentido, adscribiéndose a la doctrina ampliamente mayoritaria, Laurenzo Copello, *Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento*, pág. 328. Para Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág. 146, acertadamente, el dolo de segundo grado se dará cuando el sujeto considere que la producción del resultado irá necesariamente unida a la consecución del fin, pero no es preciso que el sujeto considere segura la producción del resultado delictivo. Coincidente con Cerezo Roxin, *Strafrecht, AT*, § 12, pág. 18 y ss.

²⁶ Como señala Roxin, *Strafrecht, AT*, § 12, 19.

²⁷ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pág. 66 (*Derecho Penal alemán*, 97).

²⁸ Sin embargo, partiendo de las tesis cognitivas del dolo, para Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 402, el dolo eventual puede llegar a contemplarse como arquetipo de dolo.

²⁹ Sobre el desarrollo de esta línea argumental me he ocupado con mayor detenimiento en otro lugar. V. Romeo Casabona, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, en "Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo", Edición Comares, Granada, 2004, pág. 82 y ss.

No ha de extrañar la anterior conclusión, pues la compleja realidad psicológica que representa el comportamiento humano difícilmente puede ser compartimentada con absoluta nitidez por medio de los cortes que necesariamente ha de realizar el Derecho Penal para proceder con precisión a la valoración de su objeto. Por tal motivo algún autor³⁰ ha denunciado certeramente las insuficiencias de que adolece la psicología popular para la determinación del dolo eventual, siendo necesario acudir a la psicología científica, pues la discusión sobre el dolo eventual se ha venido desarrollando, se indica, extramuros de ella. En efecto, las críticas que se han vertido contra el elemento voluntativo han carecido de sustento científico y los tribunales de justicia tampoco han dado cabida a la Psicología³¹. Es necesario también en este ámbito crear vínculos entre otras ciencias y el Derecho Penal de forma que se propaguen a cada espacio del sistema³². Seguir el camino opuesto, prescindiendo, p. ej., del elemento volitivo del dolo, significa eludir el problema y desconocer la naturaleza humana, de la que el Derecho no puede prescindir.

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

El autor de un hecho no es el mero ejecutor de lo que conoce, no actúa únicamente porque conoce o en la medida en que conoce, sino que dirige con su voluntad un proceso causal sobre una realidad que se ha representado previamente y va cotejando a medida de que va progresando en la realización de la acción. En este sentido, no hay inconveniente en aceptar que el componente volitivo depende del elemento intelectual, pues sólo puede querer lo que se ha captado intelectualmente con anterioridad³³; o sólo puede ejecutarse voluntariamente un plan que el sujeto se ha planteado y ha diseñado –y decidido– previamente³⁴. Este fenómeno es característico de la conducta humana.

Por consiguiente, es mediante su voluntad cómo el sujeto va conformando el proceso causal en los delitos de resultado, aproximándolo lo más posible a su representación previa a la vista de cómo se va desarrollando aquél. O incluso, puede cambiar sus propósitos iniciales redirigiendo su conducta hacia un nuevo plan, que puede implicar o no la realización de un tipo penal³⁵.

Frente a este tipo de reflexiones se ha objetado que el autor puede conocer el pasado y el presente, pero no el futuro, no se puede conocer lo que todavía no ha sucedido, de ahí que aquél únicamente puede representarse la dimensión típica del hecho, que es el riesgo ilícito de la acción,

³⁰ Muñoz Conde / García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 273; Torío López, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, en Romeo Casabona (Edición), *"Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución"*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna y Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 383 y ss. (publicado también en "Los elementos subjetivos de los tipos penales", CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág. 157 y ss.). Por su parte, Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, *passim*, pone en evidencia las complejas relaciones existentes entre la Psicología y las categorías jurídico-penales subjetivas, concluyendo que cualquier tipo de valoración tiene que partir de la realidad psíquica a la que se refieren los elementos subjetivos (en relación con el dolo, v. pág. 83 y ss.).

³¹ Torío López, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, 384.

³² Torío López, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, pág. 384 y s.

³³ A este respecto afirma Muñoz Conde (Muñoz Conde / Díaz Pita, *Dolo*, en Luzón Peña (Dir.), "EPB", Comares, Granada, 2002, pág. 628; Muñoz Conde / García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 270) que de algún modo el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce, pero sin que sean lo mismo, sino que uno, el saber, es presupuesto del otro, el querer. En términos semejantes (el querer presupone el saber, pero no es posible la hipótesis inversa), Haft, *Strafrecht, AT*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2004, pág. 151.

³⁴ En realidad esta relación lógica entre el elemento intelectual y el volitivo fue también apreciada por Welzel en su concepción de la acción finalista, atribuyendo una función rectora a la voluntad de lo que el sujeto ha concebido y planeado internamente. V. Welzel, *Die Lehre der finaler Handlung* (trad. y notas de Cerezo Mir, *La teoría de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, pág. 27 y ss.); el mismo *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., W. De Gruyter, 1969, pág. 33 (*Derecho penal alemán*, trad. Bustos y Yáñez, Editora Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pág. 53).

³⁵ V. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 34 y s. Sin embargo, para Welzel, la estructura final de la acción era constitutiva para las normas del Derecho Penal (37), lo que no siempre ha sido aceptado por sus discípulos: Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, 123; Stratenwerth / Kuhlen, *Strafrecht, AT I. Die Straftat*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2004, pág. 66 y 103.

pero no su resultado³⁶; es la representación de un riesgo serio de realización del tipo³⁷.

Estos procesos subjetivos no se entienden en su plenitud si no se reconoce la función esencial y autónoma que corresponde a la voluntad del ser humano, a través de la cual éste puede reconducir la acción que se está representado intelectualmente durante el curso de su ejecución. Como se ha observado correctamente, el ser humano no está condenado a mantener una actitud meramente pasiva ante el curso de los acontecimientos³⁸, de los que él es precisamente su ejecutor y protagonista; no es un espectador de sí mismo. Por otro lado, incluso desde una perspectiva puramente intelectual, el autor de un hecho penalmente relevante también puede querer conocer aspectos esenciales de su acción (p. ej., si el arma está cargada, si funciona correctamente). Por consiguiente, el dolo no puede ser captado completamente si no se atiende a la doble perspectiva que ofrecen los planos cognitivo y volitivo: del uno no puede presumirse el otro ni a la inversa, como tampoco pueden suplantarse recíprocamente.

Como se ha señalado con acierto, la objetivización del dolo lleva consigo que importe poco –o nada– el real contenido de la persona física, y comience a tener relevancia la exigencia mínima que el Estado en un momento dado exige³⁹.

En consecuencia, esta construcción conduce de forma inexorable a que el objeto de la valoración es una acción aséptica, despersonalizada, y su autor deja de manifestarse como un ser humano real, para convertirse en un arquetipo. El Derecho Penal ya no proyecta sus valoraciones sobre lo que el ser humano es capaz de conocer y de prever en la esfera de la conducta acotada por aquél –del tipo–, pues no puede conocer o prever el futuro (o esto es indiferente), pero tampoco quiere ni deja de querer lo que hace (o esto es indiferente). Si bien es cierto que el Derecho Penal, al igual que otros sectores del ordenamiento jurídico, recurre a categorías normativas sobre arquetipos humanos ideales para establecer a su través la medición objetiva de ciertas pautas de conducta (el hombre prudente y sensato, el buen padre de familia en Derecho Civil, etc.), no se le desprovee de sus características humanas. Mientras que en nuestro caso se procede a un trayecto opuesto, pues parecería que el Derecho Penal ha construido un arquetipo que sustituye plenamente al ser humano tal y como se manifiesta en el acontecer real. No es aquél el que debe adaptarse a éste –el ser humano real–, no se busca una reelaboración a partir de su esencia, ni consiste en realidad en una referencia sobre la conducta adecuada a Derecho: el hombre real, tal y como se nos manifiesta, es suplantado por un sujeto ficticio creado por el Derecho. Se ha llegado así a la categoría del “hombre normativizado”, convertido en el verdadero objeto de la valoración. Como tal vez también diría Armin Kaufmann, a la vista de sus esquemáticos y empobrecidos perfiles, se trata del “homúnculo de la retorta”.

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

Finalmente, debe llamarse ahora únicamente la atención –pues no forma parte del objetivo de la presente contribución– sobre los efectos que una concepción monista del dolo podría comportar para la culpabilidad, al menos si ésta es entendida como culpabilidad de la voluntad⁴⁰: ¿cómo

³⁶ Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 102; Feijó Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, pág 277.

³⁷ En este sentido, Herzberg, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewu t fahrlässigen Verhalten*, pág 641 y ss.

³⁸ Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág 144, n. 87.

³⁹ Donna, *El concepto objetivado de dolo*, pág 678.

⁴⁰ Como lo entienden Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, III, Tecnos, Madrid, 2001, pág 27, en España, y Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, pág 138 y ss., en Alemania.

reprochar al sujeto por la conducta típica y antijurídica realizada frente a la posibilidad de haber adoptado una resolución de voluntad diferente, si esa voluntad no forma parte del tipo de lo injusto o es irrelevante? Al menos una parte esencial del objeto del reproche desaparece o se desvanece su esencia en el tipo de lo injusto.

Consecuentemente, el Derecho Penal debería prescindir también de las actitudes emocionales del autor al tiempo de cometer el hecho, pues son puramente subjetivas y no guardan relación con la acción del sujeto que el tipo exige o debería exigir. En efecto, en algunos sistemas jurídicos estos aspectos de la acción no son del todo irrelevantes para el juicio de la culpabilidad⁴¹.

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

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

Frente a esta posición –cuyo planteamiento deberá verificarse– se toma aquí como criterio que no debe confundirse la dificultad probatoria de un fenómeno (aquí: del componente interno de la acción humana) con la existencia, la naturaleza y la manifestación misma de ese fenómeno.

Cuestión distinta es que si fuera de todo punto imposible o muy trabajosa en exceso la constatación de alguno de estos elementos debiera concluirse en la necesidad de prescindir de alguno de ellos o incluso de ambos para pasar a fundamentar el componente subjetivo de la responsabilidad penal en otros criterios. Sobre si esto es realmente así, es decir, si en la práctica forense se presentan con relativa frecuencia escollos probatorios de la parte subjetiva –interna– será determinante la jurisprudencia existente sobre este particular. Y es cierto que los tribunales de justicia no se han encontrado con obstáculos insalvables en la mayor parte de los casos, lo que no ha impedido que hayan establecido un conjunto de pautas para determinar, por ejemplo, a qué tipo delictivo concreto había que vincular el dolo del autor, teniendo fundamentalmente presente el elemento volitivo (el *animus necandi* o el *animus laedendi* en relación con el delito de homicidio o de lesiones, respectivamente)⁴².

El efecto real de estas posiciones, en particular de las tesis objetivadoras del dolo, es que al prescindir de incómodos parámetros subjetivos y sustituirlos por otros objetivos, puede avocarse a una presunción del dolo a partir de la sola comprobación de la existencia de estos últimos⁴³.

⁴¹ Cfr., p. ej., la circunstancia 4ª del art. 22 del CP español (cometer el hecho por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación).

⁴² V. sobre el particular Romeo Casabona, *Delitos contra la vida y la integridad personal y relativos a la manipulación genética*, Edición Comares, Granada, 2003, pág 57 y ss.; en términos más generales, Moner Muñoz, *El dolo y su control en el recurso de casación*, en “Elementos subjetivos de los tipos penales”, CDJ, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, pág 139 y ss.

⁴³ En este sentido, Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pág 100. Parece aceptar esta observación, Donna, *El concepto objetivado de dolo*, pág 681.

3. LA ESTRUCTURA DEL DOLO EN EL DERECHO PENAL POSITIVO

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

Esta última es la situación del Derecho español, cuyo CP no define pero sí menciona el dolo en diversos preceptos para señalar una de las dos formas, exclusivas y excluyentes, de la imputación subjetiva que acoge, junto con la imprudencia⁴⁴.

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

3.1. *El dolo como conocimiento*

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

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

Dice así el art. 14.1 del CP: “El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

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

Hasta aquí nada sorprendente habría en esta tesis, la cual, en principio no ofrece inconveniente alguno para ser compartida, pues no debe olvidarse que en los supuestos de error de tipo no sólo falla el elemento intelectual, sino también el volitivo, que va dirigido en estos casos a una representación equivocada de la realidad y es por ello irrelevante para el Derecho Penal. Así, si A, experto cazador, dispara con su arma hacia un matorral cuyas ramas no dejan de cimbreadarse, pensando A por ello que se trata de una pieza de caza, pero resulta ser un cazador furtivo, no sólo no se ha apercibido A de que está disparando contra una persona, conducta que en sí misma satisface el tipo objetivo del delito de homicidio, sino que, además, tampoco quería matarla. Como se ha visto más arriba, esto es una consecuencia lógica de que el saber -conocer la realización de los elementos del tipo- es previo y presupuesto del querer -la voluntad de su realización.

Sin embargo, se añade por quienes así deducen del CP el contenido del dolo, que si el art. 14 constituye el correlato de la exclusión del elemento intelectual de aquél, y demuestra además que éste, el dolo, está constituido en el CP por dicho elemento, no encontramos en la parte general

⁴⁴ Cfr., p. ej., los arts. 5 (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) y 10 (“son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”) del CP. A su vez, el art. 12 del CP sanciona únicamente la imprudencia cuando viene expresamente establecido en la llamada Parte Especial del CP (sistema cerrado o del *numerus clausus*). V. sobre ello Romeo Casabona, *Delito imprudente y técnica legislativa. Un estudio comparado*, en “Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo”, Edición Comares, Granada, 2004, pág 35 y ss.

del CP un precepto de características similares que pudiera ser aplicado al elemento volitivo⁴⁵. Es decir, llevando a su extremo el argumento, no existe un precepto que indique qué efectos jurídico-penales tendría la no concurrencia de la voluntad del sujeto de realización del hecho típico, y que lleve explícitamente a la exclusión de la responsabilidad dolosa, de forma paralela a lo que ya hemos recordado que, en su opinión, tan sólo sucede con el elemento intelectual. La conclusión para esta posición no puede ser entonces otra: aquél, el elemento volitivo, la voluntad, no es esencial en el CP, no es imprescindible su existencia como tampoco la comprobación de su concurrencia para que pueda afirmarse o negarse la presencia del dolo. En consecuencia, el dolo en el CP español estaría constituido únicamente por el conocimiento de realización de la parte objetiva del tipo.

3.2. *El dolo como conciencia y voluntad*

La posición que defendemos aquí parte de considerar que la definición inicial aportada en el presente estudio (el dolo es la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo) no sólo es compatible con el CP vigente sino que, más allá, es la única compatible con el CP español o, cuando menos, que la concepción puramente cognitiva no se ajusta a los presupuestos en los que se inspira y se encarna este CP.

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

Para demostrar que lo anterior es así, voy a apoyarme como punto de partida en los argumentos que hace ya años construyó Cerezo Mir para defender que el CP español se basa en un concepto personal de lo injusto en el cual el componente subjetivo es esencial: ya en el tipo puede diferenciarse una estructura típica dolosa, la cual, lógicamente, incluye el dolo, y otra imprudente. Quiero decir, que tomando como arranque los razonamientos que esgrimió ya hace años mi maestro para demostrar que el dolo pertenece al tipo de lo injusto y no también o sólo a la culpabilidad, en coherencia con la concepción de lo injusto en la que se inspiraba el CP entonces como también el actualmente vigente⁴⁶, es posible ir todavía más allá y desarrollar, ampliar y trasladar tales argumentos para demostrar a través de ellos y de otros más la estructura dualista del dolo.

3.2.1. *La estructura de la tentativa y su definición en el Derecho positivo*

En relación con el peso que el CP otorga a los elementos del dolo suele olvidarse que el elemento volitivo⁴⁷ figura también explícitamente en la definición de la tentativa (art. 16 del CP). Recordemos que viene aceptándose por parte de la doctrina que en la tentativa el dolo constituye un elemento imprescindible para poder caracterizar la tipicidad de aquélla: si no tenemos presente la resolución delictiva —el dolo— como parte de la tentativa tampoco podremos determinar si la conducta es típica o no.

⁴⁵ Así, p. ej., Feijóo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, pág. 278 y ss.

⁴⁶ Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág. 123 y ss.

⁴⁷ En realidad la tentativa presenta en el tipo un conjunto de elementos subjetivos (intelectuales y volitivos), que han sido destacados por los autores: Struensee, *Tentativa y dolo*, en "CPC", n.º 38, 1989, pág. 405 y ss.; Gil Gil, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, en "RDPC", n.º 6, 2000, pág. 103 y ss., pág. 116 y ss.

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

En todo caso, la tentativa está construida en sus diversos aspectos con referencia a la voluntad del sujeto. En efecto, lo que caracteriza a la tentativa es la actitud volitiva del sujeto en relación con el resultado.

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

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

En estos supuestos el conocimiento de A sobre los procesos causales que han de dar lugar al resultado típico perseguido es el adecuado, como también lo es su voluntad de poner los medios para lograrlo.

Pero en otros casos hay una percepción errónea de la realidad, consecuencia de la cual es que el resultado no llegue a producirse conforme al plan –equivocadamente- diseñado por el autor. A apunta con su arma de fuego a B, al que quiere matar, y dispara sin apercibirse de que el arma estaba descargada. A suministra a B, sin que aquél se entere, un fuerte veneno, en una dosis que A cree mortal, sin darse cuenta de que el producto se encontraba en mal estado (o en una concentración muy por debajo de lo necesario para ser mortal). En estos casos el elemento intelectual adolece de una errónea captación de la realidad y, sin embargo, ello no va a ser obstáculo para que A sea inculpa en ambos ejemplos como autor de, cuando menos, un delito de homicidio en tentativa.

Los dos grupos de ejemplos citados ponen de relieve cómo es irrelevante el conocimiento completo de la realización de los elementos del tipo o su conocimiento al menos parcialmente equivocado para que los hechos sean castigados por tentativa de delito en virtud del art. 16 del CP: es la concurrencia de la voluntad del sujeto en la realización del hecho y es la ajenidad de dicha voluntad en la no producción del mismo lo determinante para la constitución de lo injusto de la tentativa.

Más clara se manifiesta esta dependencia de lo injusto del elemento volitivo en la regulación del desistimiento. Aquí la voluntad del sujeto es decisiva para que el hecho no sea finalmente punible: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de

otro delito o falta.” (art. 16.2 del CP)⁴⁸.

Lo que viene a decir el texto legal es que el desistimiento implica no querer continuar lo que ya se estaba haciendo, por lo que lo hasta entonces ejecutado se realizó queriendo. En ambas disyuntivas, renunciar a proseguir la ejecución del hecho o impedir que se produzca el resultado, la voluntad del sujeto es decisiva para que pueda apreciarse el desistimiento. Este hacer voluntario explica la coherencia de que la ley castigue lo ya ejecutado antes de adoptar la decisión de desistir si se integra ya en un tipo penal. Y no es menos cierto que en relación con este tipo el componente volitivo del dolo emerge por sí mismo⁴⁹.

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

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

Puesto que las teorías cognitivas que se mantienen por parte de algún sector de la doctrina española se inspiran o se basan en un sector de la doctrina alemana, es oportuno recordar que el CP alemán no enfatiza explícitamente la referencia a la voluntad del sujeto en su definición de la tentativa y en la atenuación de la responsabilidad o exculpación en el caso de falta de comprensión grave por parte del sujeto, sino más bien a aspectos cognitivos que, como se ha visto, no figuran en el CP español⁵⁰.

4. OTROS ASPECTOS VOLITIVOS DEL TIPO

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

En algunos tipos delictivos el legislador ha venido utilizando expresiones que aluden inequívocamente al dolo: “intencionadamente”, “maliciosamente”, “a sabiendas”. No cabe duda de que las dos primeras expresiones aluden al elemento volitivo del dolo⁵¹ (sin perjuicio de que la palabra maliciosa tribute reminiscencias históricas de otro signo ya desfasadas, p. ej., el *dolus malus*), mientras

⁴⁸ En términos semejantes, por lo que se refiere al papel que desempeña la voluntad, discurre el desistimiento en la codeinencia: “Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta” (art. 16.3 del CP).

⁴⁹ V. sobre los aspectos de voluntariedad del desistimiento y un examen crítico sobre sus perspectivas psicológicas y valorativas en Martínez Escamilla, *El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pág 4 y ss.; Núñez Paz, *El delito intentando*, Colex, Madrid, 2003, pág 127 y ss.

⁵⁰ Cfr. §§ 22 y ss. § 22. “Determinación del concepto. Intenta un delito quien según su representación del hecho inicia directamente la realización del tipo”. § 23 (3): “Cuando el autor, a causa de una burda falta de entendimiento, no se dio cuenta de que la tentativa no podía haber dado lugar en ningún caso a la consumación, debido a la naturaleza del objeto o del medio, el Tribunal podrá, a su arbitrio, atenuar o prescindir de la pena”. La cursiva ha sido añadida. Por otro lado, el desistimiento aparece definido en el CP alemán (§ 24) de forma diametralmente opuesta al CP español, sin alusión alguna a la voluntad del sujeto que desiste.

⁵¹ En este sentido, en relación con el término intención, Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág 144.

que la última expresa el elemento intelectual⁵². Pero no por ello significa que en los primeros baste con la existencia o prueba del elemento volitivo y que en el último sea suficiente con la existencia o prueba del elemento intelectual.

De forma mayoritaria, la doctrina española ha venido considerando que la alusión explícita al dolo en estos casos a través de los términos indicados expresa el dolo directo⁵³, por lo que sería una clara advertencia de que no es factible la comisión por imprudencia (ni con dolo eventual), de que se ha querido excluir la sanción penal de ésta. A esta posición se enfrenta el criterio minoritario –del que participo– de que con estas expresiones la ley alude a todas las clases de dolo y la presencia de ellas no comporta restricción alguna sobre el alcance del mismo.

Mientras pervivió en el CP español el régimen de incriminación general de la imprudencia pudo tener algún sentido político-criminal la tesis mayoritaria⁵⁴, pues, con independencia de lo acertado o equivocado de su interpretación, se llegaba a una propuesta restrictiva sobre la punibilidad de los hechos imprudentes, restricción que venía solicitando la doctrina de forma unánime y constante.

Con la aprobación del CP de 1995 y la introducción del *numerus clausus* como vía de incriminación de los comportamientos imprudentes, con el fin de restringir aquélla (y, aparentemente al menos, de dotar al mismo tiempo de seguridad jurídica frente a los contrapuestos criterios interpretativos sobre qué hechos estaban penados y cuáles no en el CP de 1973), seguir arrastrando esta interpretación restrictiva ya no es necesaria y por ello carece de sentido y de justificación. Pero, además, esta conclusión es determinante, al verse contradicha por el propio CP, pues en algún caso nos encontramos en la descripción legal de la figura del delito doloso todavía con alguna de las expresiones mencionadas de “intención”, “malicia” y “a sabiendas”, para a continuación describir explícitamente el tipo imprudente que se corresponde precisamente con ese tipo doloso. Significa esto que ya no es sostenible de ningún modo que la presencia de estas expresiones en el delito doloso excluya el dolo eventual, pero persista su punición imprudente⁵⁵, pues no tendría sentido que las formas más graves (dolo directo) y menos graves (la imprudencia) fueran punibles, pero no lo fueran las formas intermedias (dolo eventual). Tampoco es aceptable considerar excluida la comisión por imprudencia, pues lo desmiente el propio CP, y sería proceder *contra legem* mantener este criterio cuando la ley prevé la incriminación explícita por imprudencia, sin perjuicio de que esa sería la conclusión coherente por parte de la doctrina mayoritaria, pero, como se ve, ahora en el CP de 1995 es de todo punto insostenible.

Veamos algunos ejemplos. En primer lugar, el delito de prevaricación judicial: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado...” (art. 446 del CP); y, acto seguido, en el artículo siguiente se sanciona por imprudencia este mismo hecho: “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictare sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena...” (art. 447)⁵⁶. Por otro lado, dentro de

⁵² De semejante criterio, Feijóo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, pág 280, n. 27, pero lógicamente para apuntalar su tesis cognitiva.

⁵³ Sobre esta cuestión, manifestándose contrario, al considerar que todos estos términos se refieren al dolo en toda su extensión o variantes, v. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág 153 y ss.

⁵⁴ En todo caso discutible, pues con esta posición, desde un punto de vista global o de conjunto sobre la incriminación de la imprudencia, ni se garantizaba la impunidad de las conductas imprudentes de menor gravedad ni la de las conductas que afectasen a bienes jurídicos de menor importancia jurídico-penal.

⁵⁵ También crítico Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, 154.

⁵⁶ Prosiguiendo con la misma línea argumental, nótese cómo carecería de sentido otorgar un significado diferente a la expresión citada en el texto (“a sabiendas”), esto es, como equivalente a dolo directo de primer o segundo grado, pero no a todas las formas de dolo, por la mera circunstancia de que no se sancione la forma imprudente cuando se utiliza una redacción prácticamente idéntica para describir el tipo doloso, como ocurre con la prevaricación de los funcionarios públicos: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará...” (art. 404). Quiere decirse, si el delito del art. 446 abarca la totalidad del dolo con el fin de evitar la contradicción que se ha apuntado en el texto (que se sancionen los supuestos de dolo directo y la imprudencia, pero no el dolo eventual), el delito del art. 404 debe presentar la misma estructura dolosa que aquél a pesar de que no se incrimine en el CP el tipo imprudente, al tener ambos tipos una redacción muy similar.

los delitos contra el medio ambiente el art. 329.1 del CP sanciona a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores...”, y, por su parte, el art. 331 prescribe que “los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”⁵⁷. Aunque en este caso la remisión global del art. 331 a los “hechos” previstos en los artículos precedentes no deja de ser problemática, lo cierto es que sería un contrasentido admitir que en el supuesto del art. 447 su aplicación a los hechos imprudentes no se vería impedida por la expresión “a sabiendas” del artículo precedente y, sin embargo, dicha expresión sí constituiría un obstáculo insalvable para poder aceptar que la autoridad o el funcionario público pudieran cometer la modalidad de prevaricación transcrita por imprudencia grave. La coherencia sistemática obliga entonces a esta conclusión, lo que no significa en modo alguno concordar con lo que entiendo que es un ejemplo más de las deficiencias de técnica legislativa y tal vez también de política criminal en las que incurrió el legislador en 1995.

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

En resumen, y de acuerdo con el criterio que he mantenido en otro lugar⁵⁸, hay varias líneas argumentales que apoyan la tesis afirmativa que vengo sosteniendo: 1ª las cláusulas de incriminación de la imprudencia se remiten únicamente a la parte objetiva del delito doloso, quedando excluida la parte subjetiva de este último, que se sustituye por la que corresponde al delito imprudente; 2ª en el CP aparecen algunos delitos dolosos que incluyen alguna de las expresiones sugestivas del dolo y a continuación la variante de comisión por imprudencia con remisión directa y exclusiva a un solo tipo doloso, lo que constituye una prueba inequívoca de que una expresión semejante no constituye un obstáculo para construir el tipo imprudente (recuérdense los art. 446 y 447, mencionados más arriba; cfr. también los arts. 329 y 331); 3ª tales expresiones son en realidad equivalentes al dolo en toda su extensión, por lo que no suponen una restricción subjetiva en el CP; 4ª al contrario, las mismas comportan ineludiblemente un entendimiento del dolo como conciencia y voluntad; 5ª y, finalmente, el error vencible sobre el tipo debe sancionarse por imprudencia a partir precisamente del tipo imprudente específico correspondiente, al que se remite la norma que regula esa clase de error y para ello es irrelevante que el tipo doloso contenga o no un elemento subjetivo de lo injusto o una referencia a los componentes del dolo (art. 14.1 del CP).

⁵⁷ No obstante, para Carmona Salgado, *Curso de Derecho Penal Español, PE, II* (Cobo del Rosal, Dir.), Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 73, no es posible en la actualidad la comisión por imprudencia, basándose en la argumentación expuesta en el texto.

⁵⁸ Romeo Casabona, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, en Díez Ripollés / Romeo Casabona / Gracia Martín / Higuera Guimerá (eds.), “La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir”, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, pág. 941-962.

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

Algunos delitos utilizan verbos para describir la acción típica que contienen una clara dirección finalista de la acción y por ello no pueden ser entendidos de un modo puramente causal⁵⁹. Dicho de un modo más orientado a nuestro estudio, suponen una clara referencia a la voluntad del sujeto, que es la que, como se dijo más arriba, rige la realización de dicha acción consciente. Así, el delito de estafa incorpora en el tipo la exigencia de que se utilice “engaño bastante” (art. 248.1 del CP). Es obvio que el recurso al engaño bastante implica ya la finalidad de cometer el fraude sobre un tercero. Algo semejante ocurre con la acción de apropiación.

Por otro lado, la tipicidad de algunos delitos no puede captarse plenamente si no se atiende al elemento volitivo del dolo, éste es el que señala si la conducta es o no típica. Esto ocurre en el CP español⁶⁰, p. ej., con el delito relativo a la negativa de someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 380 del CP). La misma exigencia del tipo de negarse a realizar algo comporta la de una decisión voluntaria y, por supuesto, consciente. En efecto, podría suceder que el sujeto requerido a someterse a tales pruebas no lo haga, siendo consciente de ello, pero no porque en realidad se niegue en el sentido del tipo, esto es, porque no quiera, sino por otras circunstancias ajenas a su voluntad (p. ej., que sufra en ese momento una insuficiencia respiratoria aguda de origen asmático, que puede llegar a desencadenarse ante una tensión psicológica, como podría ser la de encararse con los agentes de tráfico). Por consiguiente, la determinación de la voluntad del sujeto en este caso es decisiva para la averiguación de si concurre o no el tipo.

4.3. *Los elementos subjetivos de lo injusto*

Todos los elementos subjetivos de lo injusto que figuran en algunos tipos penales descansan en el aspecto subjetivo, en concreto en componentes volitivos (ej., delitos de intención, entre los que se encuentran los delitos de resultado cortado y los delitos mutilados de dos actos⁶¹; delitos de tendencia) o intelectuales (p. ej., en los delitos de expresión, si se entienden como la discordancia entre una declaración y el saber del sujeto)⁶², al igual que ocurre en el dolo, sin que, no obstante, en ningún caso formen parte o se confundan con él.

Estos elementos subjetivos pueden tener, de forma alternativa, un efecto contrapuesto⁶³. Comportan en unos casos una restricción del tipo, pues la no demostración a lo largo del proceso de su concurrencia en el hecho excluye aquél. Pero, por otro lado, pueden dar lugar a un adelanto del hecho punible, al anticipar al mismo tiempo el momento de la consumación. No son siempre fáciles de probar, pero no por ello se ha renunciado a requerir su presencia en algunos delitos, siempre que no se persiga el objetivo contrario de ampliar el ámbito de lo punible del delito en el que se insertan.

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

⁵⁹ Welzel, *La teoría de la acción finalista*, pág 62; Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág 126.

⁶⁰ Conforme me ha sido sugerido personalmente por el Prof. Dr. Esteban Sola Reche, de quien tomo esta reflexión.

⁶¹ En este sentido, Gil Gil, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, pág 103 y ss., donde concibe la “intención” como esencialmente volitiva pág 112 y ss., y establece los paralelismos existentes entre la misma y otros elementos volitivos, en particular con el dolo.

⁶² V. Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág 123, donde (nota 16) recoge la discusión sobre este elemento, y la posición mayoritaria a favor de la teoría objetiva (discordancia entre la declaración del sujeto y la realidad objetiva).

⁶³ Así lo entiende también, Gil Gil, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, pág 105 y s.

ulterior los que caracterizan al delito, de modo que es indispensable acudir a ella para comprobar si se ha producido o no la realización del tipo⁶⁴.

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

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

En las líneas anteriores se ha tratado de demostrar que el dolo está integrado por dos elementos: la conciencia y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Asimismo, que su contenido respectivo es psicológico, y se corresponde con la estructura propia de la acción y, en suma, de la naturaleza humanas⁶⁵. El concepto normativo del dolo no sólo normativiza en extremo esta construcción jurídica, al objetivarlo, sino incluso la propia condición humana (“el hombre normativizado”).

Si bien estas características psicológicas no tendrían por qué imponerse al Derecho Penal de forma estricta y necesaria y, en su caso, sobre ellas también el Derecho Penal deberá proyectar sus propias valoraciones, tampoco puede desconocerlas por completo⁶⁶. En sentido estricto puede afirmarse que desde el criterio que se sustenta aquí el dolo es también un concepto normativo, pues el Derecho Penal al construir el dolo ha renunciado a captar en él todas las facetas internas de la acción, seleccionando tan sólo aquéllas que son más significativas para la valoración jurídico penal de esa parte de la acción.

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

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

⁶⁴ V. otros aspectos trascendentes de estos delitos en Gil Gil, *El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención*, pág. 115 y ss.

⁶⁵ En sentido similar, Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, pág. 305, quien subraya la correspondencia de esta perspectiva con la edificación del Derecho Penal, y de la sociedad democrática en su conjunto, en torno a la persona en su individualidad y con su responsabilidad.

⁶⁶ V. sobre la base metodológica de esta afirmación, Cerezo Mir, *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, en “RDPC”, nº 12, 2003, pág. 45 y ss. A este respecto debe subrayarse la siguiente afirmación: “Es únicamente el dolo el que adquiere un contenido normativo por la referencia a la finalidad a un tipo delictivo” (49). En este sentido sería aceptable la afirmación de Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., München, 1990, pág. 222, de que “dolo e imprudencia no son sólo fenómenos descriptivos, sino también normativos”.

dolo exigiría incluso desde esta perspectiva cognitiva objetivadora y a la luz del citado art. 14, un conocimiento real y cierto –no incompleto o equivocado– de la realización del hecho constitutivo de la infracción penal, esto es, del riesgo no permitido que comporta la acción, de su peligrosidad desde una perspectiva *ex ante*, pero incluido en todo caso *también* el conocimiento de la previsión de la producción del *resultado* en los delitos de resultado material⁶⁷. Esta exigencia legal no podría ser eliminada so pretexto de construcciones normativas más razonables, basadas p. ej., en que no se puede conocer el futuro, pues no podrían desconocer precisamente la norma en la que teóricamente deberían –o dicen– apoyarse. A veces no está de más prestar atención a lo que la ley dice o parece decir. Si la Dogmática penal ha de constituir un método fiable y seguro, si ha de estar orientada a la seguridad jurídica, a la aplicación uniforme y previsible de la ley, así como a mantener bajo control el Derecho penal⁶⁸, debe asumirse que algunas de las posiciones monistas del dolo no parecen contribuir objetivamente al logro de este ideal. Precisamente, al contrario, algún autor apunta que una perspectiva psicológico-individual contribuye de forma decisiva al aseguramiento de principios garantistas, materiales y formales, frenando el excesivo arbitrio de los tribunales en la apreciación de los elementos subjetivos⁶⁹.

De todos modos, algunas de estas corrientes monistas (cognitivas) del dolo han puesto de relieve que los dos elementos de aquél no tienen las mismas características ni, sobre todo, la misma intensidad en cada una de las variantes o clases del dolo, aspecto sobre el que no se suele insistir lo suficiente ni extraer consecuencias en la doctrina y en la jurisprudencia⁷⁰. Es evidente que el dolo directo de primer grado incorpora ambos elementos con la máxima intensidad, destacando, no obstante, la voluntad de realización por parte del sujeto, su intencionalidad respecto al fin o fines perseguidos; que en el dolo directo de segundo grado el elemento volitivo es menos fuerte (el sujeto no desea en el fondo el resultado, pero lo asume en la medida en que lo considera necesario para el logro del fin perseguido, por lo que también es querido), mientras que es decisiva la percepción que tiene de la situación (que el resultado va unido de forma necesaria al logro de su objetivo); y, finalmente, que en el dolo eventual se expresan con menor intensidad ambos elementos constitutivos, es decir, tanto el volitivo (el sujeto no actúa con el querer fuerte que caracteriza al dolo directo, especialmente de primer grado, sino con una voluntad mucho más débil respecto a la producción del resultado) como el intelectual (el sujeto ha previsto tan sólo como posible el acaecimiento del resultado). Este dolo “débil” ha de desempeñar algún papel tanto en la configuración de esta clase de dolo, que le acerca tanto a la imprudencia consciente hasta casi el solapamiento, como en las propuestas de demarcación entre aquél y ésta.

Por otro lado, las relaciones de dependencia entre ambos elementos del dolo son, obviamente, más estrechas que lo que pudiera revelar el proceder analítico separado sobre ellos. Es cierto que hoy domina un “concepto simplista de voluntad, que presenta el querer como una realidad dicotómica, taxativa e incontrovertible, de forma que un hecho sólo puede haber sido querido o alternativamente no querido⁷¹. Y ello no es sino consecuencia de la propia naturaleza del ser humano, en el que se entrelazan complejísimo mecanismos psicológicos y de otra naturaleza que el Derecho, para poder intervenir, no tiene otra solución que simplificar, seleccionar e introducir cortes en sus partes más significativas para la valoración jurídico-penal. A pesar de ello, deben hacerse esfuerzos para que no se simplifique o se pierda la esencia de los aspectos más relevantes del comportamiento humano que son el objeto del Derecho Penal y a partir de ellos proceder a las construcciones jurídicas que sean oportunas, tarea a la que debo reservarme para otro momento.

⁶⁷ Sobre esto último, también Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, II, pág. 131.

⁶⁸ Romeo Casabona, *La vinculación entre Dogmática penal y Política criminal: de la realidad presente a las necesidades del futuro*, en “Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio”, vol. I, Edición Adrus, Arequipa, 2004, pág. 1 y ss. (7 y 13) y bibliografía allí citada; Laurenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, pág. 182 y ss.

⁶⁹ Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, pág. 303 y ss.

⁷⁰ En este sentido, Feijóo Sánchez, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, pág. 305.

⁷¹ Torío López, *Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas*, pág. 384.