

Dolo Eventual e Imprudencia Consciente: Reflexiones en torno a su Delimitación

Romy Chang Kcomt *

“Siendo tan tenue la línea que divide al dolo eventual de la imprudencia consciente, es necesario contar con un panorama claro para distinguirlos, ya que ello puede cambiar un determinado tratamiento penal por uno muy distinto. Ello es brindado por la autora mediante una exposición sobre las teorías del dolo eventual y de sus respectivas críticas. Asimismo, el artículo tiene el valor agregado de sacar de la abstracción los distintos conceptos que aborda, con ejemplos y cuadros didácticos que buscan que el lector pueda disipar las dudas sobre el tema”

A fin de establecer criterios de delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente considero oportuno -habida cuenta de la distinta estructura de dichas figuras- establecer una distinción entre las conductas dolosas y las conductas culposas: las primeras se encuentran dirigidas por la voluntad del sujeto contra la propia norma que le prohíbe atentar contra el bien jurídico, de forma que el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa así porque lo quiere lesionar. En las segundas, el autor desconoce la norma de cuidado: ni busca, ni pretende lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce la lesión del mismo¹.

La importancia de distinguir entre ambas conductas se explica en la diferente gravedad con la que el legislador sanciona unas y otras. Así, por ejemplo, el artículo 106 del Código Penal Peruano, que regula el homicidio doloso, establece un marco de pena abstracta de 6 a 20 años; mientras que el artículo 111° del mismo cuerpo legal, que regula el homicidio imprudente, sanciona el mismo con una pena abstracta no mayor de 2 años². Adicionalmente, en relación a la importancia, cabe mencionar que sólo se sancionan los tipos imprudentes expresamente previstos en la ley, de forma que, en caso exista un error de tipo, si no hay dolo, la conducta en principio será impune; siendo únicamente sancionada como imprudente en el caso que se encuentre así expresamente prevista en el Código Penal. Por ello, la calificación de una conducta realizada por dolo eventual o por imprudencia consciente será de gran importancia de cara a la sanción a imponer al autor del delito y a los partícipes del mismo.

Tradicionalmente la doctrina se ha dividido en dos teorías: las que consideran al dolo como saber y querer, es decir, como conocimiento y voluntad de todas las circunstancias del tipo (teorías de la voluntad); y las que consideran al dolo sólo como conocimiento (teorías de la representación o teorías cognitivas del dolo)³. Hasta los años 1970, se impuso como doctrina dominante la primera, habiéndose a la fecha nuevamente reabierto la polémica⁴. En el presente trabajo se explicarán ambas posturas con la finalidad de tomar posición respecto de los elementos que considero deben integrar el dolo, ello en tanto dicho paso previo resulta indispensable a efectos de identificar las distinciones entre el dolo eventual y la imprudencia consciente; máxime cuando -como se verá más adelante- las teorías cognitivas del dolo no plantean distinciones entre ambos conceptos.

1. Teorías de la Voluntad

Estas teorías utilizan el elemento volitivo como criterio para distinguir entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, estableciendo que el dolo eventual exige que, junto con la previsión o representación del resultado (elemento cognitivo), el sujeto apruebe interiormente el mismo, es decir, que esté de acuerdo con él o lo acepte⁵. Este reconocimiento del elemento volitivo es el que sustenta las teorías de la voluntad, considerando sus defensores que *“se debe distinguir en el dolo la doble dimensión de conocimiento y voluntad. Sólo el que sabe lo que ocurre puede querer que ocurra, es decir, aplicar su voluntad a conseguir el resultado que tenga en*

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista encargada en temas de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y Derecho Penal Constitucional. Socia del Estudio Padilla & Chang Abogados.

1 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, p259.

2 Artículo 106 del Código Penal Peruano: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 20 años”.

3 Artículo 111 del Código Penal Peruano: “El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas. (...)”.

4 En el apartado 3 del presente trabajo se describirán a detalla las diversas posturas existentes en las teorías cognitiva y volitiva del dolo.

5 Ver: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual: Reflexiones. En: NIETO MARTÍN, Adán (coord.). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam, Vol I, Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001, p1109.

6 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducido de la 2da edición alemana por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y otros, Civitas, Madrid, 2008, p430.

la cabeza. El sujeto debe ser consciente de que concurren todos los elementos del tipo objetivo”⁶.

Ésta es actualmente la postura mayoritaria en la doctrina⁷, encontrando entre los principales autores – con diversos matices en la formulación- a Luzón Peña, para quien el dolo requiere un elemento cognitivo y un elemento volitivo, entendiéndose por este último no la voluntad genérica de acción, sino la voluntad de realizar la conducta típica, es decir, el querer realizar todos los elementos del tipo objetivo del que se tiene conocimiento⁸. Asimismo, para Roxin, “los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso”⁹ (aunque este autor plantea ciertos matices para la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, los que serán recogidos más adelante). Hassemer establece que “(...) el sujeto no debe sólo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y esto significa «quererla»”¹⁰. Apoya también esta teoría Jescheck, para quien “(...) el momento volitivo se desprende de la confrontación entre el dolo y la imprudencia (...), pues de una comprensión prejurídica de los conceptos de dolo e imprudencia ya resulta que la distinción entre ambas formas de imputación subjetiva reside en la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo (...)”¹¹.

Dentro de estas teorías encontramos fundamentalmente dos: la teoría del consentimiento y la teoría del sentimiento o de la indiferencia.

1.2. Teoría del Consentimiento

La teoría del consentimiento (también llamada teoría del asentimiento o de la aprobación) es la postura mayoritaria en la doctrina. Exige, además del elemento cognitivo (representación o previsión del resultado), que desde un punto de vista interno, el sujeto asienta o consienta la realización del hecho, aprobando el resultado¹²; siendo importante para esta teoría establecer cuándo el sujeto consintió en la producción del mismo o de una determinada circunstancia conformadora del tipo.

Históricamente, esta teoría ha sido objeto de 3 versiones: una primera desarrollada por la jurisprudencia alemana, una segunda que tiene como fundamento la “primera fórmula de Frank”, y una tercera que surge de la denominada “segunda fórmula de Frank”¹³.

La versión jurisprudencial de la teoría del consentimiento¹⁴ establece que, para afirmar la

existencia de dolo, el sujeto tiene que haber consentido en la producción del resultado como probable; entendiéndose por consentir, la aceptación o aprobación del sujeto: “El sujeto, al consentir el resultado, está de acuerdo con él, la producción del mismo, por decirlo de alguna manera, es «de su agrado» (...), es decir, que el sujeto, de alguna manera, se alegra de que el resultado se produzca”¹⁵. El problema con esta primera versión de la teoría del consentimiento es que, al exigir que el sujeto se alegre con la producción del resultado, equipara la meta del sujeto y el resultado producido (intención por parte del sujeto); “No queda, así, espacio para la figura del dolo eventual, puesto que, en estos casos, el sujeto no persigue directamente la consecución del resultado lesivo”¹⁶. Además, al valorar la intención del sujeto se atenta contra los postulados de un Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho: “(...) pasa por alto la consideración de que el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas (...). Para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya «querido» en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna”¹⁷. A mi parecer, el principal problema en torno a esta postura es que, al exigir que el sujeto se alegre con la producción del resultado, deja fuera de la consideración de dolo eventual un gran número de conductas en las que el sujeto no estaba de acuerdo o no quería la producción del resultado desvalorado; pero que –de cara al disvalor de acción y a la voluntad del sujeto- deberían ser consideradas como de dolo eventual.

Una segunda versión de la teoría del consentimiento se desprende de la primera fórmula de Frank, según la cual, “si el sujeto hace la siguiente reflexión «si lo que me parece probable fuera seguro, no obstante actuaría, (dolo eventual); si lo que me parece probable fuera seguro, no actuaría (imprudencia consciente)”¹⁸. Esta postura ha sido objeto de diversas críticas al exigir que se pruebe algo que no ha ocurrido en la realidad, lo que ha dado lugar a problemas probatorios en torno a “¿cómo demostrar que el autor habría preferido el resultado antijurídico producido antes que renunciar a su comportamiento? (...) En realidad, la teoría del consentimiento tiene como presupuesto que el juez se plantee por el sujeto activo lo que éste nunca se planteó (considerar como cierto lo que sólo le pareció probable) y que conteste por ese sujeto lo que éste nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginado el resultado como seguro, habría o no actuado)”¹⁹. En esta línea crítica, también debe

6 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de Derecho Penal. Op. Cit., p261.

7 Sólo un sector minoritario en la doctrina niega la existencia del elemento volitivo en el dolo, así tenemos a Frisch, Herzberg, Kindhäuser, Achlehofer, Schmidhäuser, entre otros. Ver referencias en JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Traducido por Miguel Olmedo Cardenete, 5ta edición, Granada, 2002, p315, nota 14.

8 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996, p411.

9 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit., p446.

10 HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducido por María del Mar Díaz Pita. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 43, 1990, p918.

11 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit., p315.

12 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 39, 1986, p397.

13 Una distinción de estas 3 formulaciones en DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p169ss.

14 Mayoritariamente seguida por el Tribunal Supremo Español. Ver: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa. Op. Cit., p415-416.

15 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p169-170.

16 Ibid., p170.

17 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit., p431.

18 FRANK, Citado por Ibid.

19 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. En Estudios de Derecho Penal, 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1990, p252-253.

tomarse en cuenta que Frank parte del dolo como una forma de culpabilidad y no como un elemento subjetivo del tipo (premisa de la que discrepo por considerar que el dolo debe analizarse en el tipo global de injusto); lo que hace que el dolo presuponga la actualización por parte del sujeto de su actitud interna frente a la realización de la conducta típica, lo que es a toda luz rechazable *"En primer lugar, por no ser misión del Derecho penal la valoración de las actitudes internas de nadie; y, en segundo lugar, porque, incluso desde un punto de vista moral, no existe ninguna diferencia que separe la valoración que merece un sujeto que sólo cuenta con la lesión de su víctima, sin plantearse si sucederá o no, de la que merece quien sí hace esa reflexión"*²⁰.

Por último, una tercera versión de la teoría del consentimiento se desprende de la segunda fórmula de Reinhart Frank, la misma que planteó a partir de las críticas que fueron efectuadas a su primera fórmula²¹; y, según la cual, *"si el autor se dice: suceda así o de otra manera, en cualquier caso actuó, su culpabilidad es dolosa"*²². En esta nueva fórmula se aprecia una acción acompañada de representación, con lo que el elemento emocional del consentimiento ya no parece tener una sustancialidad propia; esto hace que la evaluación del juez ya no gire en torno a una hipótesis, sino sobre el auténtico contenido de representación con el que actuó el sujeto; y libera a esta segunda fórmula de las críticas efectuadas a la primera²³. No obstante ello, persisten las críticas respecto de lo cuestionable que resulta que las expresiones utilizadas para designar el elemento volitivo propio del dolo eventual puedan identificarse con la auténtica voluntad²⁴. Sin perjuicio de lo expuesto, debe mencionarse que un gran sector de la doctrina defiende esta teoría²⁵.

1.2. Teoría del Sentimiento o de la Indiferencia

Esta teoría ha sido prácticamente abandonada y no ha tenido mayor repercusión en el ámbito penal, dado que se basaba en la teoría de la culpabilidad del sentimiento planteada por Engisch; y en la medida en que *"(...) contradice un derecho penal basado en los hechos (en la culpabilidad por el hecho) y tiende a plantearse desde las características personales del sujeto (carácter indiferente o no del sujeto)"*²⁶. Según esta teoría, *"(...) hay que apreciar dolus eventualis "cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán"*²⁷.

El problema con esta teoría es que, al igual que la segunda versión de la teoría del consentimiento basada

en la primera fórmula de Frank, utiliza como criterio los deseos y esperanzas con que actúa el autor, lo que implica un derecho de autor proscrito en un estado garantista.

1.3. Distinciones entre los Diversos Tipos de Dolo e Imprudencia, a la Luz de las Teorías de la Voluntad

A efectos didácticos, se establecerá a continuación una breve distinción entre las diferentes clases de dolo e imprudencia que se distinguen en la doctrina a la luz de las teorías de la voluntad; ello con la finalidad de contrastarlas con los postulados de las teorías cognitivas que se expondrán con posterioridad.

1.3.1. Clases de Dolo

Las doctrina distingue fundamentalmente 3 tipos de dolo en función a la intensidad de realizar el tipo objetivo: el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual; los que, en todos los casos, deben concurrir en el momento en el que se pone en práctica la conducta, siendo rechazado por la doctrina el dolo antecedente (previo a la realización de la conducta) o el dolo subsiguiente (posterior a la realización de la conducta)²⁸.

El dolo directo de primer grado, también llamado dolo de intención o dolo de propósito, se caracteriza por presentar el elemento voluntad de modo más intenso, de forma que el resultado típico o la acción típica es el objetivo perseguido por el sujeto: quiere realizar la conducta típica y la realiza. El autor ajusta su comportamiento al fin propuesto y actúa movido por el interés de su consecución, *"(...) es indiferente si se toma el resultado como algo seguro o tan sólo como algo probable (...). Resulta asimismo irrelevante si el resultado es el móvil (el motivo) del hecho o si tan sólo se trata de una meta intermedia del autor que se muestra como paso para alcanzar objetivos adicionales, mientras que la finalidad última del hecho está situada más allá del primer cometido"*²⁹.

Ejemplo: Pedro desea matar a su esposa María, a quien recientemente ha descubierto engañándolo con José, para ello la espera a la salida del trabajo y, a toda velocidad, la atropella con su Ferrari nuevo color rojo en plena avenida, levantándola por los aires y causándole la muerte instantánea. [Pedro se propuso como objetivo matar a María, ajustando su conducta a la consecución de dicho objetivo, actuando con la intención de matarla y predominando, por tanto, el factor volitivo de su conducta].

20 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p173.

21 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999, p63.

22 FRANK, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18a ed., Tübingen, 1931, parág. 59, pág. 190. Citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. Op. Cit., p246, nota 14.

23 RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. El dolo y su prueba en el proceso penal. Op. Cit., p64.

24 Ibid., p65.

25 Léase: Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Antón Oneca, Córdoba Roda, Del Rosal, Díaz Palos, Muñoz Conde, Quintano, entre otros. Ver referencias en: DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p176-177.

26 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Homicidio con dolo eventual o imprudente (Comentario a la STC de 16 de noviembre de 1987). En: Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2ª época, Número 10, junio 1988, p130.

27 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit., p432.

28 Por todos, ver: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y Susana HUERTA TOCILLDO. Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito, 2da edición, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986, p127.

29 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit., p319.

El dolo directo de segundo grado, también llamado dolo de consecuencias necesarias³⁰, se caracteriza porque el autor no persigue directamente el resultado típico, pero sabe y advierte como seguro o casi seguro que su actuación lo producirá; representándosele como consecuencia necesaria dicho resultado (el autor se representa el delito como consecuencia inevitable)³¹ y dominando, por tanto, el factor cognoscitivo del dolo³². Así, "(...) el resultado típico no coincide plenamente con el fin directamente perseguido por el autor, pero se encuentra tan estrechamente vinculado al mismo que el logro de ésta aparece necesariamente la emergencia de aquél, de tal forma que no puede decirse que quiere el uno pero no el otro: el ligamen que une ambos es de tal naturaleza que por querer producir el uno, necesariamente tiene que producir y, por tanto, también querer, el otro"³³.

Ejemplo: Ricardo desea matar a Pedro, reconocido empresario que siempre va acompañado por su escolta de seguridad y chofer José (hecho que Ricardo conoce), por haberlo despedido arbitrariamente de una de sus empresas. Para ello, coloca explosivos en el Ferrari nuevo color rojo de propiedad de Pedro, sabiendo que la explosión de éstos no sólo destruirán por completo el coche, sino que también matarán a cualquier persona que se encuentre dentro. Los explosivos revientan y causan la muerte instantánea de Pedro, José y la destrucción total del coche. [Ricardo habrá matado a Pedro con dolo de primer grado y a José con dolo de segundo grado, al haber aceptado la muerte de este último conociendo que la acción encaminada a la muerte de Ricardo, necesariamente produciría también la muerte de José].

El dolo eventual, también denominado dolo condicionado (a la luz de las teorías que reconocen el elemento volitivo como parte del dolo) se caracteriza porque el autor se representa el delito como resultado posible (eventual), de forma que, aunque no desea el resultado, conoce la posibilidad de que se produzca; lo que evidencia un menosprecio reprochable del bien jurídico protegido (por esta razón es equiparado en términos de culpabilidad a los otros tipos de dolo). "De este modo, el dolo eventual está integrado por la voluntad de realización de la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la seria consideración del peligro

de que el resultado acaezca (elemento intelectual del injusto de la acción), así como, en último lugar, por la conformidad del autor con el advenimiento del resultado típico como ingrediente de la culpabilidad"³⁴.

"A mi parecer, el principal problema en torno a esta postura es que, al exigir que el sujeto se alegre con la producción del resultado, deja fuera de la consideración de dolo eventual un gran número de conductas en las que el sujeto no estaba de acuerdo o no quería la producción del resultado desvalorado; pero que –de cara al disvalor de acción y a la voluntad del sujeto- deberían ser consideradas como de dolo eventual".

Ejemplo: Pedro desea lucir el Ferrari nuevo color rojo que acaba de comprar, por lo que decide pasear por el centro de la ciudad a gran velocidad, a fin de que todos los vecinos aprecien la calidad de su coche. Pedro conoce el riesgo que conducir a gran velocidad en la ciudad representa para los peatones y no quiere dañar a nadie, pero asume el riesgo de cualquier atropello que pueda causar a fin de lucir su coche. Lamentablemente, atropella a dos niños, causándoles la muerte instantánea. [Pedro actuó con dolo eventual dado que, a pesar de conocer el riesgo que su actuación generaba y, pese a no querer dañar a nadie, asumió la producción del delito; mostrando un gran menosprecio con su actuación para el bien jurídico].

Las diferencias entre las clases de dolo se resumen en el siguiente cuadro:

	Dolo Directo de Primer Grado	Dolo Directo de Segundo Grado	Dolo Eventual
El Autor ...	Conoce que su conducta puede configurar el resultado típico.	La intención o propósito del autor no es necesariamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo que conoce va unido a éste.	Conoce que su conducta puede configurar el resultado típico.
	Quiere realizar el resultado típico.	Acepta la producción del resultado típico.	No quiere realizar el resultado típico, pero <u>asume</u> la producción del mismo

30 La doctrina española lo designa como dolo indirecto, mientras que la doctrina alemana lo designa como dolo directo. El Tribunal Supremo español usualmente lo califica como dolo de consecuencias necesarias. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual. Op. Cit., p. 1115.

31 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 8va edición, Reppertor, Barcelona, 2010, p. 262.

32 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit., p. 320.

33 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO. Derecho Penal. Op. Cit., p. 128.

34 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit., pp. 321-322.

1.3.2. Clases de imprudencia

A efectos del presente trabajo se distinguirá entre la imprudencia consciente y la inconsciente.

La imprudencia consciente, también llamada culpa con representación, se caracteriza porque, si bien el autor no quiere producir resultado desvalorado alguno, se representa el mismo como posible (conoce que su conducta puede generar un delito); aunque actúa confiando en la no realización del mismo (a diferencia del dolo eventual en el que el sujeto aceptaba o asumía la producción del resultado). En otras palabras, "(...) el sujeto, ciertamente se da cuenta de la existencia del peligro concreto para el objeto protegido de la acción pero, sin embargo, a consecuencia de la sobrevaloración de sus grados, de sus propias fuerzas o, sencillamente, porque cree en su propia suerte, confía contrariamente a deber en que no se realizará el tipo legal"³⁵.

Ejemplo: Pedro desea lucir el Ferrari nuevo color rojo que acaba de comprar, por lo que decide pasear por el centro de la ciudad a gran velocidad, a fin de que todos los vecinos aprecien la calidad de su coche. Pedro conoce el riesgo que conducir a gran velocidad en la ciudad representa para los peatones y no quiere dañar a nadie, pero confía en el hecho de ser un buen piloto y nunca haber tenido accidente automovilístico alguno. Lamentablemente, atropella a dos niños, causándoles la muerte instantánea. [Pedro actuó

con imprudencia consciente dado que, a pesar de conocer el riesgo que su actuación generaba y, pese a no querer dañar a nadie, actuó confiando en su suerte y en sus supuestas habilidades como piloto; produciéndose de igual forma el resultado].

La imprudencia inconsciente, también llamada imprudencia sin representación, se caracteriza porque el autor, sin querer realizar ilícito alguno, infringe el deber de cuidado y no se representa la posibilidad de producir un resultado desvalorado; a pesar de serle exigible dicha representación³⁶. En tal sentido, supone "(...) que no sólo no se quiere el resulta lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro"³⁷.

Ejemplo: Pedro desea lucir el Ferrari nuevo color rojo que acaba de comprar, por lo que decide pasear por el centro de la ciudad a gran velocidad, a fin de que todos los vecinos aprecien la calidad de su coche. Pedro no quiere dañar a nadie y no advierte el peligro que conducir a gran velocidad en la ciudad representa para los peatones. Lamentablemente, atropella a dos niños, causándoles la muerte instantánea. [Pedro actuó con imprudencia inconsciente dado que, si bien no quería dañar a nadie, no se representó el peligro que implicaba conducir a alta velocidad en el centro de la ciudad; peligro que debió haber previsto].

Las diferencias entre las clases de imprudencia descritas se resumen en el siguiente cuadro:

	Imprudencia Consciente	Imprudencia Inconsciente
El Autor ...	Conoce que su conducta puede configurar el resultado típico.	No advierte que su conducta puede configurar el delito.
	No quiere realizar el resultado típico, pero <u>confía</u> en la producción del mismo.	No quiere realizar el resultado típico.

1.3.3. Resumen

A la luz de lo expuesto, a efectos didácticos, se muestran en el siguiente cuadro las principales características de las clases de dolo e imprudencia, a fin de evidenciar las semejanzas y diferencias entre las mismas: (Ver Anexo)

Como se observa, a la luz de las teorías que consideran la voluntad como elemento del dolo, tanto el dolo eventual cuanto la imprudencia consciente tienen la misma estructura: en ambos casos el sujeto no desea el resultado desvalorado, pero reconoce la posibilidad de que se produzca el mismo; lo que hace que surjan problemas en su distinción. Hasta ahora –dentro de las teorías volitivas- se ha utilizado “la asunción del resultado desvalorado” o “la confianza en su no producción” como criterio de distinción para distinguir entre el dolo

eventual y la imprudencia consciente, respectivamente; pero, como se verá más adelante, por ser insatisfactorias para efectuar una distinción, han surgido otras teorías en la doctrina, como es el caso de las teorías de la representación (cognitivas) y las teorías mixtas (que redefinen el elemento volitivo en términos normativos).

2. Teorías de la Representación

Las teorías de la representación (teorías cognitivas) establecen que el dolo sólo requiere del conocimiento del sujeto. En sus inicios, entre sus representantes más significativos se encontraba Von Liszt, para quien “dolo es el conocimiento, que acompaña a la manifestación de voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley”³⁸, haciendo hincapié este autor en la representación, no en la volición del resultado:

35 Ibid., p. 611.

36 Aunque un sector de la doctrina niega absolutamente a la imprudencia inconsciente el carácter de conducta culpable y, por tanto, postula su impunidad. Bockelmann, 1967, 213. Citado por ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit., p. 1020, nota 79.

37 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Op. Cit., p. 285.

38 VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Tomo II, Hijos de Reus editores, Madrid, 1916, p. 397.

1. Por tanto, el dolo podría y debería ser definido, como la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad (...)

2. Pertenecen, por consiguiente, al dolo no solamente el conocimiento (Kenntnis) de todas las circunstancias del hecho concreto, sino también el saber (Wissen) que estas «circunstancias» pertenecen a la «definición legal del acto», es decir, que llenan los caracteres esenciales del concepto del delito ...

3. (...) el dolo se refiere sólo a la noción objetiva del hecho punible particular; no a la noción subjetiva de este hecho, ni a los caracteres generales del concepto de cada uno de los hechos punibles, ni tampoco a sus formas de aparición (...)»³⁹.

Dentro de los representantes más modernos de las teorías de la representación o cognitivas se encuentra Silva Sánchez, para quien debe optarse por un contenido cognitivo del dolo, siendo la voluntariedad un elemento de la acción (no del dolo) y, por tanto, común a los tipos dolosos e imprudentes. Así, señala:

“(...) es objeto del dolo la situación de no justificación, que, unida a la conducta peligrosa (fundamento del injusto penal), conforma el comportamiento penalmente antijurídico. Todo ello en cuanto al objeto. En lo relativo al contenido, debe optarse por un contenido cognoscitivo. La voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, portanto, a los delitos dolosos e imprudentes. Lo específico del dolo frente a la imprudencia es, pues, que el sujeto que actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado. Desde un punto de vista teleológico debe quedar claro que son dolosos los hechos que merecen la pena establecida para el delito doloso y que a este respecto lo fundamental es el conocimiento»⁴⁰.

Ahora bien, dentro de las teorías de la representación encontramos básicamente dos: la teoría de la representación de la posibilidad y la teoría de la representación de la probabilidad⁴¹. Ambas tienen fundamentos similares, aunque algunas diferencias en lo referente a la representación del elemento cognitivo.

La teoría de la posibilidad, creada por Schröder⁴², sustenta la distinción en el nivel cognitivo del sujeto o autor del delito, rechazando el elemento volitivo en la definición del dolo eventual; de manera que *“(...) la mera representación de la posibilidad de producción del resultado sin ningún elemento volitivo fundamenta*

ya el dolo eventual»⁴³. En esta línea, en tanto la mera representación o conocimiento de la posibilidad de lesionar o poner en peligro un bien jurídico es constitutivo de dolo eventual, no existiría la imprudencia consciente en los términos anteriormente escritos (léase, el autor se representa el peligro, pero confía en su no producción), considerándose únicamente como imprudencia la inconsciente en la que el autor no se representa el peligro de su conducta.

Para los seguidores de esta teoría, la representación es la base sobre la que se asienta la voluntad (ésta no se concibe sin una representación previa); de modo que la situación típica no constituye el objeto de la voluntad, sino sólo de la representación; de esta forma, *“la voluntad no puede servir como paradigma de delimitación, puesto que la representación la engloba e incluso la supera, siendo ésta el único dato necesario para determinar si un sujeto actuó dolosa o imprudentemente»⁴⁴.*

Así, para esta teoría se entenderá como dolo todo lo que implique un conocimiento o representación previa de la producción del resultado por parte del autor; y se entenderá como imprudencia, todo lo que implique un desconocimiento por parte del mismo de la situación típica. En resumen, esta postura se sustenta en las siguientes premisas: *“en primer lugar, la mera representación por parte del sujeto de la posibilidad de que su acción es adecuada para producir el resultado lesivo es suficiente para afirmar el dolo; en segundo lugar, la confianza de dicho sujeto en que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá equivale a la negación de la representación y, por tanto, excluye el dolo»⁴⁵.*

Por otro lado, dentro de las teorías de la representación, también se encuentra la teoría de la probabilidad (cuyo principal exponente es Mayer)⁴⁶ que, al igual que la teoría de la posibilidad, rechaza el elemento volitivo y considera el centro de la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente en el elemento cognitivo. Se diferencia de la teoría de la posibilidad por considerar que para afirmar la existencia del dolo no basta con la conciencia de la mera posibilidad, sino que es necesaria la conciencia y representación de la probabilidad, es decir, de un determinado grado de posibilidades respecto de la producción del hecho típico o de la creación de un cierto grado de riesgo o peligro para el mismo⁴⁷. En tal sentido, *“(...) concurre dolo eventual cuando el autor se representa la realización del tipo como (muy) probable –con un alto grado de posibilidades, y a pesar de ello actúa admitiendo o no su realización; habría culpa*

39 Ibid., pp. 402-403.

40 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 401-402.

41 Cabe mencionar que un sector de la doctrina no hace esta distinción conceptual, utilizando como sinónimos, para las teorías de la posibilidad o de la probabilidad, el nombre de teoría de la representación; es decir, confunden el género con la especie. Sobre esta distinción conceptual, ver: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual. Op. Cit., p. 1120.

42 Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, in Festschrift für Sauer, Berlin, 1949, p. 207 y ss. Citado por DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 89, nota 79.

43 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit., p. 433.

44 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 93.

45 Ibid., p. 90.

46 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit., p. 435. En España, defiende esta teoría: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. Op. Cit., p. 245.

47 Sobre los matices establecidos por la doctrina en torno a esta teoría, ver: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual. Op. Cit., p. 1121.

con representación cuando el autor se representa la realización del tipo con un grado de posibilidad lejano o remoto⁴⁸.

Ahora bien, en relación a las teorías de la representación existen algunas variantes propuestas por la doctrina que, en cualquier caso –al igual que las ya mencionadas– niegan el elemento volitivo del dolo y mantienen la prioridad respecto del elemento cognitivo en el autor. Así, para Schmidhäuser, “*existe dolo eventual, en cambio, cuando el autor actúa consciente de la posibilidad concreta de una producción del resultado, cuando piensa que su acción puede producir el resultado, cuando al comportarse es consciente del peligro concreto para el bien jurídico en cuestión. Lo que caracteriza a la imprudencia consciente es, pues, el conocimiento del peligro abstracto y el «desconocimiento de la peligrosidad concreta»*”⁴⁹; mientras que para Schumann, “*el contenido del conocimiento que justifica una imputación dolosa puede venir delimitado por la exigencia de que el sujeto sea consciente de un «quantum» de factores causales de los que se deriva un determinado riesgo de producción del resultado, por ejemplo, un riesgo a tomar en serio o un riesgo que comporte algo más que la mera posibilidad de que el resultado se produzca*”⁵⁰. Para Lorenzo Copello, el conocimiento debe sustentarse en términos de peligro⁵¹. No obstante lo

expuesto, en cualquier caso, todas estas teorías se caracterizan por un desconocimiento del elemento volitivo del dolo.

“(…) a la luz de las teorías que consideran la voluntad como elemento del dolo, tanto el dolo eventual cuanto la imprudencia consciente tienen la misma estructura: en ambos casos el sujeto no desea el resultado desvalorado, pero reconoce la posibilidad de que se produzca el mismo; lo que hace que surjan problemas en su distinción”.

En la línea de lo señalado, a la luz de las teorías de la representación, las clases de dolo e imprudencia se reinterpretarían en función únicamente al elemento cognitivo del dolo. A efectos didácticos, y tomando en cuenta el cuadro anteriormente elaborado, a la luz de las posturas cognitivas se tendría lo siguiente:

Dolo 1°	Dolo 2°	Dolo eventual	I. Consc.	I. Inconsc.
Conoce	Conoce	Conoce	Conoce	No conoce (debió hacerlo)
Quiere el resultado	Acepta el resultado necesario	No quiere el resultado pero asume su producción	No quiere el resultado pero confía en la no producción	No quiere resultado

Ejemplo: Manuel sale cansado del trabajo a las 2 de la mañana y conduce su coche para llegar rápido a casa. En el camino se pasa una luz roja del semáforo de una calle muy poco transitada, en la creencia de que ningún coche pasaría a esa hora. Sin embargo, colisiona con un ciclista que cruzaba la calle en luz verde, ocasionándole la muerte inmediata. [A la luz de las teorías de la representación, Manuel actuó con dolo eventual, dado que se representó la posibilidad o la probabilidad del resultado y pese a ello efectuó la conducta; mientras que, a la luz de las teorías mixtas que reconocen la voluntad como elemento del dolo –las que serán desarrolladas en el siguiente apartado–, Manuel habría actuado con imprudencia consciente dado que, a pesar de conocer el riesgo que su actuación generaba, actuó confiando en la no producción del resultado].

Expuestos los postulados principales de las teorías de la representación conviene resumir las críticas que la doctrina ha establecido en contra de las mismas.

El cuestionamiento fundamental –como resulta evidentes el desconocimiento del elemento volitivo del dolo, lo que conlleva a la desaparición de la imprudencia consciente y la ampliación del ámbito del dolo⁵². Al respecto, Bacigalupo establece que “*en contra de esta teoría se sostiene que lo decisivo es que el autor haya tomado una decisión de realizar un hecho que implique la lesión de un bien jurídico y que la representación de la probabilidad de realización del tipo no es suficiente para acreditar esa decisión cuando el autor, aunque sea temerariamente y a pesar de la representación de la probabilidad, piensa que «de todos modos el resultado no se producirá»*”⁵³. En tal sentido, a pesar de que existen esfuerzos en la teoría de la probabilidad por distinguir entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, en la medida en que el criterio de distinción es cognitivo (grado

48 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa. Op. Cit., p. 397. Aunque debe precisarse que este autor sí considera necesario reconocer un elemento volitivo en el dolo.
 49 SCHMIDSAÜSER, «Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit», GA, 1957, p.313. Citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. Op. Cit., p. 250.
 50 SCHUMANN, Zur Wiederbelebung des «voluntativen» Vorsatzelements durch den BGH en JZ 9/1989, p. 433. Citado por DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 98.
 51 Al respecto, ver: LAURENZO COPELLO, Patricia. Dolo y conocimiento, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 250 y ss; quien se inclina por un concepto de dolo que excluye la voluntad.
 52 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., pp. 99 y ss.
 53 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Español II: El hecho punible, Akal, Madrid, p62-63.

de probabilidad), en la práctica, la distinción se reconduce a la verificación o no de la representación o conocimiento del grado de probabilidad por parte del sujeto, lo que hace que el único supuesto real de imprudencia sea el inconsciente; esto se observa con mayor claridad en la teoría de la posibilidad:

"Al basar la definición de dolo eventual en un criterio de carácter cognitivo, rechazando cualquier alusión a un elemento volitivo, el ámbito tradicionalmente reservado a la figura de la imprudencia consciente se ve absorbido dentro del dolo eventual. La diferencia entre ambas figuras se desdibuja y se hace insostenible una distinta penalidad para grupos de casos cuya naturaleza estrictamente cognitiva es idéntica. Así, todos los supuestos de imprudencia serán imprudencia inconsciente ya que en cuanto el sujeto haya reconocido la posibilidad de que el resultado lesivo acaezca, su acción habrá sido cometida dolosamente"⁵⁴.

Respecto a esta crítica, autores como Octavio de Toledo y Ubieto/ Huerta Tocildo se han manifestado en contra, por considerar que sí es posible distinguir, a la luz de la teoría de la probabilidad, entre el dolo eventual y la imprudencia consciente; así señalan: "(...) el sujeto puede representarse el resultado como muy probable, en cuyo caso actuará con dolo eventual si persiste en su comportamiento, o como poco probable (aunque posible), de donde se seguirá, en su caso, una actuación tan sólo imprudente. La distinción se fundamenta, entonces, en el mayor o menor grado de peligro apreciado por el sujeto, ex ante, en su conducta"⁵⁵. No comparto lo expuesto por estos autores, en tanto las teorías de la probabilidad suponen per se –a efectos de distinguir entre el dolo eventual y la imprudencia consciente– un desconocimiento del elemento volitivo, lo que es posible a través del grado de probabilidad. Una extrema sutileza en la distinción de los niveles de probabilidad, es decir, en los niveles de conocimiento, le quitaría a las teorías de la representación su principal ventaja: otorgar un criterio objetivo de distinción entre el dolo y la imprudencia.

No obstante ello, incluso de considerar que sí es posible distinguir entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, las teorías de la representación (en específico, la teoría de la probabilidad) afrontarían la siguiente crítica: "(...) le resulta difícil decidir si concurre dolo eventual o culpa consciente en los casos límite, es decir: cuando la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña. Es importante cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra –el 20%, o el 30%, ponga por caso– como frontera de dolo y culpa consciente"⁵⁶. En igual línea, Jescheck/Weigend afirman que la mayor o menor probabilidad de realización del tipo por parte del sujeto no proporciona ninguna frontera sólida entre el dolo eventual y la imprudencia consciente⁵⁷.

También se critican las teorías de la representación por desconocer el elemento volitivo del dolo y no tomar en

cuenta que éste también se requiere en el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, en el que el sujeto acepta la producción del hecho delictivo como necesario para la realización del objetivo principal. De esta manera, acorde con la sistemática con la que debe ser tratada toda institución (lo que incluye al dolo) no es posible reconocer sólo en algunos tipos de dolo la presencia del elemento volitivo; siendo que, además, "(...) el elemento volitivo, aunque sea en su forma menos intensa, es lo que materialmente fundamenta la diferencia de desvalor –subjetivo y objetivo– de la acción frente a la imprudencia"⁵⁸.

Por último, se critica a las teorías de la representación por ser poco adecuadas en los casos en que el autor produce el resultado que quiere obtener con medios que hacen improbable alcanzarlo⁵⁹; es decir, cuando el sujeto, a pesar de la representación de la probabilidad de realización del tipo, piensa que el resultado, de todos modos, no se producirá⁶⁰.

3. Teorías Mixtas o Eclécticas

Las teorías mixtas buscan combinar las teorías de la representación (en específico de la probabilidad) con las teorías del consentimiento, mezclando la representación de la peligrosidad de la acción con un elemento volitivo concebido en términos distintos a los establecidos en las teorías de la voluntad, pero indispensable para la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Así, habrá dolo eventual cuando el sujeto considere probable o posible en concreto la producción del resultado desvalorado; de forma que, toma en serio la posibilidad de su producción y de verdad cuenta con él, aceptándolo y conformándose con el mismo. Y, habrá imprudencia consciente si el sujeto descarta el resultado, lo descarta, confía en que no se produzca, no lo concibe como realmente probable, no lo toma en cuenta o no lo toma en serio.

A partir del planteamiento de las teorías mixtas, el momento voluntativo se desprende de su carácter psicológico (interno al individuo: intención), para pasar a ser definido en términos normativos. Las distintas posturas que se resumirán a continuación presentan matices en torno a la definición de la voluntad en términos normativos.

Para Zugaldía, el sujeto actúa con dolo eventual cuando actúa a pesar de haber tomado seriamente en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico. Exige este autor para que una conducta sea dolosa eventual que: a) el sujeto cuente con la realización del tipo, es decir, tenga conciencia de que concurre un peligro concreto; b) que el sujeto no sólo cuente con la realización, sino que cuente con ésta seriamente, lo que implica que tome en serio dicho peligro o que juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado; y, c) que el sujeto

54 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p107.

55 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO. Derecho Penal. Op. Cit., p133-134.

56 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Op. Cit., p264-265.

57 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit., p323-324.

58 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual. Op. Cit., p1122.

59 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Español. Op. Cit., p63.

60 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa. Op. Cit., p397.

se conforme o acepte la probable realización del tipo y cargue con el momento de incertidumbre existente en el momento de la acción, con tal de alcanzar el objetivo que persigue. En palabras del autor, "(...) frente a la ligereza que supone la culpa –donde el autor, pese a tomar en serio el peligro de su acción, actúa confiando antinormativamente en que el resultado, de todos modos, no se va a producir- el dolo eventual da idea de que el autor deja que las cosas sigan su curso (al azar) y se conforma con (ésta a) lo que resulte"⁶¹.

Para Mir Puig, la representación intelectual que requiere el dolo supone el conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esto no implica la determinación de un determinado grado de probabilidades, sino que el sujeto que advierte la posibilidad del delito crea que en su caso puede realizar dicha posibilidad o, por el contrario, la descarte ("*no importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular*")⁶²; de esta manera, podría ocurrir que un sujeto, pese a la peligrosidad estadística que advierte en su acción, esté convencido de que en el caso concreto, la misma no dará lugar a un delito; así, habrá imprudencia consciente cuando concurren simultáneamente la conciencia del peligro estadístico y la creencia de que éste no va a realizarse. En relación al elemento volitivo, el "querer" debe entenderse como "aceptar", bastando con el "conformarse con" y no siendo necesario que el sujeto consienta, desee, apruebe o le agrade el resultado (como lo exigían las teorías de la voluntad antes reseñadas); por tanto, el querer implicará la "decisión de llevar adelante la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto" (lo que para Roxin, como se verá más adelante, es "la decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico"). En resumen, para Mir, concurre dolo eventual "*cuando el sujeto no descarta que su conducta pueda lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible «confiar en» que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación*"⁶³.

Luzón Peña plantea como criterio de distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente la teoría restringida del consentimiento o de la aceptación, según la cual, el elemento volitivo que requiere el dolo se da en forma de aceptación o consentimiento (o fórmulas similares) de la eventual producción del hecho; lo que, a la luz de una valoración objetivo-normativa, se puede restringir a lo que se entiende por aceptación/no aceptación del resultado, la que no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho: "*por eso, para excluir la auténtica aceptación (jurídicamente relevante), lo que cuenta no es la mera esperanza o confianza irracional y puramente subjetiva*

en la no producción del hecho que tenga el autor, sino la confianza que con una mínima base racional o un mínimo fundamento objetivo puede albergar cualquier persona, el hombre medio ideal, y que es la que en una valoración jurídica objetivo-general se puede considerar que anula el grave desvalor de acción de la aceptación o consentimiento (dejando subsistente la desvaloración inferior por imprudencia si la creencia no era totalmente fundada y diligente, y excluyendo toda desvaloración jurídica si la confianza se basaba en una creencia totalmente fundada ex ante por una comprobación objetivamente diligente"⁶⁴.

Ejemplo: Jorge es un terrorista que coloca una bomba en una tienda para causar alamar, a sabiendas de que muy posiblemente en la misma estaría su mejor amiga Cristina, pero deseando fervientemente que ésta no se encontrara en ese momento. La bomba explota y mata a Cristina. [Para las teorías mixtas, Jorge habría actuado con dolo eventual; sea ya porque se conformó y aceptó la probable realización del tipo y cargó con el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción, con tal de alcanzar su objetivo (Zugaldía); sea ya porque pese a la conciencia de la virtualidad concretamente lesiva de su acción, decidió llevar adelante su acción (Mir Puig); o sea ya porque desde el punto de vista jurídico y del hombre medio ideal no es posible alegar que confió en la no producción del resultado lesivo (Luzón Peña)].

• Teorías Mixtas o Eclécticas: Especial Referencia a la Postura de Roxin

Especial atención merece la propuesta formulada por Roxin, quien rechaza las teorías tradicionales de la voluntad (del consentimiento y del sentimiento) por basar la afirmación del dolo en una actitud determinada del sujeto, lo que es contrario al principio de protección de bienes jurídicos, máxime cuando "*(...) la principal misión del Derecho Penal no consiste en impedir que alguien lleve a cabo la lesión de un bien jurídico protegido como consecuencia de una actitud interna reprochable; antes bien, lo que hay que impedir es que esta lesión no se produzca bajo ningún concepto*"⁶⁵. De igual forma, este autor rechaza las teorías cognitivas (de la representación), por cuestionar que la estimación como doloso de un hecho que en el que el sujeto valoró como altamente probable la producción de un resultado lesivo para el bien jurídico, sea el proceso adecuado para la constatación del dolo⁶⁶. Para Roxin, el punto de partida para la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente radica en el diferente grado de culpabilidad, "*(...) en la comprobación de si el sujeto, (siendo indiferentes sus emociones, sus actitudes internas y sus deseos) se ha decidido o no por la realización de un tipo penal. Una decisión de este tipo, a favor o en contra de aquellos bienes y valores protegidos por una amenaza*

61 Ibid., p. 399.

62 Aunque reconoce también este autor que en la práctica, para considerar que el sujeto no descarta la probabilidad del resultado bastará generalmente la prueba de que era consciente de su gran probabilidad. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Op. Cit., p. 265, nota 80.

63 Ibid., p. 266. Para este autor es suficiente con que el sujeto acepte la conducta capaz de producir el resultado lesivo, no el resultado en sí. Ibid., nota 86.

64 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual. Op. Cit., pp. 1126-1127.

65 ROXIN, Claus. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusstem Fahrlässigkeit, in Strafrechtliche Grundlagentheorie, Berlin/New York, 1973, pág. 223. Citado por DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 186, nota 104.

66 Ibid., p. 185.

penal siempre se da cuando el sujeto se plantea, ante la posibilidad de un resultado lesivo, abstenerse de actuar o seguir adelante. Si en esa situación, el sujeto renuncia a su plan, la norma jurídico penal habrá alcanzado su objetivo y el bien jurídico protegido por ella estará a salvo. Si, por el contrario, el sujeto decide seguir adelante con su plan y dado el hecho de que no podrá evitar el resultado lesivo, dicho sujeto se habrá decidido, a través de su acción, en contra del bien jurídico protegido⁶⁷.

“(…) las teorías de la probabilidad suponen per se –a efectos de distinguir entre el dolo eventual y la imprudencia consciente– un desconocimiento del elemento volitivo, lo que es posible a través del grado de probabilidad. Una extrema sutileza en la distinción de los niveles de probabilidad, es decir, en los niveles de conocimiento, le quitaría a las teorías de la representación su principal ventaja: otorgar un criterio objetivo de distinción entre el dolo y la imprudencia”.

De lo expuesto, para Roxin, el dolo es la realización del plan y la imprudencia consciente, sólo la negligencia o ligereza. La decisión del sujeto por la posible lesión de bienes jurídicos es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente, en la que el sujeto no toma decisión alguna contra un bien jurídico, reprochándole su descuidada negligencia o ligereza y castigándole de forma atenuada por ello (con la pena de la imprudencia)⁶⁸. Por esta razón, considera que el calificativo de “eventual o condicionado” que se atribuye al dolo es incorrecto, “pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es “eventual o condicionado”, sino, por el contrario, incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea “bajo cualquier eventualidad o condición”)⁶⁹; siendo más correcto el término de “dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente”. Por tanto, para Roxin, “(…) hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del

tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así –sea de buena o de mala gana– a la eventual realización de un delito, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo⁷⁰; precisando, además, que no debe confundirse confianza con esperanza, en tanto la primera supone la sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación, mientras que la segunda supone un mero anhelo.

En relación a la decisión del sujeto por la posible lesión de bienes jurídicos, como criterio diferenciador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, Martínez-Buján hace referencia a un “compromiso con la vulneración del bien jurídico” (...) “apoyado en un auténtico conocimiento (sobre los datos concurrentes en el momento de la realización del hecho), el elemento cognitivo proporciona el bagaje intelectual, previo e imprescindible, con que cuenta el sujeto y le proporciona los datos necesarios para la adopción de una determinada decisión. Sin embargo, con ser un requisito inexcusable, tal elemento no constituye todavía un requisito suficiente para afirmar la presencia de un comportamiento doloso; para ello debe existir además un compromiso con la vulneración del bien jurídico, que nos revela que el sujeto adopta una decisión especial, a saber, la decisión de enfrentarse a la sociedad, porque ésta ha calificado dicho bien como valioso para la convivencia al protegerlo a través de una norma penal⁷¹”.

En la práctica, surgen casos límites en torno a en qué supuestos el autor se ha decidido contra el bien jurídico; lo que hace que Roxin proponga dos criterios para una correcta imputación a título de dolo:

a) La Adopción por Parte del Sujeto de Medidas destinadas a Evitar la Realización del Resultado Lesivo

Esta idea se deriva de la tesis propuesta por Armin Kaufmann sobre la “voluntad activa de evitación⁷²”. “Kaufmann defiende la imposibilidad de imputación a título doloso cuando el sujeto lleva a cabo una voluntad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico («Vermeidewillen») y que a la vez domine el hecho («tätmächtig»)⁷³. En tal sentido, para Roxin, la acción del sujeto será dolosa si no realiza ninguna actividad dirigida a la evitación del resultado lesivo a pesar de ser consciente de la posibilidad de que éste se materialice; mientras que, será imprudente si el sujeto, convencido de que las medidas por él

67 Ibid., pp. 186-187.

68 ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Op. Cit., pp. 425-426. “(…) quien se decide –aunque sea sólo para un caso eventual– en contra del bien jurídico protegido denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía –aunque sea negligentemente– en la no producción del resultado”. Ibid., p. 427.

69 Ibid., p. 426.

70 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 188.

71 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir). Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 333.

72 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 188.

73 Resumiendo a Kaufmann, HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Op. Cit., p. 909, nota (**), nota de la traductora. Sin embargo, Hassemer rechaza esta formulación al cuestionar que la mera deducción de peligrosidad lleve intrínseco un tratamiento menos severo; máxime cuando, quien actúa –a pesar de su conducta evitadora– actúa inicialmente con «mala voluntad»: “Para justificar una exclusión del dolo habría que saber más sobre la persona del sujeto agente, su representación del transcurrir de los hechos y sobre todo su objetivo. La acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal”. Ibid., p. 912.

tomadas son adecuadas para evitar el resultado lesivo, sigue adelante y, a pesar de dichas medidas, el resultado se produce⁷⁴. Ahora bien, en relación a las medidas tomadas por el sujeto, Roxin precisa que de igual forma será considerada dolosa la conducta realizada por el sujeto cuando éste dude acerca de la efectividad de las acciones tomadas para evitar el resultado lesivo; mientras que habrá imprudencia consciente cuando las medidas adoptadas sean efectivas o cuando el sujeto se encuentre firmemente convencido de esto último: *“Cuando alguien se dice: ‘quizás consigo evitar la realización del delito, pero quizás no. A pesar de ello, actúo’ este sujeto se ha decidido en contra de la posible lesión de un bien jurídico y por ello, si el resultado efectivamente se produce, se hace merecedor de la pena asignada a los delitos dolosos”*⁷⁵.

b) La Fórmula “Tomar en Serio” la Producción de un Resultado Lesivo

Esta fórmula fue desarrollada por Stratenwerth⁷⁶ y ha sido recogida por Roxin como segundo criterio delimitador entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Una conducta será realizada con dolo eventual si el sujeto reconoce la posibilidad de producción del resultado lesivo, es decir, incluye dentro de su plan la eventualidad de que éste se produzca y, en lugar de desearlo inconsciente y descuidadamente, lo toma en serio; decidiéndose en contra del bien jurídico protegido y conformándose con la producción del delito. Por tanto, utiliza los criterios de “tomar en serio la producción del resultado” como indicador del dolo eventual, y “tomar a la ligera la producción del mismo” como indicador de la imprudencia consciente.

En resumen, de lo expuesto, para Roxin, *“Se dará, por tanto, dolo eventual, cuando el sujeto, a pesar de la posibilidad de que el resultado lesivo se produzca, toma en serio dicho riesgo, en el sentido de que lo asume, y sigue actuando para conseguir su objetivo. Si dicho sujeto toma alguna medida dirigida a evitar la producción del resultado, pero, a la vez, duda de la efectividad de las mismas a tal fin, el hecho seguirá siendo merecedor de la pena más elevada correspondiente a los delitos dolosos, pues, en estos casos, el sujeto se habrá decidido en contra del bien jurídico”*⁷⁷.

Ejemplo: En el caso de Jorge (el terrorista del ejemplo anterior) si éste hubiese llamado a su amiga Cristina para pedirle que no acuda ese día al lugar donde explotaría la bomba, manteniendo

la duda de si ella le haría o no caso; igual hubiera cometido un homicidio por dolo eventual respecto a la misma. [Para Roxin, la conducta sería dolosa en tanto Jorge “tomó en serio” la posibilidad de producir el resultado desvalorado respecto de Cristina y, pese a ello, y a tener dudas sobre la efectividad de las medidas realizadas para evitar el mismo, continuó con el plan, atentando contra el bien jurídico].

4. Toma de Postura

Considero que el dolo no sólo se compone de un elemento cognitivo, sino también de un elemento volitivo. Partir de una postura contraria implicaría desconocer la diferencia de culpabilidad entre el dolo y la culpa, la que se expresa en la distinción entre el dolo eventual e imprudencia consciente⁷⁸; es decir, implicaría desconocer el diferente disvalor de acción que caracteriza al dolo y la imprudencia, máxime cuando el primero implica que el autor tome una decisión contraria al bien jurídico protegido, lo que justifica la mayor gravedad en la sanción prevista por el legislador y, a su vez, incluso permite distinguir entre el dolo de lesión y el dolo de peligro que se confunden en las teorías meramente cognitivas⁷⁹.

No obstante lo expuesto, si bien el elemento volitivo es indispensable para la concurrencia del dolo eventual, ello no significa que el mismo deba ser concebido en función a una actitud interna del sujeto (como lo establecen las teorías clásicas de la voluntad); ni que el conocimiento deba estar en función a las posibilidades o probabilidades de realización de la conducta, siendo necesario entender que la voluntad va en relación con el conocimiento del sujeto, en términos de asumir y optar por la realización de una conducta que –a la luz del principio de protección de bienes jurídicos y en función a los fines del Derecho Penal– implica por parte del sujeto la decisión de persistir en la realización de una conducta que conoce puede producir un resultado desvalorado y atentar contra un bien jurídico.

En esta línea, considero acertado lo planteado por el profesor Roxin, para quien la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente se sustenta en la misión del Derecho Penal y la distinta culpabilidad que requiera una y otra conducta: la decisión por parte del sujeto de continuar con la realización de la acción que prevé puede atentar con el bien jurídico, y la no ejecución por parte del mismo de una medida destinada a la evitación de dicha conducta, permitirá afirmar que actuó con dolo eventual; mientras que el sujeto habrá

74 ROXIN, Claus. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, en *Strafrechtliche Grundlagentheorie*, Berlin/New York, 1973, pág. 227. Citado por DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 188, nota 107.

75 Ibid., nota 108. En contra de esta postura se encuentra Armin Kaufmann, para quien se excluye el dolo cuando el sujeto atribuye a su propia habilidad una oportunidad real («reelle Chance») de evitar el resultado. Resumido por DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 188.

76 STRATENWERTH, Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), pág. 58. Citado por DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 189, nota 109.

77 DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual. Op. Cit., p. 189.

78 “Una «decisión» a favor del hecho injusto, su «asunción personal» no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo”. HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Op. Cit., p. 918.

79 Las modernas teorías cognitivas renuncian no sólo a la constatación del elemento volitivo, sino que además introducen en el objeto de conocimiento el contenido del riesgo que, usualmente se delimita conforme a parámetros psicológicos. Así, Pérez Alonso reconoce que existe un alto grado de consenso en calificar como dolosas conductas en las que el sujeto actúa con conocimiento o previsión de la realización de tipo penal, calificando lo expuesto como un “elemento psicológico de carácter cognitivo que debe ser probado en el proceso”. PÉREZ ALONSO, en ZUGALDÍA (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2004, p. 506. Citado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El concepto “significativo” de dolo. Op. Cit., pp. 343-344, nota 38.

actuado con imprudencia consciente cuando tome a la ligera la producción del resultado y, por ello, no se resigne al mismo, confiando en su no producción ☒

5. Bibliografía

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Español II: El hecho punible, Akal, Madrid, 1985.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Homicidio con dolo eventual o imprudente (Comentario a la STC de 16 de noviembre de 1987). En: Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2ª época, Número 10, junio 1988.
- DÍAZ PITA, María del Mar. El dolo eventual, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Acerca del dolo eventual. En Estudios de Derecho Penal, 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1990.
- HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Traducido por María del Mar Díaz Pita. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 43, 1990.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Traducido por Miguel Olmedo Cardenete, 5ta edición, Granada, 2002.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. Dolo y conocimiento, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual: Reflexiones. En: NIETO MARTÍN, Adán (coord.).

- Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In memoriam, Vol I, Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. El concepto "significativo" de dolo: un concepto volitivo normativo. En: MUÑOZ CONDE, Francisco (dir). Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 8va edición, Reppertor, Barcelona, 2010.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y Susana HUERTA TOCILDO. Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito, 2da edición, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona, 1999.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducido de la 2da edición alemana por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y otros, Civitas, Madrid, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992.
- VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Tomo II, Hijos de Reus editores, Madrid, 1916.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 39, 1986.

6. Anexo

Dolo 1º	Dolo 2º	Dolo Eventual	I. Consc.	I. Inconsc.
Conoce	Conoce	Conoce	Conoce	No conoce (debió hacerlo)
Quiere el resultado	Acepta el resultado necesario	No quiere el resultado pero asume su producción	No quiere el resultado pero confía en la no producción	No quiere resultado