



ESTUDIO LOZA AVALOS
— A B O G A D O S —

**EL DOLO COMO
“CONOCIMIENTO” Y SU
TRATAMIENTO EN LA
DOGMÁTICA PENAL**

César Mayta Acevedo



Lima, mayo de 2013.



Resumen:

En este trabajo analizaremos que el Derecho penal se estructura en base a sus normas de valoración, este es el caso del sistema funcionalista. Sistema en el cual el tipo penal no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva, como lo concebía el naturalismo, sino de elementos normativos, como la creación de riesgos con conocimiento del autor.

Contenido:

1. *Introducción*
2. *Evolución del tipo subjetivo*
 - 2.1. *El contenido del dolo en el sistema Clásico y Neoclásico*
 - 2.2. *El contenido del dolo en el sistema finalista*
3. *Consideración sistemática*
4. *El contenido del dolo en el método teleológico*
5. *La imputación a título de dolo*
6. *El dolo y la imputación objetiva*
7. *Conclusiones*

Palabras clave:

El contenido del dolo, dolo cognoscitivo, imputación subjetiva, imputación objetiva.



1. INTRODUCCIÓN

La Ciencia Penal, en especial la teoría del delito, desde sus inicios hasta la actualidad ha dado un giro copernicano. Hoy, los criterios causalistas y psicologistas que caracterizaron a los sistemas clásico y finalista respectivamente, forman parte del acervo cultural histórico del Derecho penal.

El profesor Bustos Ramírez¹ reflexiona al respecto, y expone que: “Si alguna de las instituciones de la teoría del delito están sumergidas en un periodo de “crisis” evolutiva, ¿debemos postular una tesis abolicionista del derecho penal, o por el contrario; debemos reformular dichas categorías y ponerlas al compás de la moderna dogmática del Derecho penal caracterizada por una normativización de todas las categorías del delito?”, frente a estas preguntas nosotros creemos que el derecho penal moderno, tiene que reformular y reencarnar las categorías que causan crisis en la evolución de la ciencia penal, y utilizarlas de acuerdo a los métodos de la moderna dogmática penal del delito, como es el caso del sistema normativista.

Es así que en el marco del Estado democrático constitucional, el Derecho penal se estructura en base a sus normas de valoración, este es el caso del sistema funcionalista. Sistema en el cual el tipo penal no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva, como lo concebía el naturalismo, sino de elementos normativos², como la creación de riesgos con conocimiento del autor.

Sin embargo, esta estructura normativa del dolo³ no siempre ha sido así. Su transformación tiene larga data, pues su naturaleza es distinta en cada uno de los sistemas del Derecho penal. No obstante, no nos detendremos a realizar un estudio pormenorizado del contenido del dolo en cada uno de los sistemas del Derecho penal, pues el objeto de estudio de este artículo es al análisis del tipo subjetivo, y particularmente el dolo como conocimiento y su actual problemática, a la luz del Derecho penal moderno. Por ello, primero nos limitaremos a hacer una exposición somera de su devenir, para luego desarrollar los elementos normativos que estructuran la esencia del dolo.

2. EVOLUCIÓN DEL TIPO SUBJETIVO

El aspecto subjetivo del delito, durante la historia del derecho penal, ha evidenciado muchas modificaciones. En esta evolución ha cobrado relevancia,

(*) Bachiller en Derecho. Coordinador Académico del ESTUDIO LOZA AVALOS ABOGADOS y de la Revista Jurídica Alerta Informativa. Asistente de cátedra de Derecho penal, Parte General, en la Universidad Nacional Federico Villarreal.

¹ Conferencia magistral sobre “Los mitos del derecho penal”, desarrollada el 14 de mayo de 2004 en la PUCP. Lima, Perú.

² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José: La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, Cuadernos de Política Criminal N° 65; Editorial Edersa; 1998, p. 269.

³ El dolo como conocimiento.



corrientes del pensamiento como la filosofía idealista alemana, donde la voluntad se constituyó en la piedra angular del pensamiento ideal, en las que destacaron Pufendorf, Kant, Feuerbach, Hegel, entre otros. Posteriormente, se presentó una etapa de crisis del pensamiento ideal alemán y cobró una mayor importancia el pensamiento positivista y con ello la corriente causalista en el Derecho penal; representaron esta corriente del pensamiento jurídico penal Maximilian V. Buri, Ludwig V. Bar, Frank V. Liszt, Beling y Radbruch. Los dos primeros fueron los representantes de dicho pensamiento causal en la práctica judicial y los tres últimos, los arquitectos de una teoría del delito cuyo fundamento de su teoría era uno causal, naturalista; todos ellos coincidieron en que lo que primaba en la teoría del delito era lo objetivo – externo; mientras lo subjetivo – interno, estaba analizado sólo como un complemento del primero, y era estudiado a efectos de la atribución de una responsabilidad penal en la culpabilidad, por ello es que para esta corriente, el dolo y la culpa se encontraban en la culpabilidad. En la historia de la teoría del delito, la posición del dolo ha dado lugar a una larga discusión. Es así que, tanto el causalismo naturalista como para el valorativo, el dolo era un elemento de la culpabilidad.

En los años sesenta la filosofía idealista, recobra protagonismo constituyendo el regreso del pensamiento de Kant, que constituyó el regreso del pensamiento kantiano, que con algunas características del positivismo, dieron origen al pensamiento neoclásico, fundamentado en la teoría de los valores, pero que no perdía ese realismo empírico, propio del positivismo. Ésta corriente fue desarrollada fundamentalmente por Mezger; el cual parte de una separación entre ilícito y culpabilidad (en ella se sigue manteniendo el dolo y la imprudencia); sin embargo, concluye que no es posible admitir que lo puramente objetivo se encuentre sólo en el ilícito, y lo puramente subjetivo, en la culpabilidad, de este modo se hace inviable la aplicación de esta teoría; lo que originó la teoría de los elementos subjetivos del tipo, que se había impuesto en Alemania en los años treinta.

Luego esta corriente resultó insuficiente, pues no significó la superación de los planteamientos causales, sino que más bien significó un complemento. Por ello surgió, en contraposición el Finalismo de Hans Welzel que entiende a la voluntad no sólo como un reflejo pasivo del suceso externo a través de lo interino del autor; debido a la influencia que recibió del pensamiento de Pufendorf y Hegel, que entendían a la voluntad como el eje de su sistema, y que Welzel lo retoma, cobrando nuevamente la voluntad, la importancia que en otrora se le otorgaba, para la configuración del concepto de acción (piedra angular de su sistema) y de todo su sistema punitivo. Todo ello porque, entiende este autor, no puede concebirse a la acción en un sentido positivista, como un acontecimiento desencadenado ciegamente por la inervación de los músculos, como lo entendía la teoría causal; sino que más bien, la acción debe entenderse como una conducta dirigida finalmente, dominada por el elemento volitivo, por ello es que necesariamente el dolo y la imprudencia pasan a configurarse dentro de lo que se entiende como acción típica y dejan pertenecer a la culpabilidad.



2.1. El contenido del dolo en el sistema Clásico y Neoclásico

El dolo como elemento subjetivo del delito, es patrimonio cultural europeo, que formó parte de los presupuestos exigidos para el castigo⁴. Así, ya en el derecho romano justiniano la imputación a título de dolo se le identificó con la teoría del *dolus malus*⁵, que exige la intención inmoral dirigida a un fin antijurídico, sin embargo en la práctica esta definición del dolo era insuficiente para explicar las diversas conductas que se producían en la realidad. La ineficacia de tal concepción trajo consigo la ampliación de este elemento subjetivo a través de la teoría del *dolus indirectus*, que versaba en el siguiente enunciado: considerar queridos – aunque indirectamente – todos aquellos resultados que sin constituir el fin del autor, se derivaban normalmente de su acción⁶.

Por esta razón, al dolo *indirectus* se le considera como un antecedente directo de las teorías de la probabilidad (dolo eventual), pues se caracterizaba por la representación del resultado y el efecto que éste tenía sobre la voluntad del sujeto. Así, por ejemplo, para Carpzov⁷ la figura del *dolus indirectus* no exigía que el sujeto se hubiera representado las consecuencias accesorias que se le imputan, sino sólo aquellas que se hubiera podido representar de acuerdo al principio general y a la experiencia. En esa línea, se consideraba que sólo los esquizofrénicos podían quedar eximidos de esas representaciones, pues el resto de individuos podían o tenían “el deber-conocer”.

Si bien la teoría del *dolus indirectus* tuvo extensas críticas por parte de los opositores – respecto a la previsibilidad en contraste al autentico conocimiento del peligro- Von Bohmer⁸ señaló que el *dolus indirectus* – o también denominado por este autor como dolo eventual, - no se constituía con un conocer general de peligrosidad de determinadas conductas, sino que para la configuración de éste se exigía que el sujeto haya previsto “efectivamente” el resultado de su actuar. En el siglo XVIII, esta teoría fue perdiendo vigencia pues se trató de extender los ámbitos de responsabilidad penal hasta volver a un retorno a la responsabilidad objetiva de resultado, contrario sensu, es de resaltar que esta teoría inicia la discusión doctrinal de largas generaciones, acerca del principal elemento subjetivo del delito, que como vemos se extenderá, en toda la construcción de la teoría del delito hasta constituirse en uno de los puntos más controvertidos dentro de la dogmática penal.

⁴ KHOLER, Michael.- Sobre el estado de la teoría del delito – en Seminario en la Universidad de Pompeu Fabra. Editorial Civitas 2000, p. 72.

⁵ Es importante señalar que en su etapa inicial, el dolo se encontraba estrechamente vinculado a una determinada concepción del derecho penal, teniendo en cuenta que los criterios de imputación se entrelazaban en este sentido desde un punto de vista ético-moral, ya que sólo la voluntad se erigía como el único nexo subjetivo entre el autor y su hecho.

⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia.- Dolo y conocimiento; Tirant Monografías 1999, p. 33. “Con la teoría del dolo indirecto no se intentaba establecer un nexo psicológico, de carácter volitivo, entre el sujeto y el resultado, sino sentar las bases de la responsabilidad moral y jurídica”.

⁷ KARSOV, citado por RAGUÉS I VALLEÈS, Ramón.- El dolo y su prueba en el proceso penal. José María Bosh Editor – Barcelona; 1999, p. 56.

⁸ *Ibidem.*, p. 57.



Entre las principales concepciones dentro del sistema clásico destacan las de Von Liszt, Frank y Mezger.

El sistema clásico, sobre todo V. Liszt, influenciado por el positivismo y su concepto de causalidad como eje del tipo, construyó su sistema de Derecho penal partiendo de los elementos naturales del delito, pues éste fue definido como acción (comportamiento dominado por la voluntad) típica, antijurídica y culpable, y basó su imputación a título de dolo en la idea de previsibilidad, pues para Liszt actúa culpablemente, quien se representó (dolo) o pudo representarse (culpa), la significación antisocial del hecho, porque ese conocimiento actual o potencial indica que el delincuente no se determina por normas de conducta social⁹, la previsión en el sistema clásico se constituía como elemento esencial para determinar la imputación a título de dolo, en esta línea el ámbito de la culpa quedaba reducida a la imprevisión de lo imprevisible, e incluso siendo previsible el hecho el sujeto confía en su no producción (por eso concluye que la culpa se reconduce siempre a un supuesto de error), la voluntad en este sentido sólo aparecía en estos supuestos como un elemento que permitía abstraer el delito del mundo de la causalidad, sin constituirse en ningún momento en un elemento fundamental o característico de ésta clase de comportamientos.

Una de los aportes de Liszt fue establecer que el simple o mero deseo de realizar una acción no constituiría dolo, pues el dolo presupone la representación de modificaciones futuras, y no una simple representación de causalidad de la acción emprendida.

Por su parte, para establecer los límites del dolo eventual y la culpa consciente, Frank al igual que Liszt se basó en las teorías de la representación, y definió al dolo cuando el sujeto realiza el hecho a pesar de su representación del resultado, representación que no ha jugado como contramotivo de su acción y basa la imputación a título de imprudencia en el hecho que el autor que a pesar de prever la posibilidad del resultado, confía fundadamente en que podría evitarlo.

El contenido del dolo en el sistema Neoclásico, con los planteamientos de Mezger, constituyó una nueva fase del pensamiento jurídico penal a través de sus denominadas normas de valoración¹⁰; situó el dolo en la culpabilidad reflejando la actitud personal del sujeto en contra del ordenamiento jurídico a través de la voluntad¹¹, pues el conocimiento del peligro se demuestran tanto en el dolo y la culpa, al exigir para el delito doloso un momento de consentimiento por parte del sujeto surgen los problemas con respecto al terreno del dolo eventual si el sujeto había preferido ejecutar la acción antes de abstenerse, es decir, a pesar de la representación quiso realizar el injusto y quedaba en el

⁹ LAURENZO CAPELLO, Patricia.- Op. Cit., p. 50.

¹⁰ SHÜNEMAN, Bernd.- El Sistema Moderno del Derecho Penal; Madrid – Tecnos; 1991, p. 47.

¹¹ MEZGER si bien es cierto considero a la voluntad como elemento fundamentador de dolo, no negaba que el conocimiento se excluyera, por cuanto al exigir un momento de consentimiento efectivo por el sujeto éste tenía que representarse el resultado de su acto o integrar los efectos de su acción dentro de su voluntad.



terreno de la culpa con los criterios de confianza en la no producción del resultado.

2.2. El contenido del dolo en el sistema finalista

El sistema finalista estructurado por Welzel y su concepto final de acción, tuvo como elemento esencial para la configuración de los ilícitos dolosos a la voluntad. Se propuso que el delito no es la simple causación objetiva de resultados, sino una acción final.¹² Welzel construye la teoría del delito teniendo como factor del ilícito el concepto final de acción, pero esta acción ya no es concebida como en el naturalismo, sino que esta acción posee una unidad de sentido¹³.

Un acontecimiento, dice Welzel¹⁴, es voluntario en sentido específico sólo hasta donde alcance la capacidad concreta de la voluntad para regular con sentido su ser causal sólo en esa medida le pertenece lo causado por ella como su obra. Welzel restringe la imputación a ciertos tipos de comportamiento (aquellos guiados por una finalidad – directriz), dejando de lado aquellos comportamientos producidos por la fuerza irresistible, movimientos reflejos, etc.

No tardaron luego escucharse las críticas que se suscitaron sobre los planteamientos de Welzel que recayeron en la determinación de los límites del delito imprudente, pues en este caso el sujeto que realiza un comportamiento lesivo no tenía la finalidad de causarlo, sin embargo, realiza un resultado lesivo por la falta de deber objetivo de cuidado, para lo cual propuso que el delito imprudente enmarcaba también una finalidad, pero indirecta o mediata. Asimismo, su construcción de los tipos penales abiertos (para delitos imprudentes – en las cuales era el Juez a través de una labor interpretativa de que determinaba la falta de deber de cuidado, ergo, la imputación a título de imprudencia) y los tipos cerrados (para delitos dolosos-subsumiendo la conducta dentro del tipo penal correspondiente), planteamientos que en la actualidad carecen de sustento lógico y normativo, pues no existen tipos penales abiertos o cerrados, sino que todos los tipos penales configuran una labor interpretativa que se da por medio de los hechos y los aspectos normativos de los tipos penales, y no el Juez el que determina si una conducta es imprudente o no, ya que si esto fuera así se estaría violando uno de los pilares fundamentales

¹² CUELLO CONTRERAS, Joaquín.- Derecho Penal Español; Parte General/Nociones Introdutorias. Teoría del delito; Dykinson- Madrid, p. 468.

¹³ En palabras de Welzel: “La finalidad es “vidente”, mientras que la “causalidad” es ciega, citado por SACHER DE KOSTER, Mariana.- La evolución del Tipo Subjetivo; Ad – Hoc, p. 77; FEIJOO SANCHEZ, Bernardo.- El injusto penal y su prevención ante el Nuevo Código Penal de 1995; Editorial Colex, 1997, p. 19.

¹⁴ Welzel citado por LAURENZO COPELLO, Patricia.- Op. Cit., p. 81.



en el cual se asienta el Derecho penal en un estado democrático: El principio de legalidad¹⁵.

3. CONSIDERACIÓN SISTEMÁTICA

Dentro de la evolución de la teoría del delito, la ubicación sistemática del dolo ha pasado de ser considerado como un factor esencial de la culpabilidad para afianzarse, en la categoría de la tipicidad. Así, dentro del causalismo naturalista como el de Beling y Von Liszt, el delito estaba conformado por un aspecto objetivo – tipicidad – y un aspecto subjetivo – culpabilidad–, esta última categoría consistía en la relación psíquica del autor con su hecho – y sus dos formas de culpabilidad: dolo e imprudencia, monismo causalista que impidió el desarrollo de la tipicidad, fue gracias al finalismo que posibilita su inclusión dentro de la categoría de la tipicidad, pues consideraron que el tipo penal no se podía entender como una descripción del suceso externo y libre de valoraciones¹⁶.

Welzel, con la concepción de la acción finalista ocasionó el traslado del dolo a la tipicidad, ya que para éste autor la acción no es una mera causación ciega a través de un impulso voluntario cualquiera, sino que ella es configurada razonablemente en su desarrollo objetivo por un determinado acto final de la voluntad.

El profesor Bustos Ramírez, concluye por tanto que el dolo – dolo eventual – y la culpa tienen su ubicación sistemática dentro de la tipicidad, teniendo para ello, como base que la producción de un resultado lesivo no es consecuencia de la simple causalidad o de una responsabilidad objetiva, sino que implica en el caso del dolo eventual, el conocimiento del riesgo creado por la acción, conocimiento que implica que ese riesgo traerá como consecuencia la lesión de un bien jurídico protegido por la norma¹⁷.

4. EL CONTENIDO DEL DOLO EN EL MÉTODO TELEOLÓGICO

Una teoría del dolo que capte, con mayor integridad, los elementos imprescindibles de las diferentes clases de dolo, y, sobre todo, para determinar los límites de la imputación a título de dolo y de imprudencia, tendrá que estructurarse teniendo como un punto de partida el método teleológico, de acuerdo con los fines y la función del derecho penal.

¹⁵ Al respecto. CASTILLO ALVA, José Luis.- Principios de Derecho Penal; Editorial Gaceta Jurídica; 2002, p. 81.

¹⁶ SACHER DE KOSTER, Mariana. Op. Cit., p. 77.

¹⁷ WELZEL, Hans.- El Nuevo Sistema de Derecho Penal/Una introducción a la doctrina finalista de la acción finalista; Maestros del Derecho Penal; Director Gonzalo D. Fernandez; Julio César Faira – Editor, 2000, p. 100.



La imputación subjetiva a diferencia de la comprobación de la realización del tipo objetivo es mucho más complicada de comprobar, pues en la realidad perceptible se puede comprobar si un hecho típico es resultado de la acción de un sujeto, (por ejemplo observar como una persona mata a otra, lesiona, expone al peligro, injuria, etc). Sin embargo, la verificación si ésta persona actuó o no con dolo – es decir sabiendo lo que hace–, es inmiscuirnos dentro de ámbitos o esferas de imputación que son mucho más difíciles, y complicadas de probar, pues la comprobación de este elemento solo será de conocimiento de la esfera propia de la persona de cuya subjetividad se trata¹⁸. Por eso, la dogmatica penal ha establecido criterios normativos, que van evitar que los límites del dolo y la culpa se desenvuelvan sólo a través de criterios psicológicos, los cuales desencadenarían, tanto a nivel dogmatico como en la práctica judicial, resultados arbitrarios.

La necesidad surge, al mismo tiempo, al constituirse el dolo como un elemento configurador y fundamentador de un grado especial de desaprobación penal, a diferencia de la imprudencia, que desde un punto de vista de lege lata nuestro ordenamiento jurídico contempla siempre una penalidad menor. Desde un punto de vista de la prevención general al sujeto que actúa dolosamente pone en entredicho la vigencia de las normas de manera directa, conociendo perfectamente la norma que prohíbe ciertas actuaciones por parte del sujeto, a diferencia del sujeto que actúa con imprudencia, pues este no conoce que concretos peligros está creando con su conducta, luego la pena para los delitos dolosos será de mayor gravedad como reacción del ordenamiento jurídico penal a la negación de esta¹⁹. Así, Ramón Ragués I Vallés, señala: “la tarea de fijación del concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión de sentido negadora de la vigencia de una norma penal. Por el contrario, basta con replicar a dicha conducta con la pena más leve asignada a ciertos casos a las realizaciones delictivas imprudentes cuando un hecho sólo sea expresión del fracaso de un sujeto en su planificación individual.”

Por ello, la exigencia de la doctrina penal ha intentado dilucidar la definición, estructura del dolo – en especial del dolo eventual y su alcance –. Así, por ejemplo, tenemos sus diferencias con la culpa consiente. Dichos estudios han discurrido siempre dentro de las teorías de la voluntad y el conocimiento, a la par de la existencia de teorías eclécticas, donde los diversos factores que caracterizaban a las teorías antes referidas se combinaban llegando a configurar un laberinto, por así decirlo, sin salida. Cobrando vigencia en la actualidad la posición – a la cual nos adherimos –, que consideran innecesario añadir al

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan.- Obras Completas – Derecho Penal/Parte General; Tomo I; Colección Iustitia; ARA Editores, Lima, 2004, p. 821.

¹⁹ DÍEZ RIPOLLES, José Luis.- Los elementos subjetivos del delito – Bases Metodológicas; Tirant lo Blanch alternativa; 1999, p. 10.



conocimiento del dolo elementos voluntativos, erigiéndose el conocimiento como un elemento configurador de todas las formas de conducta dolosa²⁰.

Para la construcción de una teoría del dolo, capaz de solucionar los problemas originados con los límites de la culpa consiente, es necesario partir de un concepto unitario de dolo, es decir la existencia de un dato normativo que dote de unidad y diferenciación a los delitos dolosos respecto a la culpa.

Como se sabe, dentro de la doctrina mayoritaria, el dolo está constituido por el elemento “conocer” (conciencia de la realización de los elementos típicos)²¹. Ha diferenciado también de tres clases de dolo, dolo directo, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual; los cuales poseen un mismo juicio de desvaloración penal. Sin embargo, su contenido se desenvuelve de acuerdo a la toma de posición, desarrollándose ya sea entre las teorías de la voluntad o las teorías de la representación; según sea el caso.

Así el dolo directo²² se configura cuando la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor (v.gr. “X” quiere matar a “K” y la mata disparándole en la cabeza). En el dolo de consecuencias necesarias es aquél en el que se produce un hecho típico indisolublemente ligado a lo perseguido por el autor y que, por eso mismo, es conocido y querido por aquél (v. gr. “G” quiere matar al amante de su esposa y coloca una bomba en el tren en el que viaja – y necesariamente la muerte de su enemigo irá acompañada a la de los otros pasajeros).

En el primer caso – dolo directo –, prima el elemento volitivo y en el segundo – dolo de consecuencias necesarias – prima la previsión del resultado, es decir el conocimiento se erige como factor decisivo.

La dificultad surge al momento de determinar los elementos que implican la existencia de una infracción del deber realizado con dolo eventual, pues los componentes que prevalecían tanto en el dolo directo como el de consecuencias necesarias no se presenta con claridad en este supuesto²³; por eso, es que la

²⁰ RAGUÉZ I VALLÈS, Ramón.- Op. Cit., p. 43; JAKOBS, Günther.- Derecho Penal – Parte General/Fundamentos y teoría de la imputación; Traducción: Joaquín Cuello Contreras – José Luis Serrano González de Murillo; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, p. 313; Alcácer Guirao, Rafael; ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas; Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 2; 2001; Lima, p. 73.

²¹ Aunque el tratamiento del dolo dentro de nuestro ordenamiento jurídico exija para su configuración la presencia de elementos voluntativos y cognitivos. Así en la Jurisprudencia “Para la configuración de los injustos penales se requiere de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, consistentes estos últimos en la perpetración de la conducta ilícita con el dolo, entendiéndose esto como la conciencia y voluntad del agente de cometer el hecho antijurídico y culpable” (Ejecutoria Suprema de 26 de marzo de 1998, Exp. 455-97-Callao. En Rojas Vargas, Fidel.- Código Penal; Editorial Idemsa; 2003, p. 65.

²² CEREZO MIR, José.- Curso de Derecho Penal – Parte General; Tomo II; Teoría Jurídica del Delito; Tecnos; 1998, p. 123.

²³ MIR PUIG, Santiago.- Conocimiento y Voluntad. En Elementos Subjetivos de los Tipos Penales; Director: José Jiménez Villarejo, Consejo General del Poder Judicial; 1994.



dogmática penal para definir al dolo eventual ha desarrollado una diversidad de teorías entre las cuales se puede destacar:

- La teoría de la indiferencia, desarrollada por English, que a través de su método inductivo llegó a establecer que el elemento esencial del delito doloso era el dato cognoscitivo y ante la dificultad de establecer los límites del delito doloso y la culpa con representación, estableció que en la imputación a título de dolo agregaba además una actitud de indiferencia absoluta hacia el bien jurídico. En este sentido, ENGLISH definió al dolo eventual “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, esperanzas que no se producirán”²⁴. Claro que estos planteamientos resultan inadecuados en tanto la exclusión del dolo cuando el agente tiene la esperanza de la no creación de un resultado lesivo – dato netamente psicologista-.
- La teoría del riesgo, desarrollada por FRISH (decisión contra el bien jurídico), que toma como punto de referencia al dolo eventual como la forma básica de dolo, parte de la premisa que la función de las normas de conducta es la evitación de acciones que pongan en peligro la existencia de bienes jurídicos, de donde el contenido del dolo eventual se verá reflejado cuando el sujeto capte en su mente la dimensión del peligro y con su actuación la realización de un peligro para el bien jurídico. En palabras de FRISH²⁵: “Quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar a sus semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprendido aún esa peligrosidad amenazante”. De esta manera para el ámbito de culpa cuando el sujeto a pesar de la representación confía en la no producción de un resultado lesivo contra el bien jurídico.

5. LA IMPUTACIÓN A TÍTULO DE DOLO

Para FEIJOO²⁶ el injusto doloso se caracterizaría porque una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcando intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho en un hecho típico, por ello, para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado lesivo y, por tanto, prevea el resultado como consecuencia de ese riesgo. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado, y desde luego, la decisión del autor está vinculada a

²⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia.- Op. Cit. 188.

²⁵ CLAUS, Roxin.- Derecho Penal – Parte General/Fundamentos y estructura de la Teoría del Delito; Traducción y Notas: Diego Manuel Luzón Peña y otros; Civitas; 1997, p. 432.

²⁶ Ibídem. 440.



dicho resultado, lo que conozca el autor “espere”, “confíe” o no “desea” carece de relevancia²⁷.

Por las consideraciones anteriores se identifica que el contenido del dolo eventual se configura y tiene como elemento esencial al conocimiento, pues este elemento capta con mayor integridad los elementos imprescindibles para calificar una conducta como dolosa, pues partiendo de la exigencia de un concepto unitario del dolo, la voluntad²⁸ no se erige como un elemento diferenciador en las diferentes clases de dolo – sobre todo en el ámbito del dolo eventual²⁹ –.

Un claro ejemplo de éste enunciado se presenta en el presente caso³⁰: “El que mata y sabe que mata, quiere también matar”. Representémoslo ahora un caso en que el Juez le pregunta al acusado: “¿Ha matado a X golpeándole en la cabeza? Acusado: “Sí”, Juez: ¿Supo usted que el golpe con el hacha sería mortal? – Acusado: “Sí, supe que el golpe con el hacha mataría, pero no lo quise”, por tanto, concluimos que la representación del resultado es una condición suficiente para enmarcar este comportamiento dentro de los límites del dolo.

Si consideraríamos que la voluntad es el elemento fundamentador de los delitos dolosos y su límite con la culpa consciente, el dolo directo, al tener como elemento esencial a la voluntad de realización típica constituiría el mayor reproche desde un punto de vista de la norma penal y el mayor grado de desvalor de la conducta, por ende, su punición sería más grave que las otras formas de dolo eventual, cosa que no sucede.

En esa línea, la doctrina autorizada ha señalado que para delimitar los ámbitos de la culpa consciente y el dolo eventual es necesario prescindir del criterio de confianza, así, para Roxin, la configuración del dolo eventual implica la “realización de un plan” la cual implica tomar en serio la posible lesión de bienes jurídicos; mientras que la imprudencia consciente es sólo “negligencia o ligereza”, en el cual el sujeto posee la confianza de la producción del resultado lesivo.

Pero si nos preguntamos ¿de qué clase de confianza hablamos? Hacemos referencia a una confianza “razonable³¹” en este sentido que el ordenamiento jurídico sólo puede tener como relevante la confianza racionalmente fundada – en el caso que el sujeto emprende acciones mínimas para la evitación del resultado o carece de la verdadera representación o magnitud de su actuar –, en

²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José.- Op. Cit. 279.

²⁸ Al respecto, STEFANO, Canestrari.- La Estructura del Dolus Eventualis, p. 95. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 4; Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, 2003.

²⁹ SÁNCHEZ – VERA GOMÉZ – TRELLES.- Atribuciones Normativistas en el Derecho Penal/Comentarios a la Jurisprudencia Penal, Editora Jurídica Grijley; 2004, p. 48.

³⁰ En este sentido: BACIGALUPO, Enrique.- Derecho Penal/Parte General; 2da. Edición, Editorial Hammurabi, p. 324; JAKOBS, Günther.- Op. Cit., p. 325.

³¹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa.- El Caso de la Colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos; Tirant lo Blanch; 1995, p. 214.



donde existe la posibilidad del control de riesgo y actúa necesariamente consciente, acepta o se resigna con la eventual realización del tipo realiza un ilícito con dolo eventual.

Partiendo de concepciones normativas a decir de Rodríguez Montañés³²: lo relevante no es sólo la actitud psicológica del sujeto, puesto que el derecho no puede dejar a puros procesos psíquicos, a la “mente del autor”, ciertas decisiones que requieran una valoración normativa. En definitiva, el Ordenamiento jurídico penal otorga eficacia excluyente del dolo a la confianza sólo por debajo de ciertos niveles o condiciones de riesgo, en los que éste es mínimamente controlado y el sujeto confía (aunque erróneamente), en la posibilidad de confiar de forma mínimamente fundada o racional en la no producción del hecho conforme a baremos objetivos es el presupuesto para poder afirmar que el sujeto confiaba en sentido penalmente relevante. Por las consideraciones, las teorías que hagan depender la imputación a título de dolo de la actitud del autor frente al resultado son rechazables, por ejemplo, la teoría de la aprobación o del consentimiento se constituye sin lugar a dudas como una de las más representativas dentro de las teorías de la voluntad y según esta teoría el dolo eventual se caracteriza por que el sujeto apruebe interiormente la producción del resultado y a la vez asuma la previsión del mismo, criterios que traerían como consecuencias resultados desfavorables.

Si la imputación a título de dolo se configura por la representación del riesgo creado por el autor y el eje central es el conocimiento, los límites con la culpa consciente discurrirían en la falta de conocimiento³³ la decisión de realizar un hecho típico.

Si el contenido del dolo implica el conocimiento del riesgo, ¿de qué clase de conocimiento³⁴ hablamos?, partimos de un conocimiento seguro o de un conocimiento de probable producción, mero conocer que se está realizando un hecho típico no es suficiente para imputar un hecho a título de dolo, pues también en los casos de imprudencia consciente el sujeto conoce que está haciendo algo permitido y que su actuar enmarca cierta peligrosidad, lo que diferencia este conocimiento del que realizado con dolo, es que el sujeto posee un juicio de valor³⁵, por lo tanto que su comportamiento es adecuado o idóneo para producir un resultado, el cual se encuentra desvalorado de la forma más reprochable dentro del ordenamiento jurídico.

En referencia al grado de conocimiento para la exigencia del dolo, la doctrina ha intentado dar respuesta a través de la fórmula ideada por Mezger: Es necesaria y suficiente la “valoración paralela en la esfera del profano”. Significa que: 1) basta que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del

³² *Ibidem.*, p. 216.

³³ BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 324.

³⁴ VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando.- *Derecho Penal/Parte General*; 3ra. Edición; Temis; 1997, p. 407.

³⁵ JAKOBS, Günther. *Op. Cit.*, p. 327.



profano, es decir, del no especialista; 2) debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en el que se haya el autor³⁶. Asimismo, otros autores señalan que el conocimiento propio del delito doloso es aquél cuya atribución de conocimientos depende de reglas de imputación basadas en criterios sociales.³⁷

En el dolo eventual ya existe una decisión – acompañada con el conocimiento de realizar el ilícito penal aunque sea de forma eventual o de realización insegura, tanto en el delito doloso como imprudente existe una infracción de deber – claro que más acentuada en el delito doloso –, el elemento diferenciador es que en el delito doloso el sujeto conoce el significado típico de su conducta y el sujeto imprudente desconoce su dimensión de este significado.

6. EL DOLO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Se ha intentado establecer los parámetros para establecer los límites de la culpa consciente. En este sentido, la combinación de los elementos característicos tanto de las teorías de la representación y la voluntad tomaron un protagonismo esencial y absoluto, pero con la evolución y la normativización de la dogmática – y en la actualidad donde la teoría de imputación objetiva a cobrado relevancia y atención dentro de la doctrina dominante – el alcance del dolo se ve condicionado por ciertos requisitos que el autor debe conocer y cómo debe conocer para poder imputar un resultado a título de dolo.³⁸

Partiendo de estas consideraciones para la imputación del tipo subjetivo es imprescindible, en primer lugar, el análisis del tipo objetivo³⁹. Por tanto, no es suficiente que el autor se represente de alguna manera la posibilidad o probabilidad de la producción del resultado o de cualquier tipo de peligro, sino que debe representarse la concurrencia de los elementos y circunstancias que configuran cada supuesto típico. Debe representarse el hecho relevante para la norma penal.⁴⁰

Por estas consideraciones los conceptos de riesgo permitido, la exclusión de la imputación en caso de riesgo, asimismo, la exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma, etc., cobran relevancia práctica y dogmática, (por ejemplo que “C” incite a “A” a realizar un paseo con la finalidad de que éste sea atropellado, hecho que sucede, pero a consecuencia de un choque automovilístico, donde “C” no crea en ningún momento un riesgo no permitido por la norma penal – “C” solo posee el simple deseo o voluntad de realización típica, hecho que para los finalistas debería considerarse como un hecho doloso, o en el caso de riesgos permitidos

³⁶ MIR PUIG, Santiago.- Op. Cit., p. 257.

³⁷ RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón.- Op. Cit., p. 358.

³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit., p. 321.

³⁹ En este sentido MIR PUIG, Santiago.- Op. Cit., p. 234.

⁴⁰ Frish/Herzber citado por: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit., p. 324.



como por ejemplo dentro de la *lex artis* en el que ciertas conductas se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico —.) concluimos por consiguiente que las finalidades o motivaciones que pueda poseer el sujeto activo son irrelevantes si estas no se encuentran dentro del riesgo no permitido o adecuadas socialmente (riesgos tolerados por la sociedad y el ordenamiento jurídico).

En este sentido, tanto HERZBERG como PUPPE coinciden en una necesaria modificación en la estructura del tipo objetivo, pues el criterio delimitador entre las conductas dolosas y culposas, no puede concretarse en la actitud interna del sujeto frente al riesgo conocido – confianza en la no producción del resultado, por ende un derecho penal de ánimo⁴¹–, sino de la propia naturaleza de ese peligro del que se tiene consciencia, el cual es creado por la acción del sujeto.

Así, para HERZBERG, la configuración de un injusto doloso parte un criterio descriptivo exento de valoraciones jurídica, donde los límites del delito doloso y la culpa discurrirían en la presencia de un riesgo “no resguardado” y el conocimiento de ese peligro por el autor, es decir, hablamos de la existencia de un riesgo “no resguardado” cuando de acuerdo a la naturaleza misma del peligro surge el deber de tomarlo en serio y donde las consecuencias de la acción conducen a la producción de un peligro no evitable, quedando para el ámbito de la culpa consciente cuando se supere el límite del riesgo permitido, pero este peligro es evitable con una actuación cuidadosa.

Las críticas que se levantan sobre estos postulados es el hecho de que el citado autor no realiza un juicio valorativo del peligro representado, sino que la calificación del peligro se realiza de acuerdo a las circunstancias del hecho del que el sujeto parte pudiendo estar resguardadas o no. En divergencia con estos planteamientos PUPPE en un sentido estrictamente normativo señala que: “un peligro propio del dolo sólo existe cuando los factores conocidos por el autor y creados por el mismo representan una estrategia racional para la producción del resultado”, ergo la imputación jurídico penalmente relevante a título de dolo se realizará cuando la conducta del sujeto se configure como un medio idóneo para producir el resultado, donde el conocer y los criterios de racionalidad jugara un papel preponderante.

7. CONCLUSIONES

La dogmática debe tener como objetivo fundamental estructurar una teoría del dolo, garantizando que un mismo hecho típico reciba la misma calificación dentro de la aplicación judicial, pues al no existir en la actualidad puntos de consenso para determinar los elementos esenciales que configuran la infracción del deber realizada a título de dolo, trae como consecuencia que el Derecho

⁴¹ PÜPPE, Citado por: LAURENZO COPELLO, Patricia. Op. Cit., p. 256.



penal no cumpla con una de sus funciones principales: la de asegurar la confianza de los ciudadanos y la ratificación de la vigencia de las normas.

En la actualidad los criterios determinantes para la imputación a título de dolo dista de las concepciones de contenido psicológico imperantes en el siglo pasado, al constituirse, su contenido en la actualidad, bajo los presupuestos de criterios netamente normativos, dolo e imprudencia son conceptos cuya determinación, dependerá exclusivamente de los estudios realizados por la dogmática y mediante la jurisprudencia, a través de la interpretación del derecho positivo.

En este sentido, es de vital importancia señalar de manera expresa, el contenido del dolo. El artículo 12 del CP señala: “Las penas establecidas por ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente señalados por la ley”. Lo que trae a análisis, este enunciado es que nuestro ordenamiento jurídico-penal, señala un mayor grado de desvaloración jurídico-penal, a los comportamientos dolosos, ergo la necesidad de que dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal exista un concepto unitario de dolo – específicamente de contenido cognitivo–, pues el marco en que se desenvuelven los criterios de imputación a título de dolo en nuestros tribunales, se aleja de las concepciones imperantes en la actualidad dentro de la dogmática jurídico-penal.