



**INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA**  
FUNDADO EN 1995

# **EL DOLO**

## **ANÁLISIS DE SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL NICARAGÜENSE**



**DAILYS URIARTE QUESADA**



DAILYS URIARTE QUESADA  
Profesora de Derecho penal  
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

**El dolo**  
**Análisis de su tratamiento**  
**en el Código Penal Nicaragüense**



Autora : Daylis Uriarte.  
Cuidado de edición : Alicia Casco Guido  
Diseño interior : Alicia Casco Guido  
Diseño de portada : Eduardo Espinales

ISBN: 978-99924-21-10-9

Todos los derechos reservados conforme a la Ley  
© INEJ, 2009

### Impreso en Nicaragua por Servicios Gráficos

Esta investigación y publicación fue posible gracias al apoyo económico de la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Económica, con base a la Ley No. 646/2008, Ley anual de presupuesto general de la República de Nicaragua 2008, anexo No. I-A Asociaciones y Fundaciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 41 el día 27 de febrero de 2008, en concepto de darle continuidad al desarrollo del programa de gobernabilidad, desarrollo y Estado social de derecho.

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión de la Asamblea Nacional ni del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)..

# Índice

|  |     |
|--|-----|
| Abreviaturas utilizadas .....                                  | 7   |
| Prólogo .....  | 9   |
| Introducción .....   | 11  |
| Capítulo I   |     |
| Antecedentes y evolución doctrinal de la figura del Dolo.....  | 19  |
| 1. Antecedentes .....  | 19  |
| 2. Concepto.....   | 29  |
| Capítulo II  |     |
| Análisis general del tipo penal .....                          | 39  |
| Sección Primera.....   | 39  |
| Algunas consideraciones generales del tipo y la tipicidad..... | 39  |
| 1. La tipicidad .....  | 39  |
| 2. Tipo Penal.....   | 42  |
| Sección Segunda .....  | 52  |
| Tipo subjetivo-el dolo.....                                    | 52  |
| 1. Definición.....   | 54  |
| 2. Ubicación sistemática del dolo.....                         | 58  |
| 3. Contenido .....   | 66  |
| 4. Clases de dolo.....   | 77  |
| Capítulo III   |     |
| Exclusión del dolo –El error de tipo .....                     | 127 |
| 1. Algunas consideraciones generales sobre el error .....      | 127 |
| 2. Concepto.....   | 129 |
| 3. Efectos.....  | 135 |
| 4. Modalidades especiales del error de tipo .....              | 139 |
| Conclusiones .....   | 162 |
| Bibliografía.....  | 165 |



## **Abreviaturas utilizadas**

---

|                     |                                    |
|---------------------|------------------------------------|
| <b>Arto., artos</b> | Artículo, artículos                |
| <b>Cfr.</b>         | confrontar                         |
| <b>cit.</b>         | citado                             |
| <b>Cn</b>           | Constitución Política de Nicaragua |
| <b>DPA</b>          | Derecho Penal Alemán               |
| <b>DPE</b>          | Derecho Penal Español              |
| <b>DP, PG</b>       | Derecho Penal, Parte General       |
| <b>pág.</b>         | página                             |
| <b>NCP</b>          | Nuevo Código Penal                 |
| <b>Pn</b>           | Código Penal derogado              |
| <b>s/a</b>          | sin año                            |
| <b>ss</b>           | siguientes                         |



## Prólogo

---

Sin duda alguna el dolo es uno de los conceptos dogmáticos más difíciles de abordar, analizar y exponer. La dificultad del tema gira en torno a su concepto, los elementos que lo conforman, su regulación en la legislación y, por si lo anterior no fuera ya suficiente, la forma de comprobarlo. Así, se llega a sostener que el dolo implica conocimiento de la ley, mientras que para otros implica la intención de provocar un resultado y, para quienes sostienen una posición radical, este es imposible de probar porque sólo quien realiza la acción sabe lo que quería al exteriorizar su movimiento.

La relevancia práctica de un estudio sobre el dolo gira en torno a la posibilidad de determinar con certeza el juicio de tipicidad. De esta guisa, si una persona sale del cajero automático, después de retirar una cantidad de dinero, y es abordado por tres sujetos quienes lo golpean e intentan subir a un vehículo, siendo detenidos por un grupo de policías que acuden al rescate de la víctima, la pregunta es ¿Cuál es la conducta realizada por los sujetos?, ¿tentativa de secuestro o de robo? o ¿ambas? y ¿por qué no tentativa de homicidio, lesiones o violación? Realmente podríamos ubicar dicho hecho externo en cualquiera de los tipos enunciados u otros y la única manera para realizar un correcto juicio de tipicidad es atendiendo a la intención de dichos sujetos activos.

Por otra parte, la autora no vacila en enfrentarse a tópicos como las diversas clases de dolo, su delimitación con la culpa, la cara opuesta del dolo: el error, sobre el hecho o sobre el derecho, sobre alguno de los elementos del tipo o sobre la prohibición. Cada uno de estos difíci-

les temas son esclarecidos y aplicados a casos reales, logrando convencer en sus planteamientos.

Hasta aquí sólo algunas de las razones por las cuales el tema del dolo encierra una gran complejidad y por qué me siento muy honrado al prologar este libro, el cual está desarrollado por una joven autora que, seguramente, pronto alcanzará un gran nombre en la dogmática internacional, pues, a sus pocos años, ha conseguido abordar este tema tan difícil con gran conocimiento de los autores más renombrados en la materia, pero sobre todo, lo logra exponer con una pasmosa claridad que se sustenta, además en la realidad y la legislación Nicaragüense iese es precisamente lo que necesitamos! nutrirnos en Latinoamérica de las enseñanzas de los maestros Germanos e Ibéricos, pero sobre todo, exponer y aplicar esas enseñanzas para resolver los problemas que aquejan a nuestros respectivos países.

Por todo lo anterior, celebro que en Nicaragua surja, bajo la guía del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), un diamante que nos deslumbra con su conocimiento y cuya luz, seguramente, nos permitirá vislumbrar con claridad este y otros temas de los que se ocupe en el futuro, enhorabuena por Nicaragua, felicidades por Latinoamérica y, sobre todo, qué bueno que la dogmática sigue teniendo un gran futuro con jóvenes penalistas como Dailys.

En Ciudad Universitaria de la UNAM, otoño del 2008

Prof. *h.c.* Dres. Enrique Díaz Aranda

## Introducción

---

El Derecho Penal, como parte importante del restablecimiento de la paz jurídica y de la convivencia social, debe procurar una adecuada comprensión de sus temas de estudio, lo que normalmente depende en gran medida del desarrollo de nuestra cultura y de las circunstancias, de muy variada índole, que le rodean. De ahí pues, que trate de ajustar sus principios y normas (la llamada dogmática) a la realidad y obtener una interpretación coherente y lógica –en lo que resulte posible conforme a la racionalidad que dicha labor supone–, pues construir una teoría alejada por completo de aquella sólo produciría un grave desequilibrio en las relaciones armónicas que cabe esperar entre una y otra para garantizar la eficacia de los propósitos a que dicha ciencia se refiere. Lo anterior suele llevarse a cabo, además, con el importante auxilio que el Derecho penal recibe a su vez de diversas áreas y disciplinas que le brindan sus conocimientos (la criminología, la psicología, la sociología, la historia, etcétera.) así como con la necesaria implementación de un sistema para su análisis, el cual no puede entenderse como un instrumento acabado y estático, completo en sí mismo, sino como algo perfectible que “debe estar sometido a la permanente crítica del devenir del mundo”.<sup>1</sup>

De acuerdo con las razones expuestas, es una tarea ineludible definir con claridad el objeto principal de dicho planteamiento con base en ciertas directrices o líneas estructurales que permitan el mencionado acomodo teórico-práctico que se pretende. Por ello un concepto de “delito” que no establezca ninguna diferencia con cualquier

1. ZAFFARONI, *Manual*, PG, 1986, p.13.

otro modo de acciones humanas conflictivas resultaría inocuo. Esto es así porque no todas las conductas indeseables, inmorales, o reñidas con la normal convivencia humana, abren la posibilidad de una sanción penal. En efecto, para determinar si un hecho es o no constitutivo de delito es necesario analizarlo sistemáticamente, es decir, de manera ordenada, por ello surge la teoría del delito. Esta teoría, entonces, como parte de la Ciencia Penal, se ocupa de explicar qué es el acto ilícito para tales fines; es decir, tiene la misión de señalar cuáles son las características o elementos esenciales de cualquier delito. De esa forma debe superar definiciones genéricas y ambiguas que pueden ser admisibles en ciertas áreas de estudio o útiles para otros efectos (por ejemplo en el ámbito social o criminológico), pero no para precisar el hecho específico que la legislación represiva castiga. En síntesis, como apunta el profesor RAÚL ZAFFARONI, la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto,<sup>2</sup> razón por la que no puede limitarse a definirla como una conducta dañosa que afecta intereses de terceros, o que vulnera los derechos de sus semejantes, o peligrosa para la convivencia social, etcétera, como tantas propuestas que suelen hacerse para sig-

2. ZAFFARONI, Manual, PG, 1986, p.318. La primera tarea de la que se ocupa la teoría general del delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Podríamos decir entonces que la teoría del delito trata de responder a tres preguntas: ¿Es el hecho cometido el prohibido por la norma?, si es el prohibido por la norma, ¿estaba en las circunstancias en que se lo realizó, autorizada? y por último ¿es responsable el autor del hecho prohibido y no autorizado?

nificar un hecho contrario a las costumbres ciudadanas dentro de una comunidad.

Con apoyo en lo expuesto, puede decirse que la doctrina más autorizada ha logrado uniformar su criterio al señalar que el delito consta de cuatro elementos básicos o niveles analíticos, que son la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.<sup>3</sup> Sin embargo no siempre ha sido así, ni los contenidos asignados a cada uno de ellos son aceptados pacíficamente o de modo unánime. Hasta principios del siglo pasado (1906), no se contemplaba el delito de tal manera, e incluso hasta antes de la segunda mitad del siglo XIX se desconocían los referidos elementos, examinándose aquel –en esa época– desde dos puntos de vista: la parte objetiva (llamada *imputatio facti* o imputación del hecho) y la parte subjetiva (llamada *imputatio iuris* o imputación de derecho). La primera se refería a la atribución de responsabilidad por la parte externa del hecho y el mal causado en el mundo exterior, mientras que la segunda concernía a la responsabilidad por la parte interna, esto es, la capacidad, conocimiento, intención, móviles, etcétera., del sujeto.

Fue VON LISZT y, posteriormente BELING, quienes consideraron que el delito estaba conformado por: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Así surgió el concepto clásico, caracterizado por analizar a la

3. Cabe advertir que un sector minoritario de la doctrina pretendió incluir a la punibilidad como un quinto elemento del delito, lo cual hoy día suele rechazarse al estimar que aquella surge precisamente como consecuencia del hecho delictivo que la ley sanciona (por ser una acción típica, antijurídica y culpable), sin olvidar que incluso en ciertos supuestos, pese a la existencia de tales elementos, no se impone pena alguna (por ejemplo en las llamadas “excusas absolutorias” o en otras situaciones similares).

conducta, la tipicidad y la antijuridicidad como un juicio objetivo sobre el hecho y reservaban para la culpabilidad el juicio subjetivo sobre el autor del delito.

La teoría del delito fue evolucionando, surgiendo el concepto neoclásico de EDMUND MEZGER, el concepto final de la acción, el sistema funcionalista político criminal de CLAUS ROXIN (cuyo desarrollo inició desde 1970) y el funcionalismo normativista de GÜNTER JAKOBS (sobre 1980). Dichos sistemas continuaron dividiendo el estudio del delito conforme a las mismas cuatro categorías: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La diferencia en cada sistema radicó en las bases filosóficas de que parten y en la interpretación que hacen de cada elemento y los subelementos que los integran.

Es importante referirnos a uno de estos elementos en especial como es el tipo, pues dentro de él (más concretamente es su aspecto subjetivo) se encuentra la figura del dolo. Y es que, precisamente, el objetivo general del presente estudio es analizar el tratamiento jurídico penal de la figura del dolo, con especial atención a su regulación en el Código Penal nicaragüense.

En la legislación penal anterior y en nuestra cultura jurídica, se evidenciaba una problemática latente y es que, existía un fuerte dominio por determinar la responsabilidad del sujeto con base en la responsabilidad objetiva o por el resultado<sup>4</sup> y no conforme al principio de responsabilidad subjetiva. En este sentido, la legislación ante-

4. Este criterio iba de la mano del concepto de *corpus delicti* que surge en 1575 y que es anidado, posteriormente, en el derogado Código de Instrucción Criminal de 1879. Véase DÍAZ ARANDA y otros, Problemas, 2002, pág. 9 y ss.; PEDRAZ PENALVA / CUA-REZMA TERÁN, Código, 2001, pág. 209 y ss.

rior determinaba que: “el daño que se previó como imposible se considera imputable al autor”,<sup>5</sup> con lo que se puede deducir que se castiga el caso fortuito.

Hay que advertir que estos rasgos pasaban a fundamentar a lo largo del Código penal derogado, en buena medida, la responsabilidad del sujeto. Es decir, este Código cimentaba la responsabilidad de la persona en la responsabilidad por el resultado o la denominada responsabilidad objetiva. También podemos observar este hecho, en el desarrollo de la Parte Especial de dicho Código Penal, particularmente, en delitos como el hurto o bien, los delitos calificados por el resultado, el robo con muerte, entre otros.

Asimismo, el Código de Instrucción Criminal, guardó una estrecha relación con en este tipo de responsabilidad objetiva, a través de lo que se denominó el *cuerpo del delito* y la *delincuencia* (art. 54 In) y, cuya máxima expresión de objetividad lo encontramos en la forma de comprobar el mismo cuerpo del delito que lo formulaba desde un punto de vista predominantemente objetivo.<sup>6</sup>

Es aterrador el pensar en las infinitas injusticias que pueden cometerse al hacer uso, nuestros judiciales, de esta figura, que a todas luces atenta contra todos los principios de un Derecho Penal democrático y propio de un Estado Social de Derecho.

5. Arto. 2 párrafo segundo CP

6. Tal es el caso del delito de hurto que exigía el levantamiento de un acta denominada de “preexistencia y falta”, que manifestaba que alguien cometió delito de hurto porque una cosa mueble, que previamente existía, luego “falta” (art. 64 In), sin exigir ningún tipo de responsabilidad subjetiva (dolo o imprudencia).

Sin embargo, la evolución de la Ciencia del Derecho Penal ha experimentado un desarrollo vertiginoso en los últimos años. Los cambios sociales al comienzo del milenio han supuesto una conmoción de las bases tradicionales de la Dogmática jurídico-penal del precedente siglo, así como profundas modificaciones en la legislación penal de los estados modernos, entre ellos, Nicaragua.

Desde el inicio de la década de los noventa, se viene gestando, frente al decimonónico Derecho penal patrio, un moderno Derecho penal que alcanza su máxima expresión en la redacción de un nuevo Código penal. Dentro de éste instrumento punitivo, al igual que en otros, se presenta la figura del dolo, que siempre me ha llamado de sobremanera la atención, por considerar que desempeña un papel fundamental dentro del ordenamiento jurídico, sobre todo dentro del Derecho Penal, destacándose en un tiempo como la forma más grave de culpabilidad y ahora como componente básico del tipo subjetivo. Sin embargo, al analizar la legislación anterior, he notado la imprecisión con que se abordaba este concepto al entremezclarlo con figuras como la preterintención.

Por ello, y no de forma antojadiza, he seleccionado al dolo como tema principal de la presente investigación, con la intención de comprobar si en el nuevo Código Penal se continúa regulando este concepto con las mismas deficiencias, que en el Código Penal derogado.

Ante este hecho, asumimos el compromiso de investigar el tratamiento del dolo en el nuevo Código Penal, sin obviar la indiscutible relación que tiene con la responsabilidad objetiva o subjetiva en su caso, pretendiendo de ésta manera determinar, si en efecto se han subsanado los errores de nuestra legislación penal anterior y se

ha adoptado con mayor responsabilidad la aplicación de ambas figuras.

Por otro lado, no podemos dejar pasar el hecho de que el Código penal vigente es un acertado intento por mejorar, no sólo la aplicación de la dogmática-jurídico penal en nuestra legislación, sino que, como trasfondo viene a determinar de manera positiva la ruta a seguir para contribuir con la construcción del Estado de Derecho.

Por ello, el presente estudio responde, no sólo a la necesidad de conocer a fondo una figura tan fundamental como la que constituye el dolo, sino que es una respuesta o incluso, aunque muy tímidamente, una propuesta de cambio en pro de una mejor aplicación de conceptos tan valiosos en la doctrina penal como el que se aborda en este documento para fortalecer la seguridad jurídica de las personas en los casos penales concretos.

En adelante, el lector se encontrará con que el presente escrito, cuenta con tres capítulos que se estructuran de la siguiente manera: en primer lugar se presentan diversos conceptos del dolo en las distintas materias, culminando, por supuesto, con la definición de del dolo en el Derecho penal. Asimismo ubicaremos al dolo en la mencionada teoría del delito y a la vez señalaremos cuáles son los elementos que lo conforman y las clases de dolo existentes. Por último, veremos que el dolo puede ser excluido por lo que se conoce como error de tipo y examinaremos todas las variantes del mismo reguladas novedosamente en el Código Penal.

En definitiva, espero que el presente trabajo sea de utilidad a todos aquellos estudiantes, profesionales del Derecho, aplicadores de la justicia y personas en general, pues ningún trabajo de investigación merece la pena, si no trata, al menos, de informar a la comunidad jurídica

a la que está circunscrito. Si este texto es capaz de motivar a un pequeño grupo de lectores me sentiré plenamente satisfecha.

# Antecedentes y evolución doctrinal de la figura del Dolo

## 1. Antecedentes

El término dolo –que en su sentido etimológico, derivado del griego, significa engaño- ha tenido muchas acepciones, y se han empleado otras voces con valor de sinónimo. El propio PASSERINUS añade que la expresión dolo se usa a menudo como sinónima de estas otras: *venenum, ingenium, odium, astutia, simulatio, fraus, fallacia, malitia, sors*.<sup>7</sup> Originariamente pues, dolo significa artificio, fraude, porque luego hemos de insistir sobre ese punto.

La noción de dolo se remonta al Derecho Romano tardío, como se desprende del *rescripto* del emperador Adriano, *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Aunque inicialmente en el Derecho privado romano *dolus* significaba engaño, artificio o maquinación, pronto se utilizó en referencia a los delitos como equivalente a mala voluntad o ánimo de hacer algo malo, ilícito; desde entonces se hacía la diferencia entre *dolus bonus* y *dolus malus* y se exigía el dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto, requisito que desaparece con la influencia canónica religiosa, a partir de la cual por culpabilidad ha de entenderse no sólo el *dolus* y la culpa del Derecho Romano, sino que, por ejemplo, el homicidio ha de considerarse también cometido con culpabilidad si el autor mata, aún por simple caso fortuito cuando se disponía a

7. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 1963, pág. 305

realizar algo no permitido: *versari in re illicita im putatur omnia quae sequantur ex delicto*.

En el antiguo Derecho germánico vuelve a imperar la responsabilidad objetiva, y es hasta 1821 cuando HEGEL sostuvo que “el Derecho de la voluntad... es reconocer en su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que se sabe de sus presupuestos en su finalidad, lo que de ello había en su dolo. El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad”;<sup>8</sup> así al dolo se le atribuían dos elementos: acto y voluntad.

El Derecho Romano en su último estadio de evolución, elevó el *dolus* del agente como la característica esencial del delito. Aunque se afirma que en los orígenes del Derecho de Roma hubo una época de responsabilidad material, objetiva, en la que sólo valía el resultado sin hacer indagaciones sobre la intención del agente.

Lo que no puede dudarse es que después de las XII Tablas se comenzó a señalar el elemento subjetivo o *factum internum*, cuya evolución jurídica alcanza su más alto nivel en la época imperial. Más exactamente puede afirmarse que el dolo se exigía en los delitos castigados con pena pública: *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*. Ya veremos que en los delitos privados bastaba la culpa. El desarrollo histórico de ésta es de sumo interés. Pero en materia penal no se podía calificar la muerte de homicidio en caso de ausencia de *animus necandi*. En consecuencia, debía distinguirse la muerte de un hombre causada con intención, de la producida por culpa grave.

8. Al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 1963, pág. 306

En la Edad Media alemana se precisa más y aparece como expresión del acto voluntario. La traducción de dolo fue, *willewerk*, en el lenguaje germánico de ese período. El término se contrapone a *vitiwerk* o caso fortuito. La diferencia era de importancia.

Si se tiene en cuenta que dolo equivalió a artificio, astucia, fraude –y este último es el primordial sentido que le da el Derecho civil–, y más propiamente intención, propósito, no puede menos de parecer lógico que en el Derecho romano, en el canónico, en el medieval y hasta en textos y obras del pasado siglo, se adjetivara el dolo como malo en contraposición al bueno, según que el artificio fuera dirigido a fines buenos o perversos.

Por otra parte fue preciso ensanchar la noción del dolo, identificando éste con la intención, y más concretamente con la mala intención, parecerían quedar fuera de ellas otras formas dolosas. Por eso en el Derecho intermedio se habló del *dolus indirectus*; pero lo interesante es que esta especie dolosa surgida a su vez del *versari in re illicita*, dio margen, al ser reelaborada, no sólo a las construcciones del dolo eventual, sino a que se precisara mejor el propio *dolus directus*.

Los antiguos escritores, influidos por los prácticos, que a su vez respondían a la concepción romana del *dolus malus*, insertaron la maldad en sus definiciones. Aunque algunos consideren el *dolus malus*<sup>9</sup> como ascendencia de la actual cognición de antijuricidad, lo cierto es que mantener hoy la expresión dolo malo, haría suponer que exis-

9. El *dolus malus* tenía su sentido al encontrarse ubicado en la culpabilidad, pues este exigía el conocimiento de la antijuricidad, sin embargo al pasar a formar parte del tipo subjetivo, este requisito desaparece.

tía, como antaño, un dolo bueno lo que no es aceptable. Decir dolo malo es un pleonismo, puesto que en verdad el dolo es una intención, una voluntad encaminada; es decir, el dolo será siempre dolo malo puesto que si no lo fuera no sería reprochable.

Si bien predominó desde épocas pasadas la *intención*, como constitutiva del dolo, algunos juristas la vincularon después a la conciencia. He aquí planteada ya, la lucha entre la teoría de la voluntad y la de la representación.<sup>10</sup>

Según el gran jurista bávaro, ANSELMO VON FEUERBACH, es “*dolus* (intención mala) una determinación de la voluntad... con el fin de lesionar derecho, con conciencia de la ilegalidad de lo deseado”. Acierta Feuerbach,<sup>11</sup> en cuanto a la conciencia de lo injusto aunque el diga equivocadamente “conciencia de la ilegalidad”. Ahora bien, frente a este *dolus directus* se encontró el afamado penalista con otras formas que no podían ser definidas así. Por eso habló de *dolus indeterminatus eventualis*, y aunque al principio rechazó, con razón, el *dolus indirectus* del derecho común, más tarde le dio valor penal.

Dijo FEUERBACH que “el delincuente está en dolo en referencia a la lesión jurídica que él quiere causar, y está en culpa en referencia a la lesión jurídica que resulta sin su propósito”.<sup>12</sup> A este caso, que en verdad es lo que hoy se denomina delito preterintencional, llamó FEUERBACH culpa dolo *determinata*.

Insistimos en que una vez superada en el Derecho de Roma la primera noción de dolo o de *voluntas sceleris*,

10. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 1963, pág. 306

11. *Idem*

12. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 1963, pág. 308.

que se mostraba como opuesta a *vis*, fuerza, violencia, el término *dolus* pasó a significar intención, intención mala o *dolus malus*.

En efecto, la intención (primera versión de la teoría de la voluntad), aparece en las leyes de Roma y en los jurisconsultos romanos, en el Derecho Canónico y en los textos de la Edad Media, para adquirir formas de pensar más teórico con los filósofos y juristas.

No queremos proseguir con el estudio evolutivo del dolo, sin que queden bien señalados los dos períodos en que se nos presenta la noción voluntaria (es decir, la que modernamente llamamos teoría de la voluntad). Es cierto que, conforme a lo expuesto, se comprende bien la existencia de dos estratos progresivos en la idea del dolo; pero conviene insistir en ello. La antigua doctrina, que asocia el *dolus* a la idea de maldad, de intención perversa, tiene marcado carácter moral. IHERING y BINDING piensan que así ocurrió en el Derecho romano, donde impera el *dolus malus* del que nos hemos ocupado. No sólo se exigía la *intención*, sino la índole malvada de ella. La segunda fase se caracteriza por el aspecto legal que se le da al concepto de dolo al basarle en el acto contrario a la ley, exigencia que se precisa por el elemento psicológico de conocer que se infringe el Derecho; esto es, la *conciencia*.

En Francia, la intención, como fórmula de la teoría de la voluntad, es la que campea. También en el derecho angloamericano se habla de *intent*; pero más que al dolo se refiere el término a una amplia idea de voluntad. Hay, en efecto, una “intención general” (*general criminal intent*), una “intención constructiva” (*constructive intent*), una “intención específica” (*specific intent*) y así sucesivamente.

Tampoco los españoles de los pasados siglos acertaron al abordar, lo que en su momento se concibió como una genuina especie de culpabilidad, el dolo. Casi todos interpretaron el calificativo de *voluntarias*<sup>13</sup> que la ley asigna a las acciones u omisiones, como expresivo del dolo y equivalente de *malicia*; pero los más modernos tratan del asunto con entero conocimiento de causa.

En Italia, son muchos los exponentes contemporáneos y modernos de la *teoría de la voluntad*. Hasta los positivistas, que quieren superarla se mueven en el ámbito de ella. Los penalistas italianos que defienden esta tendencia del contenido doloso, son concientes de la tesis que patrocinan y no puede decirse que se hayan estratificado en una etapa del desarrollo de la noción del dolo. También en Alemania tiene defensores la teoría de la voluntad. FEUERBACH el primero de ellos.

La teoría de la voluntad no era capaz, por sí sola, de resolver los grandes problemas que el dolo presenta. La voluntad puede admitir gradaciones, pero éstas deben fundarse en la previsión que es asunto de la conciencia y en primera instancia de la representación. El desarrollo que tuvo en Alemania el llamado “dolo eventual” fue otra de las causas de que se tuviera que superar esa doctrina. Se acudió pues a la teoría de la representación.

Baste aquí con destacar que tan insuficiente como la doctrina de la voluntad se nos presenta la teoría de la representación, con la cual meros hechos culposos caerían en la esfera dolosa, destruyéndose así el límite del dolo, figura que necesita tener sus confines claramente delimi-

13. “El hecho calificado y penado por la ley es punible si además de voluntario...”. Artículo 2, Código Penal de la República de Nicaragua.

tados. Por eso incluso los partidarios de la voluntad no pueden prescindir de la previsión y los defensores de la teoría de la representación tienen que contar con el elemento voluntario.

Los positivistas pretenden haber dado un paso más en el concepto evolutivo del dolo y nos hablan de que la mera voluntad no es bastante para caracterizarla, siendo preciso contemplar la intención y el *fin*.

Pero bien mirada, la revolucionaria doctrina se mueve dentro del ámbito de la teoría de la voluntad, sin profundizar en la representación, lo que es causa de las incorrectas nociones que los positivistas tienen de ciertas formas dolosas, en particular del dolo eventual.

En el contexto de su evolución y sin el propósito de anticipar una definición del dolo, que luego se brindará, sino con el único fin de concretar el resultado de las gradaciones expuestas, parece posible afirmar que el dolo era considerado *la voluntad conscientemente dirigida a la realización de un acto típicamente antijurídico (intención injusta)*.

### *El dolo en el Derecho germánico y el canónico*

En el antiguo Derecho germánico se comete delito por la producción antijurídica de un mal. La responsabilidad es, por ende, responsabilidad por el resultado, responsabilidad meramente causal.

En los tiempos francos el factor intencional gana terreno sucesivamente en la apreciación de los delitos.<sup>14</sup> Sin embargo, en los crímenes más graves, sigue imperando el viejo principio causal de que “el acto mataba al hom-

14. BRUNNER, *Historia*, 1936, Pág. 78

bre". A pesar de ello, y si bien la voluntad se concibe muy ampliamente, incluso en los homicidios, ésta comienza a abrirse paso. Más todavía en aquellos delitos en que la intención pertenece a la figura legal; por ejemplo, en la alta traición, robo, incendio, etc. Al mismo tiempo puede observarse que ciertos casos típicos, en que la adecuada intención falta, son tratados más benignamente como hechos fortuitos (*Ungefährwerke*).

En la baja Edad Media se distingue ya la intención de los hechos fortuitos. Sólo los delitos característicamente intencionales se reputan actos *torticosos* (injustos, entuertos), ampliándose cada vez más la señalada extensión del elemento personal en aquellos hechos causados fortuitamente y en los perpetrados por negligencia.<sup>15</sup> El lenguaje jurídico es rico, durante esa época, en expresiones para designar la intención que, con unas u otras voces, significa el elemento psicológico. Suele predominar el término voluntad: *von willen* (de voluntad), *mit willender Hant* (con voluntaria mano), etc. Otras frases menos exactas fueron empleadas en este sentido: *mit Frevel*, *mit Frevelmut* (con delictuosidad, con ánimo delictuoso), *arglistig* (astuta o maliciosamente), *geverlich* (voz que significa, en primer término, el sentido de enemistad, de hostilidad). El hecho premeditado o deliberado es el que se comete *praemeditative*, *animo deliberato* (con ánimo pensado). Los hechos que se realizaban sin deliberación o premeditación, se castigaban más benignamente: *sine consilio*, *unbedachtlich* (impensadamente), *in einem unbedachten Mut* (en un ánimo impensado), *in hastigen mode* (de manera arrebatada).

15. BRUNNER, *Historia*, 1936, Pág. 173

El Derecho canónico hizo particular hincapié en la intención del agente, como elemento del delito. FAUSTO COSTA<sup>16</sup> cree que el paso decisivo entre la responsabilidad meramente objetiva y la subjetiva encarna en el Cristianismo, ya que los Padres de la Iglesia, debieron considerar groseras las distinciones elaboradas por los jurisconsultos romanos. Pero, en verdad, lo que hallamos en los textos canónicos es el renacimiento de las fórmulas romanas, incluso en los términos usados para designar el elemento psicológico: *dolus*, *voluntas*, *malitia*. Las penas que se imponían variaban según el hecho fuese voluntario o debido a la *negligentia* o *imperitia* del agente; mas esto no puede evaluarse como progreso en su época; ya que no sólo los romanos, sino incluso los bárbaros, impusieron penas más benignas a los hechos no intencionales. A pesar de ello sigue imperando entre los autores la creencia de que fue el Derecho canónico definitivo factor de la espiritualización del Derecho punitivo.

Ciertamente, pocas novedades aporta el Derecho canónico en materia de dolo, por el mismo hecho de que se limitaron a aplicar las disposiciones del Derecho romano. Lo que de nuevo se encuentra en los textos de la Iglesia parece desmentir la tan elogiada espiritualización de la práctica punitiva. Se le atribuye a la doctrina eclesiástica la proclamación de una regla que había de tener enormes consecuencias en períodos posteriores y hasta en nuestros días. Así se formula: “Et sic propter unum delictum imputantur omnia quae sequuntur ex illo”,<sup>17</sup> y consiste en afirmar que cuando una concreta y determinada consecuencia de la conducta del sujeto le pueda ser atribuida

16. Citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 1963, pág. 319

17. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 1963, pág. 320

como dolosa, deben referirse al agente del mismo modo, y cargar con ellas, todas las consecuencias subsiguientes que se enlacen con su acción primigenia intencional, aunque no hayan sido queridas por el sujeto ni dependientes de su voluntad, así concretada: *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*.

Tal y como se nos presenta este principio parece deber considerársele como derogación de los progresos conseguidos por el Derecho romano y en abierta contradicción con la presumida espiritualidad del derecho canónico, que ha de obedecer los dogmas cristianos. En efecto, literalmente apreciado el *versari in re illicita* prescindir de las exigencias de conciencia y de voluntad encaminada a un resultado concreto.

### El Derecho intermedio, los antiguos escritores y los prácticos

En los estatutos, en los textos y en los prácticos, se hallan muchas expresiones para designar la voluntad dolosa, tanto en Italia como en Alemania. Algunos de los términos que se pueden señalar son: *asto animo*, *inicum animo*, *malitiose faudolenter*, entre otros.

En este período debemos decir que los prácticos italianos entronizaron las nociones romanas y quisieron mantenerlas en toda su plenitud, sin embargo, tropezaron con algunas dificultades para sustentar la pureza del dolo romano. De una parte, la necesidad de admitir formas que escapaban del *animus* y que era difícil concebir como culpa si se atenían a las normas de Roma; de otra los enormes escollos para probar ese *animus* en una época en que el Derecho de prueba se enredaba en grandes formalismos. En principio no cabía duda de que quien obraba con *animus occidendi* procedía con dolo; pero no

siempre se presentaban las cosas con tal nitidez y a menudo los que actuaban dolosamente veían superado su querer por los efectos producidos. Como los prácticos no podían operar más que con dos términos consagrados por el Derecho romano, *dolus et culpa*, en la ausencia de un tercero se dirigieron al dolo y le dividieron y subdividieron en formas múltiples.

No es frecuente hallar en las obras de los prácticos un concepto de dolo (que en su momento se consideró como la forma primera de la culpabilidad). Sólo DECIANO logra concretarle como intención dirigida a producir consecuencias jurídicas. La inmensa mayoría de ellos, incluso los más eminentes, no lo definieron; pero ENGELMANN, caracterizó así la noción que tuvieron del dolo: 1º Es la voluntad con conocimiento de la antijuricidad de su manifestación; 2º Es la voluntad de producir consecuencias jurídicas.

## 2. Concepto

### 2.1 Derecho civil

Los conceptos del buen padre de familia, el hombre bueno, el hombre prudente y razonable tienen como marco de referencia la acepción de la buena fe (*ex bona fide*), la moral, las costumbres aceptadas socialmente en contraposición al concepto de acto doloso sancionado en el Derecho. Es así que podemos decir, y partiendo de este precepto, que los actos realizados con dolo son evaluados por el Derecho, tanto civil como penal.

El dolo refiriéndonos al dolo malo, el fraude y el engaño son comportamientos del ser humano que no son aceptables en el Derecho. Este rechazo al dolo, fraude y engaño, mantiene una estrecha relación con lo ético, lo

moral, con el concepto del buen padre de familia, el hombre prudente y razonable, el cual a su vez impuso el uso y costumbre de aceptación social. El engaño intencionado con interés de dañar a otro es un acto sancionado por el Derecho desde los primeros albores de la civilización.

Dolo es el propósito deliberado de perjudicar a otros con quienes se tiene contrato. En los negocios jurídicos es, por lo tanto, dolo todo empleo de ardidés o enredos con intención de engañar o de mantener en error a la persona con la cual se está negociando un beneficio propio en perjuicio del otro; es decir, toda simulación intencionalmente malvada o disimulación de la realidad de los hechos.

El concepto del dolo tiene en el Derecho, dos acepciones generales:

**1º Dolo bueno**, que se define como “aquella sagaz precaución con que cada cual debe defender su derecho”. El cual no causa mayor inconveniente en el Derecho. En términos generales, son aquellas exageraciones de cualidades a veces inexistentes del producto dirigidas a vender el producto, las cuales no son dolo, y son aceptables en el tráfico.

**2º Dolo malo**, o el que se dirige contra el justo derecho de un tercero”.

El dolo en las dos modalidades antes enunciadas fue objeto de consideración en el Derecho romano, en el cual prevalece el aspecto penal del dolo. El *Dolus bonus* (Dolo bueno) trata de engaños y estratagemas que desde el punto de vista moral romano no son censurables. “Las astucias y las afirmaciones inexactas encaminadas a engañar a un enemigo o a un ladrón; igual consideración tuvieron las mañas o malicias del comercio diario, alabando exageradamente las mercancías, resaltando cualida-

des que no tienen, sin que por ello lleguen a ser fraudulentas, en cuanto se trata de artificios más o menos hábiles para conseguir una finalidad lícita”.

El “*Dolus malus*” (Dolo malo) supone para los juristas romanos la intención consciente de causar daño, dentro del concepto inmoral, y supone el deseo intencionado de causar daño antijurídico a otra parte.<sup>18</sup>

El edicto del Pretor (magistrado romano) crea una acción judicial (acción de dolo malo)<sup>19</sup> cuando ocurra dolo malo, en una relación entre partes, que no haya otra acción en ley y que parezca haber justa causa para conceder tal acción. La acción legal de dolo malo es en Derecho romano una acción subsidiaria, utilizada para cuando no exista otra acción legal.

La *actio* de dolo nace como un delito penal. Es una acción gravísima, la cual tiene como consecuencia la infamia del condenado; por lo tanto, no se puede recurrir a ella sino cuando falte cualquier otro remedio jurídico; es subsidiaria.

18. Esta idea de intencionalidad antijurídica parece ser la nota que distingue el dolo malo de la culpa. Cuando sin intención consciente y contraria a derecho se causa un daño por inadvertencia puede haber culpa, pero no dolo malo. El dolo es un acto contrario a la buena fe y la culpa va de la mano con la falta de diligencia.

19. El dolo es reprimido en el Derecho Romano mediante la “*Actio de dolo*” la cual es una acción “*ex delicto*” (tenía carácter penal) con matiz civil, al ser protectora del tráfico jurídico. Es la acción judicial (subsidiaria) en ausencia de otra acción legal, para resolver los conflictos entre partes que no pueden ser resueltos mediante otra acción legal. El Pretor autoriza esta acción cuando no hay otra. El *Actio Doli* tiene su origen en las doce Tablas, y se le atribuye a C. Aquilio Galo su creación, según Cicerón, allá por el año 668 cuando Galo ejercía como pretor peregrino de Roma.

Se distinguía por los comentadores el dolo *determinante o grave (dolus causam dans)*, que fue causa propiamente del acto, de modo que, sin él, no se habría llevado a efecto y el dolo *incidental (dolus incidens)*, sin el cual el acto se habría cumplido pero en condiciones mejores. El primero era suficiente motivo para pedir anulación con la acción o la excepción del dolo, la anulación del acto y de sus consecuencias. El segundo permitía solamente conseguir la ejecución justa del negocio o una indemnización. Pero esta distinción no tiene base en las fuentes originarias romanas. Fue producto de su desarrollo por el tiempo, la jurisprudencia y la equidad.

Cuando el dolo es empleado recíprocamente por las partes, ni una ni otra tienen derecho a ejercitar la acción de anulación del contrato. Si fue empleado por un tercero, el acto contractual es válido siempre, la acción se dirige contra este tercero para el resarcimiento de daños, y la excepción también contra la parte que saca provecho, cuando se trate de negocios a título lucrativo.

El dolo de por sí, siempre y cuando no haya causado error esencial, no anula el acto *ipso iure*. Se puede decir que la voluntad, aun cuando esté irregularmente determinada, existe. Pero conviene también tener presente que los remedios contra el dolo fueron creados por el Pretor, el cual no podía sino eliminar indirectamente las normas rigurosas formales y las consecuencias jurídicas reconocidas inocuas, para no ponerse en contradicción abierta con el Derecho Civil, y la justicia. Tales remedios fueron introducidos al final de la República, cuando el incremento del comercio y la disminución de las fides, aumentó el número de los negocios dolosos, mientras que por otra parte la afinación del sentido jurídico tendía a considerar la esencia de las relaciones más que la forma.

El querer intrínseco más que la declaración, y los *bono mores* comenzaban a obtener sanciones jurídicas.

El dolo (malo) hiere de fondo, diríamos que hasta la muerte, ese intercambio de satisfacciones de los contratantes. El dolo es necesario considerarlo en su influencia panorámica y general en el Derecho, pues la tarea de brindar un concepto específico del dolo no es simple.

El dolo (malo) se puede configurar al formarse el contrato, causando vicio en el consentimiento; al cumplir el contrato (con mala fe), causando incumplimiento de contrato, al violentar la obligación contractual.

## 2.2 Derecho mercantil

Para BETTI “La confianza, lealtad, y la buena fe son los principios que en verdad inspiran el equilibrio posible de las expectativas de los contratantes entre sí. Estos principios son la base que condiciona las obligaciones, el cumplimiento, demandas y exigencias de las partes en los contratos; ‘se hallan presentes en la conciencia colectiva que el intérprete debe expresar.’”<sup>20</sup>

La teoría de que el consentimiento libre y voluntario, y sin vicios por error, violencia ni dolo es necesario para la plena eficacia de la voluntad aparece en el derecho luego del siglo diecisiete.

El negocio jurídico romano clásico primitivo no perdía su eficacia por la existencia de un vicio en el consentimiento. Lo que existía era una responsabilidad penal, pero no la nulidad o ineficacia del negocio jurídico, la cual se mantenía. El sujeto activo del dolo o sus here-

20. Citado por PAGÁN RODRÍGUEZ, El dolo, 2003, Véase Publicaciones Colegio de Abogados de Puerto Rico en: <http://www.capr.org/index.php?mod=publications&cmd=article&id=6>

deros podían restituir lo obtenido mediante dolo y eludir la condena. El dolo existe cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de uno de los contratantes es inducido el otro contratante a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho.

El dolo puede ser, o en cuanto a la sustancia de la cosa, o en cuanto a sus accidentes. Serán en cuanto a la sustancia, cuando se substituye una cosa por otra; como plomo por plata. Será en cuanto a los accidentes cuando sólo es en ellos la variación; como si uno compra vino flojo por fuerte. Lo segundo pueden ser el error y dolo *antecedentes*, o *concomitantes*. Serán antecedentes, y que dan causa al contrato, cuando éste no se celebraría, si se advirtiese el engaño. Y concomitantes si del mismo modo se celebraría, aunque se entendiese el vicio de la cosa.

La víctima del dolo tenía disponible la acción por dolo, la cual según indicamos era subsidiaria y la concedía o no el pretor según las circunstancias. Para los romanos, el dolo no destruye la voluntad, la vicia solamente, el Pretor interviene con sus remedios mientras el negocio permanece perfectamente válido. Era el *iure civili*.

Hoy se considera el dolo grave como causa de rescisión y el dolo incidental como fuente de daños y perjuicios. No es fácil, por no decir casi imposible, hacer unas reglas que permitan conocer el dolo (grave) que anula un contrato, o cuándo da lugar a indemnización por daños y perjuicios por ser dolo incidental.

El engaño (dolo) al contraer el contrato puede ser de tres tipos:

1. Engaño que por su intrascendencia y futilidad carece de consecuencia jurídica alguna.
2. Engaño que da lugar a indemnización de daños y perjuicios. Es el que engendra el dolo incidental. Este en-

gaño no da lugar a anular el contrato, solo a conseguir los daños causados.

3. Engaño que produce la anulabilidad del contrato. Es el engaño que engendra el dolo causante o grave. El engaño que de saberse antes no se hubiera efectuado el contratado.

Para que el dolo cause la nulidad del contrato vimos que debe ser grave. Si es incidental, el contrato se mantiene pero se conceden los daños causados. El dolo es causante o grave cuando el contratante no habría contratado si no hubiesen intervenido los engaños del otro; es incidental cuando el contrato se hubiese celebrado con los engaños, pero en mejores condiciones para el contratante perjudicado. Hace falta que ocurra una relación causal entre el engaño y el consentimiento para que la figura del dolo aparezca en el contrato jurídicamente. La apreciación de la existencia del dolo y su gravedad es una cuestión de hechos que se debe dejar adjudicar por arbitrio del juez que va a ver y oír testigos y evaluar la evidencia directamente.

En el Derecho intermedio se protege o tutela el aspecto patrimonial del dolo. Así surgió la excepción de dolo. Excepción que entendemos se debe de legislar para disponer textualmente en los casos que procede su presentación en derecho. El juzgador tendrá un instrumento que le permita evaluar el dolo de manera menos subjetiva, y alguna dirección mayor que permita alguna uniformidad en la adjudicación de justicia.

Si bien es cierto, la legislación mercantil no tiene definición del dolo,<sup>21</sup> no por ello deja de mencionarlo, es así que en el Código de comercio nicaragüense expresa: “Los contratos celebrados por personas a quienes esté prohibido por las leyes el ejercicio del comercio, no producen acción contra el contratante capaz pero confieren a éste derecho para demandar a su elección, la nulidad o el cumplimiento de ellos, a menos de probarse que ha procedido de mala fe” (arto. 12).

Tanto en el Derecho civil como en el mercantil, más que el término dolo, para referirse a esta conducta se utiliza el término mala fe, que vendría a ser lo opuesto a la buena fe, y por lo tanto supone la mala intención y engaño.

### 2.3 Derecho militar

Se conocen antecedentes históricos del Derecho penal militar en los pueblos antiguos como India, Grecia, Persia, entre otros. Sin embargo, es en Roma donde el Derecho penal militar adquiere vida propia y condición de institución jurídica. En la Edad Media, la jurisdicción militar perdió su naturaleza pública, en razón de que el servicio militar en el régimen feudal tuvo una relación de vasallo a señor.

La necesidad de la jurisdicción militar obedece a una exigencia técnica de especialización derivada de la materia atribuida a su competencia y cuya razón de ser se encuentra en la disciplina. La antes referida jurisdicción

21. Cabe aclarar que, si bien es cierto el derecho mercantil es una rama autónoma del Derecho, nunca ha perdido su estrecha relación con el Derecho civil, y siendo que el mismo Código de Comercio lo estipula, cuando exista un pequeño vacío en este cuerpo normativo, lo suplirá el Código Civil.

debe ser armónica con el ordenamiento jurídico del Estado, cuyos principios fundamentales y valores superiores han de informarla.

Para las legislaciones militares el dolo se constituye como una figura novedosa, sin embargo, producto de las reformas penales que sufre toda Latinoamérica, la justicia militar ha elaborado un nuevo Código Penal Militar donde se incorpora expresamente el dolo en su arto. 8 que cita: “Principio de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad. a) La pena sólo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia. Por consiguiente, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado”. Así mismo, el arto. 31 expresa que “son delitos o faltas militares, las acciones u omisiones dolosas o imprudentes, calificadas y penadas por este Código”.

## 2.4 Derecho penal

Tanto las acciones como las omisiones pueden ser dolosas o culposas, y ello repercutirá en la gravedad de la pena a imponer, por lo que la realización de una conducta de homicidio doloso será sancionada con una pena mayor que un homicidio culposo o imprudente. Por ésta razón de carácter práctico es muy importante definir con claridad cuál es el concepto del dolo para poder diferenciarlo de la culpa.

Varios son los conceptos que se han dado sobre el dolo, para WELZEL es “la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito”.<sup>22</sup> En el mismo sentido, CERESO MIR lo concibe como la “conciencia y voluntad de la realización de lo elementos objetivos de un

22. WELZEL, *DPA*, Traducción de BUSTOS RAMÍREZ / YÁNEZ PÉREZ, 1993, pág. 77-79

tipo delictivo”.<sup>23</sup> Por su parte JESCHECK parte del concepto tradicional como “conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal”<sup>24</sup> o bien como expresa LUZÓN PEÑA, “es el conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto”.<sup>25</sup>

En su forma más simple, la doctrina dominante coincide con la caracterización del dolo como saber y querer, con lo cual parecería cerrada y carente de toda actualidad la polémica entre la teoría de la voluntad (*Willens-theorie*) y la de la representación (*Vorstellungstheorie*), sostenida respectivamente por BELING y FRANZ.<sup>26</sup> Se había observado en la teoría de la representación que el elemento intelectual del dolo no puede fundar ningún reproche, porque todas las personas poseen los mismos conocimientos que cualquier homicida.

23. CEREZO MIR, *Lo injusto*, pág. 67

24. JESCHECK, *Tratado*, pág. 376

25. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 405

26. Citados por ZAFFARONI, *DP, PG*, 2001, pág. 496

# Análisis general del tipo penal

## Sección Primera

### Algunas consideraciones generales del tipo y la tipicidad

#### 1. *La tipicidad*

La acción u omisión humana para que pueda ser considerada dentro del ámbito del Derecho Penal, tiene que estar en oposición con la norma penal que prohíba u ordene la realización de una determinada conducta, o sea que dicha acción u omisión debe comprender el ámbito de prohibición establecido por el legislador cuando éste concreta en cada tipo penal una conducta de prohibición.<sup>27</sup> Por lo tanto la acción u omisión debe de ser típica, antijurídica y culpable.

De modo general puede decirse entonces que toda acción u omisión es delito si se adecua a la forma prevista en el tipo penal (tipicidad), si infringe el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad), siempre que no existan obstáculos procesales o punitivos que impidan su penalidad. La tipicidad,

27. Así lo preceptúa el arto. 1 del Pn que establece: “Toda acción u omisión calificada y penada por la ley constituye delito o falta, según su gravedad”. Por su parte el arto. 1 inc. 1 del NCP expresa: “Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su realización”.

antijuricidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción u omisión en delito.

La tipicidad es la adecuación de una acción u omisión cometida, a la descripción que de ellas se hace en la ley penal. Por imperativo del Principio de Legalidad penal, (Art. 34 inciso 11 Cn), en su vertiente del *nullum crimen sine lege* previa, es decir solo las acciones u omisiones tipificados en la ley penal por el legislador como delitos pueden ser considerados como tales.<sup>28</sup>

Ninguna acción u omisión, por antijurídica y culpable que sea puede llegar a constituirse como delito, si al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

De la amplia gama de comportamientos antijurídicos que se dan en la realidad, el legislador selecciona, conforme al principio de intervención mínima, aquellos más intolerables y más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena, describiéndolos en el supuesto de hecho de una norma penal, cumpliendo así con el principio de legalidad penal.<sup>29</sup>

Esto no quiere decir que el legislador tenga que describir con toda exactitud y hasta sus más íntimos detalles los comportamientos que estime deban ser castigados como delito. Ello supondría una exasperación del principio de legalidad que de todos modos, siempre dejaría algún supuesto de hecho fuera de la descripción legal. La diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos delictivos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta como para poder

28. Ver MUÑOZ CONDE,/ GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 281-282.

29. Ver MUÑOZ CONDE,/ GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 282.

englobar en ella todos aquellos comportamientos que tengan unas características esenciales comunes.

### 1.1 Juicio de tipicidad

En la tipicidad se encuentra lo que comúnmente se conoce como *Juicio de Tipicidad*, este es el análisis y valoración que el intérprete hace para determinar si la conducta objeto del examen coincide o no con la descripción típica contenida en la ley. En el campo del juez es la operación mental que verifica, la concordancia entre el comportamiento humano y el supuesto del tipo penal.

### 1.2 Atipicidad

Si la tipicidad es la resultante del juicio de la tipicidad, la atipicidad es el resultante negativo de la operación mental ejecutada por el intérprete cuando la conducta humana no se adecua, no encaja con los caracteres plasmados por el legislador en el tipo penal.

Esto quiere decir que los conceptos de tipicidad y atipicidad son correlativos y dialécticamente necesarios y excluyentes a la vez, pues uno se encuentra en función del otro.

### 1.3 Diferencias entre el tipo y la tipicidad

Siempre es importante remarcar la diferenciación entre el tipo y la tipicidad. Sobre el tipo se puede decir que es esa fórmula textual de representación de acciones<sup>30</sup> que el Estado en su capacidad punitiva utiliza para seleccionar personas que manifiestan una conducta similar a la estipulada; en el caso de la tipicidad podemos entender-

30. ZAFFARONI, *DP, PG*, 2000, pág. 412

la como ese estadio en donde convergen el poder punitivo del Estado que pretende una mayor habilitación de su ejercicio arbitrario, en contraposición al Derecho penal que pretende una mayor limitación racional como lo expone ZAFFARONI.<sup>31</sup>

## 2. *Tipo Penal*

El “tipo”, traducción del término alemán “Tatbestand” (supuesto de hecho) utilizado en 1906 por primera vez en la ciencia penal por BELING, consiste en el concepto de su creador en el supuesto de hecho abstracto previsto y descrito por la ley penal, o, si se quiere, en la descripción legal de todos los elementos del hecho. Por tanto, una acción o conducta será típica si encaja en la definición de la ley penal, o sea si los elementos de esa acción concreta son subsumibles dentro y coinciden con los requisitos del abstracto supuesto de hecho legalmente descrito.<sup>32</sup>

Es una norma penal de naturaleza predominantemente descriptiva, que individualiza la conducta humana; es un elemento del delito que sirve plasmado en el principio de legalidad seleccionando entre las diversas acciones antijurídicas aquellas seleccionadas por la ley penal, que gracias a la definición legal de los diversos elementos de una acción, sirve para distinguir entre una clase de figuras delictivas de otras.

Tipo es, por lo tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.

31. ZAFFARONI, *DP, PG*, 2000, pág. 413.

32. LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 296

Es predominantemente descriptivo, esto quiere decir que el legislador al formular la conducta prohibida realiza descripciones de situaciones materiales utilizando figuras lingüísticas que tienen el mensaje para el usuario, de acciones u omisiones de la vida cotidiana (matar, agredir, ganado, vehículos automotores, etc.) o sea que los humanos podemos percibir mediante los órganos sensoriales.

Sin embargo en otras oportunidades el legislador utiliza términos que nos remiten y se sustentan en los juicios valorativos, generalmente establecidos en el ordenamiento jurídico por ejemplo: agresión ilegítima, matrimonios putativos, imputaciones deshonrosas etc.

## 2.1 Funciones del tipo

- a.- Función **seleccionadora** de los comportamientos humanos penalmente relevantes. De los comportamientos humanos penalmente relevantes, asegura que sólo las conductas seleccionadas y descritas por la ley penal, antijurídicas y culpables pueden ser sancionadas penalmente.
- b.- Función de **garantía**, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente. Esto significa que el tipo penal viene a ser una condensación del principio de legalidad penal, ya que para establecer concretamente la conducta prohibida, está señalando que únicamente al realizar esa conducta es la que va a constituir una infracción delictiva, esto sin analizar el tema de la culpabilidad, o sea que no hay delito sin una ley anterior escrita y estricta.
- c.- Función de **motivación (o determinación)** general de conductas, por cuanto con la descripción de los com-

portamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que con la conminación de una pena contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar conductas prohibidas.

- d.- Función **indiciaria**. Es la formulación de un juicio sobre la antijuridicidad de la acción típica o sea que hay una presunción *iuris tantum* de que la conducta típica es antijurídica a menos que examinada a la luz de las causas justificantes se elimine la antijuridicidad.
- e.- Función **definidora y delimitadora**. Siendo que las conductas prohibidas son diferentes, enfrentando unos con otros y precisando sus características con referencias a los distintos bienes jurídicos y a las distintas dualidades los mismos cumplen una función sistemática clasificadora.
- f.- Función de **llamada de atención**. Esta se da como consecuencia de la función de motivación general de conductas, pues al destacar que una conducta es penalmente relevante, intenta alertar a los ciudadanos para que no incurran en errores de tipo o de prohibición.<sup>33</sup>

## 2.2 Tipo objetivo

La estructura de los tipos puede ser muy diversa, según los elementos que contengan, pero por lo general, tiene una vertiente objetiva (conocida como tipo objetivo) y una vertiente subjetiva (tipo subjetivo).

La parte objetiva está compuesta como mínimo por un sujeto activo, una acción o conducta, e implícitamente

33. Ver LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 296

un bien jurídico que se ve lesionado o puesto en peligro por la acción.

### 2.2.1 Elementos del tipo objetivo

Los elementos objetivos de la conducta típica son aquellas descripciones lingüísticas que hace el legislador en la ley sobre un sujeto, una conducta y, generalmente, un resultado, que los reconocemos a través de nuestros sentidos.<sup>34</sup>

En el tipo objetivo se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica. Así podemos decir que los elementos que integran cualquier tipo penal son:

- a) Acción u omisión típica. MUÑOZ CONDE expresa que en todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano, que constituye el núcleo del tipo, su elemento más importante. La acción viene descrita generalmente con un verbo (“matar”, “causar una lesión”, etc.), que puede indicar una acción positiva o una omisión.<sup>35</sup>

Se debe aclarar, que la acción típica ya no es simplemente una acción humana en general, sino la concreta conducta descrita por el tipo, por ejemplo; amenazar, tomar o apoderarse (en el hurto o el robo), engañar e inducir a error (en la estafa), etc.

- b) Sujeto activo. El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquél que precisamente realiza la acción prohibida u omite la acción esperada. Normalmente en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones im-

34. DIAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 181.

35. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 291.

personales como “el que” o “quien”.<sup>36</sup> En estos casos, sujeto activo puede ser cualquiera (delitos comunes), al margen que después pueda o no ser responsable del delito en cuestión dependiendo de que tenga o no las facultades psíquicas mínimas necesarias para la culpabilidad.<sup>37</sup>

En otras palabras, podemos decir que es quien realiza el tipo,<sup>38</sup> sólo pueden serlo las personas físicas, en general la acción puede ser realizada por cualquiera, pero en algunas ocasiones el tipo exige una serie de cualidades personales, de forma que sólo quien las reúna puede llegar a ser sujeto activo del delito, Ej: no se necesita ninguna cualidad particular para matar, injuriar, estafar, sin embargo se necesitan requisitos personales para cometer delitos peculiares de los funcionarios y empleados públicos, como la prevaricación (art. 371 Pn).

- c) Sujeto pasivo: Es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. Puede serlo una persona física, una persona jurídica, la sociedad y El Estado, Ej: en los delitos contra la vida humana, en una persona jurídica los delitos patrimoniales, delito contra la propiedad industrial; en el Estado: La defensa nacional, delitos relacionados contra la economía, etc.

36. Para ejemplo, citamos el art. 128 Pn que preceptúa: Comete delito de homicidio “el que” priva de la vida a otro y tendrá como pena de 6 a 14 años de presidio.

37. *Cfr.* MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 289-290.

38. Así expresa LUZÓN (*Curso, s/a*, pág. 296) para quien el sujeto activo propiamente dicho es el autor de la conducta típica descrita en el precepto de la parte especial.

El sujeto pasivo, no coincide siempre con la persona del perjudicado o con la persona sobre quien recae la acción (víctima) del delito. Ej: el dependiente que es robado cuando ejecutaba el reparto de la mercancía es la víctima, el dueño del establecimiento es el sujeto pasivo y los clientes que han quedado privados de sus encargos los perjudicados.

Por ello, LUZÓN PEÑA, hace una diferenciación entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo de la acción. El primero, es el titular del bien jurídico protegido. En cambio, el sujeto pasivo de la acción es la persona sobre quien directamente recae la acción, a veces mencionada expresamente en el tipo.<sup>39</sup>

A veces los tipos exigen determinadas cualidades del sujeto pasivo del delito, por ejemplo, de edad en los delitos sexuales (estupro<sup>40</sup>), de sexo, de dignidad, de inferioridad o indefensión, de especial relación recíproca con el sujeto activo en los delitos especiales, etc.

- d) Bien jurídico. La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función protectora eleva a la categoría de delito, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

39. LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 346.

40. "Comete estupro el que tuviere acceso carnal con otra persona, mayor de catorce años y menor de dieciséis, interviniendo engaño". Art. 196 Pn.

Los bienes jurídicos tienen especial importancia para ponderar la gravedad del comportamiento, considerándose los más graves aquellos que afectan a bienes jurídicos individuales (Principio de lesividad) en dependencia de la afectación al sujeto.

El principio de lesividad, es recogido en el NCP que preceptúa: “Solo podrá ser sancionada la conducta que dañe o ponga en peligro de manera significativa un bien jurídico, tutelado por la ley penal”.<sup>41</sup>

El concepto de bien jurídico se utiliza en Derecho penal además, como criterio de clasificación, aglutinando los distintos tipos delictivos en función del bien jurídico protegido en ellos (delitos contra la vida, contra el honor, contra el patrimonio, etc.). Según este criterio de clasificación se distingue entre bienes jurídicos individuales (vida, libertad, honor) y comunitarios (salud pública, seguridad del Estado, orden público). Sin embargo, esta distinción no tiene un valor absoluto ya que tan importante es para el individuo que se respeten los bienes jurídicos que le afectan directamente, como los que afectan al orden social en el que el individuo tiene que vivir y realizarse.<sup>42</sup>

- e) Objeto material y jurídico. Distinto del bien jurídico es el objeto de la acción, que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica.

No hay que confundir, lo que es el objeto de la acción, con el objeto jurídico del delito. En el delito de hurto, el objeto jurídico es la propiedad, mientras que el ob-

41. Arto. 7 NCP.

42. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 293.

jeto material de la acción es el bien mueble –billetera, dinero– apropiado sin la voluntad de su dueño por el sujeto activo.

El objeto jurídico equivale al bien jurídico. Constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos penales. Los bienes jurídicos no aparecen como objeto apreciable del mundo real. Valores ideales –inmateriales– del orden social.

- f) Tiempo, lugar y forma de la acción: la parte objetiva de algunos tipos contiene múltiples circunstancias, de lugar (como el incendio, cuya gravedad varía según el edificio o local en que se encuentre<sup>43</sup>), tiempo (como las detenciones ilegales de mayor o menor duración<sup>44</sup>), modo de ejecución de la acción (el robo con escalamiento de muros, paredes o techos<sup>45</sup>), etc; que acaban de fundamentar, agravar o atenuar el desvalor de ese hecho.<sup>46</sup>

Normalmente resulta fácil establecer el momento temporal y espacial en que se realiza el delito, no obstante surgen problemas con aquellos en los que la acción se produce en un determinado momento, lugar y el resultado en otro distinto. Ej: La bomba que se envía por correo a otra ciudad. En lo que respecta al tiempo es importante para decidir si una ley anterior o posterior al delito, al momento en que debe de referirse a la inimputabilidad del actor (menor de trece años).

43. El delito de incendio se encuentra regulado en el Pn de los artos. 317-324

44. Art. 226 Pn.

45. Art. 268 Pn.

46. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 347.

En lo que respecta a la forma de realizarse el delito se agrava el mismo cuando se realiza subsumiéndose en los tipos agravados como el homicidio por medio de asfixia, etc.

### 2.3 Tipo y antijuricidad

La antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuricidad es un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, de tal manera que lo que es antijurídico en una rama del derecho lo es también para las restantes ramas. Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante, pues en virtud del principio de legalidad penal solo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico penal. MUÑOZ CONDE expresa que la tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo, la antijuricidad del mismo, sino un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (función indiciaria del tipo).<sup>47</sup>

Por su parte, LUZÓN PEÑA señala que en esa concepción inicial el tipo, a diferencia de la antijuricidad, que supone desvaloración de la conducta, es una categoría puramente descriptiva y valorativamente neutra, pues no implica todavía valoración negativa y prohibición de la conducta, y afirmar la tipicidad de una acción, como la de matar, lesionar, privar de libertad o destruir una cosa, no significa más que la constatación de que coincide con la descripción legal de los preceptos del homici-

47. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 283-284.

dio, lesiones, detenciones o daños, pero de momento es un comprobación valorativamente neutra, ya que tal acción puede resultar no antijurídica, y por tanto no desvalorada, por estar cubierta por una causa de justificación<sup>48</sup>. Así pues, tipo y antijuridicidad serían categorías totalmente separadas y distintas.<sup>49</sup>

Sin embargo, la relación entre tipo y antijuridicidad puede ser más o menos estrecha. Generalmente, en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuridicidad. Sin embargo, no siempre se pueden deducir directamente del tipo estas características, y hay que dejar al juez o al intérprete la tarea de buscar las características que faltan. Sucede esto sobre todo en los delitos imprudentes, en los que la acción prohibida tiene que estar establecida por el juez con ayuda del criterio de la “devida diligencia”. O en los delitos de comisión por omisión, en los que el ámbito de la autoría tiene que ser completado con el criterio de la posición de garante. Ello se debe a la dificultad de plasmar legalmente tales características en el tipo legal.

Finalmente, podemos decir, que el tipo y la antijuridicidad son categorías distintas de la Teoría del delito y que el tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero no se puede identificar con ella (*ratio essendi*).<sup>50</sup>

48. Se encuentran en el arto. 28 Pn y 33 NCP.

49. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 296

50. Ver LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 296. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, / GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 1998, pág. 285.

## Sección Segunda

### Tipo subjetivo-el dolo

Para una concepción causalista de la teoría del delito, el dolo es una forma de la culpabilidad, que comprende, además de la voluntad de producir el resultado o el asentimiento ante su eventual producción o la conciencia de la alta probabilidad de que la misma acaezca, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo<sup>51</sup> y el conocimiento de su significación antijurídica. Diferentemente, una concepción finalista de la teoría del delito explica el dolo como elemento subjetivo del tipo, que comprende los mismos elementos acabados de indicar salvo el último de ellos (el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta). Es por ello que actualmente se ha impuesto la concepción de que también hay un tipo subjetivo y que éste se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo. Esta explicación del dolo permite hablar, en el segundo caso, de un dolo valorativamente neutro o natural, mientras que en el primer caso se trata del llamado “dolo malo”.

La parte subjetiva comprende todos los elementos que dotan de significación personal a la realización del hecho, esta significación la proporciona la finalidad, el ánimo, la tendencia que determinó actuar al sujeto activo, en resumen la presencia del dolo, la imprudencia y de otros especiales elementos subjetivos específicos.

En el tipo subjetivo se comprende el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, efectos concomitantes

51. Originalmente fue dominante la opinión de que sólo los elementos objetivos pertenecen al tipo.

y selección de medios). Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar. También admite gradaciones en aquellos supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido y otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista juridicopenal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración.<sup>52</sup> De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre tipo de injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente.

En el conjunto de conductas dañosas de los bienes protegidos penalmente, se diferencian dos clases distintas según el comportamiento del sujeto respecto al bien jurídico y la dirección de su voluntad. En el primero de los casos el autor es consiente plenamente que con su actuar lesiona o pone en peligro bienes jurídicos y de ese modo actúa ya que su voluntad es lesionarlo, a esto se denomina delito doloso. En otro grupo de casos el autor ni busca ni pretende lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce la lesión al bien jurídico, estas conductas se contemplan en los llamados delitos imprudentes.

Así, para el tipo subjetivo, el Derecho penal requiere por lo común el dolo; la punición del actuar imprudente constituye la excepción. Esto se desprende de la prescripción general sobre la redacción de los preceptos penales, a cuyo tenor sólo se castiga la actuación dolosa, mientras

52. MUÑOZ CONDE, / GARCÍA ARÁN, *DP. PG*, 1998, pág. 296

que la imprudente queda impune siempre que no se halle expresamente conminada con pena.

El Pn establecía en su arto. 3 que “Las acciones u omisiones calificadas y penadas por la ley, se reputan voluntarias mientras no se pruebe o resulte lo contrario”. Por su parte, y más específicamente, el nuevo Código penal en su Arto. 22 establece que “cuando este código tipifica una conducta, lo hace a título de dolo, salvo que expresamente establezca la responsabilidad por imprudencia”. Por esta razón todo delito de la parte especial se trata como delito doloso, de todos modos el código permite la lectura tradicional y cuando se refiere a las conductas prohibidas éstas deben de entenderse a título de dolo y no a título de imprudencia, ya que tanto el código derogado como el vigente contemplan la imprudencia por la llamada clasificación de los *números clausus*, es decir, como excepción únicamente.

JESCHECK establece que constituye el punto de referencia del dolo todos los elementos del tipo objetivo, pues los objetos más fácilmente reconocibles por el autor son los del mundo real exterior (persona, animal, edificio, etc.).<sup>53</sup> Por su parte, MAURACH expresa que el dolo es en cierto modo la “imagen refleja” subjetiva del tipo objetivo.<sup>54</sup>

### 1. Definición

El dolo (etimológicamente, engaño), no es de los conceptos primarios del Derecho penal que ha tenido siempre una silueta precisa y determinada. El dolo ha pasado en

53. *Cfr.* JESCHECK, *Tratado*, 1993, pág. 265.

54. *Cfr.* MAURACH, *DP, PG*, 1994, pág. 380.

cambio por varias fases que demuestran las distintas soluciones que ha dado la doctrina a la desesperante labor de sondear en la psiquis del hombre cuando realiza un hecho delictivo.

*La primera fase*, que pudiéramos denominar clásica, sostiene que el *dolo no es más ni menos que la voluntad dirigida a la comisión de un acto delictivo*. Esta doctrina se denomina en Alemania *Willenstheorie* y era la más sostenida entre los tratadistas alemanes, sobre todo por BINDING y HIPPEL y algunos italianos como CARRARA, CARMIGNANI, MANAZINI, etc.

Según la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*.<sup>55</sup> Contenía como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho). La doctrina siguió casi unánimemente hasta el año 1890, en que pudiéramos considerar que comienza la segunda fase.

Esta segunda fase surge porque los autores, con la sola doctrina de la voluntad, no podían concebir diferentes especies de dolo, supuesto que el acto de querer no admite graduaciones intrínsecas (se quiere o no se quiere una cosa determinada). Esto hizo que por un gran sector de la doctrina se abandonase el punto de vista anterior y se adoptase la teoría de la representación. Con arre-

55. Hay que destacar que en la actualidad, gracias al finalismo, se ha dejado atrás a aquel concepto clásico de dolo malo y se prefiere un concepto más restringido de dolo, que se entiende como “dolo natural” o dolo neutro. El dolo natural incluye únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo de injusto y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuricidad). Ver MIR PUIG, DP, PG, 1990, pág. 255.

glo a ésta, el dolo es la representación del resultado en el agente que realiza un acto delictivo. La doctrina de la representación (*Vorstellungstheorie*), tomó gran incremento en Alemania y fue ardientemente defendida por VON LISZT, MAYER y GROSSMAN.<sup>56</sup>

La tercera fase se inicia con la escuela positivista. FERRI sostuvo que, tanto la teoría de la voluntad como la de la representación, son insuficientes, pues el dolo debe ser construido sobre los conceptos de voluntad, intención y fin. Posteriormente, se criticó duramente el rigorismo de la tesis. Como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA,<sup>57</sup> si el móvil es lo predominante del dolo, había que declarar impune a aquel hombre que mató a una niña hermosa sin más fin que evitar su posible corrupción, ya que el móvil era sumamente plausible. Es por esto que, la tesis del móvil o fin no puede en verdad aceptarse de una manera absoluta.

La última fase está caracterizada por la vuelta a los sistemas de la voluntad y la representación en el sentido de tomar conjuntamente las dos direcciones. Esta fase se sostiene por tratadistas como MEZGER y JIMÉNEZ DE ASÚA y en este último sentido puede definirse el dolo diciendo que es *la disposición anímica ante la futura causación de un resultado típico y antijurídico con conocimiento y representación del mismo, que se quiere o ratifica*.

Conforme a las definiciones antes proporcionadas, el dolo se integra con dos elementos: conocer (cognitivo) y querer (volitivo). Pero los problemas aparecen cuando nos preguntamos ¿requiere el dolo que el sujeto activo

56. PUIG PEÑA, *DP, PG*, 1988, pág. 201.

57. *Ibidem*.

conozca la ley?, ¿qué grado de conocimiento se requiere para imputar la comisión de un delito doloso al sujeto activo?, ¿se requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo o sólo los esenciales?, ¿se requiere querer causar el resultado o bastará con querer realizar la conducta peligrosa para el bien jurídico? A estos interrogantes se suma la existencia de las diferentes clases de dolo. Esto ha llevado a un sector de la doctrina a negar la existencia de un solo concepto de dolo dada la dificultad de englobar sus clases.

De ahí que la dogmática moderna aporte nuevas definiciones de dolo. Para SCHROT, es la “asunción de las condiciones constitutivas del injusto”,<sup>58</sup> al paso que PHILLIPS lo concibe como una decisión adoptada en una situación de riesgo.<sup>59</sup>

Por su parte BACIGALUPO, y en algún sentido como respuesta a las anteriores interrogantes, establece que “obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su acción”. Dicho de otra manera: obra con dolo el que conoce la acción que realiza y sus consecuencias. El dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo. De ello se deduce que el dolo no requiere conocimiento de la punibilidad, es decir, no es necesario que el autor haya sabido que la acción que realiza está amenazada con una pena en la ley.<sup>60</sup>

En atención a la teoría de los elementos negativos del tipo LUZÓN PEÑA expresa que, dolo “es el conocimien-

58. Citado por DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 246.

59. *Ibidem*.

60. Ver BACIGALUPO, *DP, PG*, 1999, pág. 320

to y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto”.<sup>61</sup>

El arto. 2 del Pn expresa que “el hecho se considera doloso cuando el resultado se ajusta a la intención”.

## 2. *Ubicación sistemática del dolo*

### 2.1 En la culpabilidad

Al concepto de delito como acción típica, antijurídica y culpable, se le suele considerar el concepto clásico de delito, el cual, según se dijo, comenzó a desarrollarse de forma cuatripartita a comienzos del siglo XIX, y cuyo estudio doctrinario va a ser influenciado más tarde por el positivismo científico.

En el causalismo,<sup>62</sup> el tipo y por ende la tipicidad (acción típica), también tiene un carácter objetivo, pues sólo comprende los elementos externos u objetivos del hecho previsto en la descripción legal (que por lo común son los únicos que aparecen expresados en la norma). De esa manera quedaban fuera del tipo todas las circunstancias subjetivas o internas del delito (por ejemplo el conocimiento, las intenciones, móviles, el descuido, o la actitud interna del sujeto, etc.) las que pertenecían a la culpabilidad (dolo y culpa). Por otra parte la tipicidad tiene un carácter descriptivo y no valorativo, ya que se afirma que el hecho simple de que una conducta esté descrita en la ley penal no implica todavía una valoración negativa ni positiva, sino neutra.

61. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 405.

62. El término causalismo o sistema causalista, es utilizado como sinónimo de sistema clásico.

Es así que con la aparición del sistema clásico, FRANZ VON LISZT concibió al dolo como una “forma de culpabilidad”, es decir, él solo era la culpabilidad misma, y se establecía conforme a la relación anímica subjetiva entre el autor y el resultado. Razones filosófico-políticas llevaron a concebirlo como *dolus malus*, cuyos elementos eran: a) el conocimiento y la voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho); de ahí que BELING considerara que “el dolo significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente”,<sup>63</sup> es decir, quien obra con dolo sabe que está realizando una conducta ilícita y que no está amparado por ninguna causa de justificación.<sup>64</sup>

Luego del sistema clásico, surge el sistema Neoclásico. El tipo ya no es, para la concepción neoclásica, un elemento puramente descriptivo y valorativamente neutro, sino que tiene como mínimo un carácter mixto, pues se reconoce en primer término que comprende en muchos casos elementos normativos, y aunque su función en meramente indiciaria de la antijuridicidad, es admisible que un indicio de desvalor no sea algo puramente neutro. Junto a esta posición se desarrolla otra que concibe al tipo con carácter esencialmente valorativo (es la llamada concepción del tipo como *ratio essendi* de la antijuridicidad, según la cual la tipicidad no es un mero indicio, sino que implica ya la antijuridicidad). Este enfoque mantiene a su vez dos vertientes distintas: la concepción del tipo escrito como tipo desvalorado (Mezger)

63. BELING, *Esquema*, 1944, pág. 73.

64. Cfr. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 236-237.

y la teoría de los elementos negativos del tipo (Frank).<sup>65</sup> El tipo para tales criterios se concibe entonces como tipo de injusto, sin que deba hablarse de acción típica y anti-jurídica, sino de acción típicamente antijurídica. Por otro lado en la concepción neoclásica que estamos examinando, el tipo se sigue concibiendo como categoría predominantemente objetiva, pero no de modo exclusivo, puesto que se descubre que en algunos delitos pueden existir “elementos subjetivos del tipo” que son ánimos o fines específicos, distintos del dolo (por ejemplo el ánimo de lucro en ciertos ilícitos).

En resumen, en el sistema neoclásico, el dolo ya no se concibió como una forma de la culpabilidad, y se redujo tan sólo a uno de sus elementos. Pero tanto en el sistema clásico como en el neoclásico, el dolo se integraba con el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo y con la conciencia de la antijuridicidad de la conducta. De ahí que el sujeto que obraba con dolo era aquel que no sólo sabía que estaba matando, sino que además sabía que su conducta no estaba amparada por ninguna causa de justificación, por lo que obraba con dolo malo.

## 2.2 En el tipo

Uno de los cambios más profundos para la teoría del delito lo produjo la denominada corriente finalista de la acción, especialmente al término de los años cuarenta y hasta la década de los sesenta, pese a que sus inicios pueden remontarse con WELZEL a los años treinta, coincidiendo con los orígenes de la teoría social de acción, y con el auge del Derecho penal de autor.

65. Para mayor información sobre este tema puede consultarse, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso*, pág. 230 y ss.

El finalismo supera los conceptos causalistas anteriores y concibe la acción atendiendo su principal aspecto subjetivo: el contenido de la voluntad, que radica precisamente en su propósito o fin, ya que esto es lo que distingue la conducta humana de los fenómenos naturales. Tal punto de vista implica que como los posteriores elementos del delito (tipicidad y antijuridicidad) van referidos a la acción, tengan que ser calificativos o predicados que afectan no sólo a la parte externa de la conducta, sino también al elemento que fundamenta aquella, es decir, su finalidad. Al principio, en los delitos culposos WELZEL seguía entendiendo que tanto la tipicidad como la antijuridicidad recaían de modo exclusivo sobre la parte externa de la acción (sobre la causación de los resultados desvalorados, ya que la finalidad resultaba jurídicamente irrelevante). Sin embargo luego modificó su posición, para sostener que en tales hechos también es esencial para el injusto típico otro elemento subjetivo de la acción, diferente de la finalidad, que es faltar al deber de cuidado (o el carácter descuidado en la realización del hecho). Es así como tanto el tipo como la antijuridicidad se subjetivizan, dejando de ser elementos predominante o exclusivamente objetivos, para pasar a tener carácter mixto: el tipo se concibe con un aspecto objetivo (que es la manifestación de voluntad en el mundo físico requerida por el tipo) y un aspecto subjetivo (que es el aspecto interno, la voluntad propiamente dicha, manifestada en el dolo); así pues, se estructura la concepción compleja del tipo penal, dejando atrás el tipo simple o unitario que sólo contemplaba el aspecto externo u objetivo. La antijuridicidad igualmente implica un juicio valorativo, aunque se trata de un juicio de contrariedad con la norma objetiva de valoración, sin que suponga todavía

un quebranto a la norma subjetiva de determinación, lo cual se examina en la culpabilidad.<sup>66</sup>

Expresa DIAZ ARANDA que la argumentación filosófica y conceptual por la que el dolo debía ser reubicado sistemáticamente en el tipo y no en la culpabilidad fue ofrecida en todo su contexto por WELZEL a través de la teoría final de la acción. Pero WELZEL no fue el primero, porque previamente algunos partidarios del sistema neoclásico ya se habían pronunciado por dicha reubicación, y ello se deriva precisamente de la aceptación de elementos valorativo-subjetivos, primero en la antijuridicidad y más tarde en el tipo. Entre los autores que ubicaron al dolo en el tipo antes de la aparición del finalismo podemos citar a VON WEBER, WOLF, LANGE, y MAYER.<sup>67</sup>

Para VON WEBER, el dolo debía ser incluido en la acción típica, al paso que para WOLF “el concepto de acción debe recibir su significado de los tipos de autoría; el dolo y la culpa, como formas psíquicas del acto de resolución, son relevantes... para el concepto de acción, no para el de culpabilidad”.<sup>68</sup>

Para la teoría final de la acción, el tipo ya no sólo se conformaba de elementos objetivo-descriptivos y excepcionalmente de elementos subjetivos distintos del dolo, sino que en todos los tipos penales existe un tipo subjetivo, que se conforma por el dolo o, en su caso, por la culpa. En efecto, si la conducta que interesaba analizar al derecho penal es la conducta final, y si ésta sólo se puede identificar atendiendo a la voluntad final del autor sobre

66. LUZÓN PEÑA, *Curso*, pág. 233.

67. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 238.

68. *Idem*.

la realización de resultados típicos, “lo único que distinga el dolo de la finalidad, es la tipificación del resultado a que atiende; intrínsecamente dolo y finalidad coinciden. Y si finalidad pertenece a la acción, como quiera que los tipos configuran acciones, el dolo deberá pertenecer al tipo”. Luego, entonces, para determinar si estamos ante una conducta típica, se debe analizar dicha finalidad; en otras palabras, el dolo que guió la conducta del autor. La conducta dolosa, por tanto, es aquella que está encaminada hacia la provocación de resultados típicos, de ahí la expresión de WELZEL “en el Derecho penal ‘querer’ no significa querer ‘tener’ o querer ‘alcanzar’ (en el sentido de aspirar), sino querer ‘realizar’”.<sup>69</sup>

Por ello, se debe resaltar que el dolo penal tiene dos dimensiones, a saber: “no sólo es la voluntad tendente a la realización del acto, sino también la voluntad que domina dicha razón”, esto último se debe interpretar como la “posibilidad de influir con la conducta final en el resultado típico”. Así, en el conocido supuesto de quien durante una tormenta envía a otro por leños al bosque con la esperanza de que muera carbonizado por un rayo, aconteciendo efectivamente dicho resultado, a diferencia del sistema causalista, que sostenía la tipicidad de la conducta y tenía que llegar hasta la antijuridicidad o la culpabilidad para fundamentar su impunidad, los postuladores del sistema finalista excluían la tipicidad de la conducta por falta de dolo. Es decir, en dicho supuesto se confirmaba el tipo objetivo (causalidad), pero no el elemento subjetivo, pues el dolo requiere, además, de la voluntad de provocar un resultado, la posibilidad fáctica o real de que la conducta dirigida puede alcanzar dicho

69. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 239-240.

fin. En este sentido, queda claro que quien envía a otro al bosque durante la tormenta puede desear la muerte, y aunque ello ocurra no deja de ser una conducta guiada por un deseo, pero no por el dolo típico, pues el autor sabe que enviar a alguien al bosque durante una tormenta tiene una ínfima posibilidad de llegar a causar el resultado muerte por carbonización de un rayo, y si eso se verifica es producto de una pura “casualidad” y no es por la “causalidad” de la conducta,<sup>70</sup> se trata en definitiva de un caso fortuito.

Desde el punto de vista sistemático, al ubicarse el dolo a nivel de tipo no podía incluir la conciencia de la antijuridicidad, cuyo análisis corresponde a la culpabilidad, y no al tipo; de ahí que el contenido del dolo dejaba de ser un *dolus malus* para quedar como un dolo neutro, natural o avalorado, cuyo contenido se conforma con el conocer y querer la realización de una situación objetiva descrita en el tipo, quedando fuera la conciencia de la antijuridicidad; de ahí que se considere que el dolo tiene un contenido avalorado o neutro, pues el sujeto puede conocer y querer los elementos del tipo (conducta prohibida), pero eso no excluye la posibilidad de que ese hecho esté justificado. De ahí que quien priva de la vida a otro sabiendo que su conducta es de homicidio y queriendo

70. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 241. Podemos recurrir al ejemplo del caso del señor Hipólito José Obando Ruiz, de 36 años, que fue fulminado por una fuerte descarga eléctrica producida por un rayo en la zona de Malacatoya, en el municipio de Granada, Nicaragua. El infortunado caminaba para realizar la faena en un plantío de arroz, en el Paso de Panaloya, cuando al parecer el metal de una pala que llevaba sobre el hombro atrajo la energía del rayo en seco (no llovía), que lo arrojó al suelo ya sin vida y carbonizado. Para mayor información, consultar El Nuevo Diario, edición número 9027, del 01 de octubre del 2005.

esa muerte, habrá actuado con dolo típico de matar, pero ese dolo es neutro, porque todavía falta determinar si lo quiso privar de la vida estando amparada su conducta por una causa de justificación, como la legítima defensa, supuesto en el cual quedaría excluida la antijuridicidad de esa conducta dolosa. El dolo, así entendido, implica que el sujeto quiere realizar una conducta prohibida sin haber valorado sobre su antijuridicidad.<sup>71</sup>

Como consecuencia del traslado del dolo y la culpa al tipo, que llevó a algunos autores a acusar al finalismo de “vaciar” la culpabilidad,<sup>72</sup> se produce un replanteamiento de este último elemento, aunque manteniendo la concepción normativa que la señala como reprochabilidad. Dicha corriente la despoja, eso sí, de elementos valorativos neutros (el dolo neutro) y le deja sólo aquellos (como la conciencia del injusto) auténticamente relevantes para el juicio de reproche individual. Tal posición, avalada por un sector mayoritario de la doctrina por ser la más coherente y admisible, supera la idea tradicional del llamado “*dolus malus*” (el denominado dolo culpable, compuesto del conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, además de la conciencia de la antijuridicidad, ya que se concebía como requisito de la culpabili-

71. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 242.

72. Cabe advertir que el contenido de la culpabilidad no queda tampoco reducido con el finalismo “a los elementos primero y último del concepto neoclásico de culpabilidad, o sea, a la imputabilidad y la ausencia de causas de exculpación, sino que Welzel señala que tras la imputabilidad (y antes de la ausencia de causas de exculpación) operan como requisitos de la culpabilidad, la libertad o poder actuar de otro modo - lo que también iba sobreentendido en la concepción normativa neoclásica - y, sobre todo, la conciencia de la antijuridicidad”. LUZÓN PEÑA, *Iniciación*, pág. 38 y 39.

dad plena) y lo sustituye por el concepto de “dolo natural” (ubicado en el tipo de injusto) que podría tener perfectamente un demente, un niño o un indígena que esté en error de prohibición, independientemente de que luego su conducta sea inculpable. El finalismo se inclina por mayoría, entonces, hacia una teoría “estricta de la culpabilidad”, frente a la cual surge la llamada “teoría limitada de la culpabilidad” que viene a ser la necesaria complementación de la teoría de los elementos negativos del tipo, ya referida anteriormente, presentando ambos enfoques distintos en áreas sensibles del último nivel de análisis del delito, en particular en lo que se refiere al error en las causas de justificación (justificación putativa).

### 3. *Contenido*

Los sistemas que ubicaban al dolo en la culpabilidad, como expresamos en el apartado anterior, establecían como estructura o contenido del mismo dos elementos: un elemento intelectual y un elemento volitivo o emocional como fue conocido por algunos.<sup>73</sup> A su vez el elemento intelectual, se encontraba integrado por subelementos, como son: el conocimiento de los hechos relativos a la acción y el conocimiento de la significación de la acción.<sup>74</sup>

Sin embargo, podemos decir que las diferencias entre estas concepciones y otras, más recientes, como las que

73. Ver PUIG PEÑA, *DP, PG*, 1988, pág. 204.

74. Ver RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *DPE*, 1995, pág. 460 y ss. Otros autores prefieren dividir el elemento intelectual en el conocimiento del hecho y conocimiento de la significación del hecho. Ver Puig Peña, *Federico, Derecho penal*, 1988, pág. 204; ARROYO DE LAS HERAS, *Manual*, 1985, pág. 132.; ANTON ONECA, *DP*, 1986, pág. 223.

ubican al dolo en el tipo, que optan por el conocimiento y la voluntad como elementos del dolo, no son sustanciales, por lo que se puede concluir, atendiendo a lo ya antes referido, que son dos los elementos *comunes* conformadores del dolo: cognitivo y volitivo.<sup>75</sup>

### 3.1 Elemento cognitivo

Para DÍAZ ARANDA,<sup>76</sup> es indiscutible que el sustento fundamental del concepto de dolo radica en el elemento cognitivo, pues el conocimiento es el “presupuesto” de la voluntad, siendo que no se puede querer lo que no se conoce; como señala HASSEMER, “no se puede concebir una voluntad vacía de contenido”.<sup>77</sup>

En este mismo sentido ZAFFARONI expresa que “en el dolo la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica: el aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los *actos de acción*, pues éstos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “conocer” es: “averiguar mediante las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas” y “percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él”. Al paso que conocer en el lenguaje coloquial implica grabar en la “conciencia” palabras, con-

75. El arto. 2 del Pn expresa que “El hecho calificado y penado por la ley es punible si además de voluntario y consciente es intencional”.

76. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 247.

77. HASSEMER, *Los elementos*, 1990, pág. 927.

ceptos, conocimientos y experiencias que “inconscientemente” se tienen disponibles en la memoria.

Pero, el gran interrogante es ¿qué debe conocer el autor para poder sostener que obró con dolo?

Inicialmente, el elemento intelectual sólo comprendía “el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal”.<sup>78</sup> Esta es la llamada “conciencia actual”, que consiste en la representación, percepción o pensamiento del agente sobre las “circunstancias” y las “consecuencias” de su actuar. Sin embargo, Beling aclaró que el dolo “no requiere que el autor haya conocido el delito-tipo mismo o sus elementos”. Siendo que los delitos-tipos y sus elementos son figuras jurídicas que requieren un conocimiento especializado, no sólo del texto de la ley, sino también de su interpretación, lo cual es muy difícil no sólo para el ciudadano medio, sino incluso para muchos abogados. Por lo cual, para integrar el elemento cognitivo del dolo no se requiere el conocimiento de la ley.

Por ello, el dolo no requiere del conocimiento del texto, sino solamente se necesita el conocimiento de las “circunstancias del hecho” que contempladas jurídicamente, reproducen la imagen del delito-tipo legal.

De lo hasta aquí señalado se puede decir que la actuación dolosa del sujeto no significa que el sujeto conozca el artículo de la ley donde se describe su conducta como prohibida; para eso necesitaría conocer todas las leyes penales, y eso es prácticamente imposible para un ciudadano común y corriente. Lo único que se requiere es que tenga conocimiento de la situación en la cual está actuan-

78. WELZEL, *DPA*, s/a, pág. 78

do y sepa, por ejemplo que está “agarrando” o “llevándose” una cosa que no le pertenece. Si obra con ese conocimiento se verifica la parte cognitiva del dolo, y será labor del penalista encuadrar ese conocimiento en la descripción de la conducta típica correspondiente.

El conocimiento del dolo abarca los elementos descriptivos y normativos, los cuales pueden ser esenciales o accidentales. En este sentido, el conocimiento de los elementos normativos representa mayores problemas en comparación del conocimiento de los elementos descriptivos. Es más fácil que el hombre medio tenga conocimiento de que está privando de la vida a otro o que está imponiendo una cópula por la fuerza (descriptivos), y es más difícil que sepa si el sujeto al que está ofreciendo dinero tiene calidad de servidor público, o saber que se entiende por falso o por documento; aunque elementos normativos como lo ajenos o lo lascivo son de más fácil comprensión. Al efecto basta con que el sujeto “tenga conocimiento de la especial significación y función que poseen en la vida social los hechos designados con tales conceptos”.<sup>79</sup> Aquí nos enfrentamos a otra duda ¿cuál es el grado de conocimiento exigible para el dolo?

FRANK, a principios del siglo XX señaló que evidentemente el resultado ha de ser pensado realmente, pero que las demás circunstancias sólo han de ser concientes.<sup>80</sup> Frente a él planteó HIPPEL, que el “dolo ha de darse en el momento del hecho; y al dolo pertenece la representación del conjunto de las características del delito. Luego, sin duda, no basta para el dolo que el autor posea los conocimientos, pero no piense en ellos en el momen-

79. *Cfr.* WELZEL, *DPA*, s/a, pág. 90 y ss.

80. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, 1989, pág. 177.

to del hecho, sino que se requiere la representación del conjunto de las características del delito”.<sup>81</sup> Ciertamente FRANK no ahondó en el problema y seguramente no se dio cuenta de él en toda su amplitud; pero también HIPPEL lo desconoció completamente al exigir la representación al momento del hecho (de la ejecución de la acción) de todas las circunstancias del delito. En el momento del hecho quien dispara sobre otro no se representa su edad, su sexo, la nocturnidad, etcétera, sino que su representación está situada respecto a aquellos detalles destinados a lograr dar en el blanco, todo el resto desaparece en ese momento<sup>82</sup>. Como dice PLATZGUMMER “si se quisiera realmente hacer dependiente la aceptación del dolo de que el autor en cada paso “piense” en el conjunto de circunstancias del tipo de delito, tendrían que excluirse a muchos hechos como delitos dolosos”.<sup>83</sup>

Por otro lado debemos decir que el conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no basta que sea potencial, es decir el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiese debido o podido saberlo. Por su parte ZAFFARONI<sup>84</sup> expresa que “el conocimiento siempre es efectivo, es decir, que siempre debe referirse a contenidos efectivos de la conciencia. De allí que de su concepto se excluyan: (a) el llamado conocimiento potencial, que es un no conocimiento, pues es una mera posibilidad de conocimiento; esta posibilidad de conocimiento y de comprensión basta para la culpabilidad, o sea, para formular

81. Ambos autores citados por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, 1989, pág. 177.

82. *Ibidem*.

83. *Ibidem*.

84. ZAFFARONI, *DP, DP*, 2001, pág. 496.

el reproche, pero no para el objeto del mismo (el injusto); (b) el llamado conocimiento inconsciente (que fundaría un querer inconsciente) no es admisible en el dolo, toda vez que la tipicidad abarca conductas manifiestas: no cuenta para el dolo nada que no esté psíquicamente presente en la conciencia como contenido de esta”.

Y es que, ciertamente, el problema del grado y actualidad del conocimiento de las circunstancias del hecho del tipo penal, no es nuevo. Esa misma problemática fue examinada por la doctrina que colocaba el dolo como elemento de la culpabilidad. El conocimiento de los elementos del hecho del tipo penal tiene naturaleza jurídica, pero también un fundamento prejurídico. Ese conocimiento es un caso especial del conocimiento general de las cosas.

Para MEZGER, “es necesaria y suficiente la valoración paralela en la esfera del profano”.<sup>85</sup> En este sentido, por “profano” se debe entender al hombre medio dentro del entorno social y cultural en el cual se desenvuelve el autor del hecho. En palabras de JESCHECK: “debe haber en el pensamiento de la persona individual una estimación del elemento del tipo con igual orientación que la valoración hecha por el legislador”.<sup>86</sup>

Existe discusión en torno al conocimiento de los elementos esenciales y los accidentales para integrar el dolo; algunos autores consideran que ambos son indispensables.<sup>87</sup> Si esto fuera así, la falta de un elemento esencial o accidental excluiría el dolo, y ello no es así, pues sólo la ausencia de un elemento esencial da lugar a la aplica-

85. Así MIR PUIG, *DP, PG*, pág. 241

86. JESCHECK, *Tratado*, pág. 265-266.

87. *Cfr.* GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, 1992, pág. 205.

ción de las reglas del error de tipo, según las cuales si el error es invencible queda impune la conducta, mientras que si el error es vencible, la conducta típica subsiste a título de culpa.<sup>88</sup> En cambio, la falta de elementos accidentales no impide su sanción a título de dolo.<sup>89</sup> Por ello se puede decir que de los elementos cognitivos esenciales depende la existencia del dolo, y en ocasiones hasta del delito mismo, mientras que los elementos secundarios sólo determinan la agravación o la atenuación de la conducta típica.

Por otra parte, el dolo se refiere única y exclusivamente a la “parte externa de la conducta” no abarca el resultado *ex post*, así lo ha puesto de relieve FRISCH<sup>90</sup> al preguntar: ¿cómo podemos constatar un conocimiento *ex ante* de un resultado que se verifica *a posteriori*? Para decirlo en otras palabras: ¿cómo se puede pedir al sujeto que conozca el resultado antes de emprender su acción si será hasta después de realizarla cuando lo sepa?

Debemos decir que la valoración *ex ante* consiste en realizar un ejercicio mental en el cual quien ha de evaluar se debe colocar en el momento previo a la realización de la conducta del autor para tomar en cuenta el fin del autor, su plan, los medios con los que contó; conforme a ello se podrá realizar un pronóstico sustentado en un juicio de probabilidad general sobre el peligro que encerraba esa conducta para el bien jurídico.

La perspectiva *ex post* consiste en la valoración realizada sobre los resultados provocados por una conducta; ya

88. Sobre el error de tipo se ampliará en el capítulo IV del presente escrito monográfico.

89. Cfr. BELING, *Esquema*, 1944, pág. 82.

90. Citado por DÍAZ ARANDA, *Manual*, pág. 250.

no se trata de un pronóstico sobre cuáles podrán ser los resultados de dicha conducta (perspectiva *ex ante*), sino de cuáles fueron realmente esos resultados (*ex post*).

Por ello, cuando el juez conoce del hecho debe colocarse mentalmente en el lugar del autor para establecer un pronóstico sobre las capacidades de autor al momento de realizar la conducta y valorar si actuó teniendo en cuenta el peligro que corría el bien o no lo tuvo en cuenta.<sup>91</sup> Es decir, el dolo no abarca el conocimiento del resultado *ex post*. Lo único que sí sabe el autor al momento de realizar la conducta es la probabilidad que tiene de lesionar el bien jurídico, pero el resultado efectivamente producido sólo se podrá determinar con exactitud hasta después de realizada la conducta.

En conclusión, el sujeto obra con dolo cuando tiene conocimiento del peligro que representa la conducta que va a cometer, y no necesita conocer exactamente el resultado *ex post*, porque no puede saberlo *ex ante*.

### 3.2 Elemento volitivo

Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los demás elementos objetivos del tipo, es necesario además, querer realizarlos.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Si el autor aún no está decidido a realizar el hecho, o sabe que no puede realizarse (la víctima se ha alejado del lugar), no hay dolo, bien porque el autor no quiere todavía, o bien porque no puede querer lo que no está dentro de sus posibilidades.

91. *Cfr.* ROXIN, *DP, PG*, pág. 360.

Para WELZEL, el verbo “querer”<sup>92</sup> es auxiliar, y necesita indefectiblemente de uno principal para tener sentido, y en el Derecho penal se debe interpretar como querer “realizar” el tipo de un delito, y no sólo “querer tener” o “querer alcanzar”.<sup>93</sup> Lo anterior tiene tres rasgos, a saber: un factor de orientación hacia lo inminente; un factor que se refiere a lo que quiere hacer, y un objetivo que tiene ese querer.

BUSTOS RAMÍREZ establece que por mucho que se quiera desposeer al dolo de un carácter psicológico volitivo y se lo plantee desde un punto de vista valorativo social, ciertamente hay que reconocer que presupone siempre al final un factor “psíquico” o “de conducción” que resulta fundamental.<sup>94</sup>

92. No se debe confundir el elemento volitivo, conformado por el querer, con los deseos o móviles del sujeto. En este sentido expresa Antón Oneca que la voluntad no es el mero deseo; no consiste en querer se verifique el resultado, sino en querer causarlo con la acción delictiva. ANTÓN ONECA, *DP*, 1986, pág. 224.

93. WELZEL, *DPA*, pág. 79.

94. Así mismo expresa que “es este aspecto psicológico de conducción o dirección del hecho el que ha sido atacado desde el campo de la psicología y la psiquiatría, en el sentido de que si se exige en muchos casos no se podría hablar de dolo y, por tanto sería un concepto inservible. En especial, se dan como ejemplos los comportamientos del autor por afecto o impulso y las llamadas acciones de cortocircuito. En todos estos casos resulta difícil señalar que el autor “quiso” el proceso que desencadenó, que hubo esa dirección final del hecho”. Citando a Schewe manifiesta que “la raíz de estas discrepancias entre juristas y psiquiatras reside en que ambos ven el problema desde diferente perspectiva. El psiquiatra ve el problema desde el punto de vista interno, del proceso de formación de la voluntad, lo cual para el jurista es analizado en la imputabilidad y en general dentro de la problemática del sujeto responsable, pero no en el problema del aspecto volitivo del dolo. El jurista, en cambio, se refiere a la voluntad expresada, proyectada al exterior, al hecho realizado: el dolo es volun-

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el vocablo “querer” significa “desear o apetecer” | | 2. Tener voluntad o determinación de ejecutar una cosa | | 3. Resolver, determinar | | 4. Pretender, intentar o procurar...”. Como es fácil advertir, el término querer es demasiado amplio y abarca tanto el deseo de conseguir un resultado como la simple resolución de realizar una conducta o, incluso, resignarse a las consecuencias de un acontecer externo.

Así, cabrían varias interpretaciones sobre lo que se debe querer para integrar el dolo; una de esas interpretaciones exigiría querer tanto la conducta como el resultado, por lo cual, en el homicidio doloso no bastaría con el hecho de saber y querer dirigir la conducta hacia la provocación de la muerte de una persona, sino que, además, se requeriría tener ese resultado específico.

Si aceptamos como cierto el planteamiento anterior, entonces negaríamos el dolo de matar del sujeto que entra armado a una institución bancaria con el propósito de robar, y, pese a sus amenazas, los clientes y los empleados no lo toman en serio, ante lo cual opta por matar a uno de los cuentahabientes para someter a los demás a sus deseos. En este supuesto, el homicida sabía el gran peligro de la dirección de su conducta, pero no quería el resultado muerte del cliente, porque lo único que quería es que se sometieran a sus deseos y le entregaran

tad de realización, luego sólo es dolo la voluntad realizada. Lo que interesa destacar entonces en el aspecto volitivo del dolo es la dirección de la voluntad, hacia donde ella se proyecta o cómo proyecta al individuo, y no las cuestiones de cómo se ha tomado la resolución, que es una cuestión a decidir en relación al sujeto responsable y, por tanto, no es un problema del injusto. Cfr. BUS-TOS RAMÍREZ, *Manual*, 1989, pág. 179.

el dinero. ¿Será acorde con un principio de justicia material negar el dolo de matar? Lo anterior deja entrever el problema sobre la determinación de qué se entiende por querer y qué se debe querer para afirmar el dolo.

Para WELZEL, tanto el resultado final como los resultados necesarios y los accesorios, al momento de ser previstos por el autor y aceptados para conseguir su fin, se consideran como abarcados por su intención de voluntad final, y por tanto su comisión es dolosa. Por el contrario, cuando el autor desecha la producción de los resultados accesorios y, sin embargo, éstos se verifican, entonces esos resultados no han sido queridos, porque el autor no ha contado con ellos, y sólo se le puede imputar la comisión de un delito culposo atendiendo a que esos resultados eran evitables de existir un deber de cuidado.<sup>95</sup>

En este caso, si el asaltante tiene que matar a un cuentahabiente para conseguir que le entreguen el botín del banco, entonces ese resultado de muerte queda abarcado en su dolo. En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ señala que el “individuo que lanza la bomba contra el coche del político no desea la muerte del conductor, pero en la medida en que la sabe necesariamente unida a su acción, y a pesar de ello actúa, hay que decir que la quiere, es decir que es intencionalmente causada”.<sup>96</sup>

Pero con los planteamientos anteriores se está negando algo que está muy claro, y es que el asaltante no quiere matar al cuentahabiente, y que el terrorista no tiene la intención de matar al chofer, lo que sí hace es “aceptar”

95. *Cfr.* WELZEL, *El nuevo sistema*, pág. 27 y 69.

96. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pág. 209.

ese resultado como un medio para llegar a su fin, y quiere seguir adelante con su conducta.

Es así, que la conducta dolosa no sólo abarca querer “el resultado típico”, “desearlo”, “perseguirlo”, “aprobarlo” o “consentirlo con agrado”, sino también “aceptarlo”, aunque sea a disgusto. En otras palabras, también obra dolosamente quien quiere llevar adelante la conducta que, estadísticamente y de acuerdo con el pronóstico concreto del autor, probablemente causará un resultado.<sup>97</sup>

Resumiendo, obra dolosamente quien tiene el conocimiento de que se está realizando una conducta prohibida (aspecto cognitivo) y quiere seguir adelante con ella (aspecto volitivo), queriendo, aceptando o previendo como muy posibles los resultados que ésta pueda producir.

El querer del sujeto activo debe concurrir en el momento de realizar el hecho, no importan las representaciones del sujeto antes del suceso (*dolus antecedens*); por ejemplo, si tenía dudas, como tampoco las posteriores (*dolus subsequens*), como sucede con el arrepentimiento.<sup>98</sup>

#### 4. Clases de dolo

La diferencia entre querer y aceptar como necesario o muy probable un resultado nos sirve para hacer una clasificación doctrinal del dolo. Pues de acuerdo con las características del elemento volitivo, el dolo puede presentar distintas intensidades, que representan diferentes formas de manifestación.

En cuanto a estas formas de aparición del dolo, la terminología empleada para designarlas es muy variada. Así,

97. Cfr. MIR PUIG, *DP, PG*, pág. 244 y ss.

98. Cfr. MUÑOZ CONDE, *TGD*, pág. 62.

por ejemplo, hablan unos de intención o propósito, dolo directo y dolo eventual, mientras que otros prefieren referirse a dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. No importan, sin embargo, tanto los términos como el contenido a que responden y a este respecto las diferencias entre unos y otros no son sustanciales.<sup>99</sup>

En resumen, comúnmente, podemos decir, que se distinguen tres formas distintas de dolo: dolo directo de primer grado (*dolus directus*), el dolo indirecto (*dolus direc-*

99. Los clásicos solían distinguir el dolo por su intensidad y duración en dolo de ímpetu o pasional, dolo repentino, dolo con simple deliberación y dolo premeditado. Para Puig Peña, en ninguno de los dos primeros perseveraba la voluntad. En el dolo con simple deliberación hay perseverancia en el querer malvado pero no frialdad de ánimo. Finalmente, en el dolo premeditado, hay ambas cosas, o sea, frialdad de ánimo y perseverancia en la voluntad. Continuaba expresando, que no se puede, en realidad, considerar tantos supuestos; y brindaba su propia clasificación diciendo que “basta apreciar un dolo que pudiéramos llamar normal, otro superior, que es el premeditado, y otro inferior, que es el de ímpetu o pasional. Cfr. PUIG PEÑA, DP, PG, 1988, pág. 206. Con relación al dolo de ímpetu, expresa Quintero Olivares que fue Carrara quien propuso la distinción entre un dolo de “propósito”, que coincidiría esencialmente con el que ahora se conoce como “dolo directo”, y un dolo “de ímpetu”. Así se calificarían aquellos momentos psicológicos guiados por la pasión irreflexiva. Tal especie de dolo, en la práctica, aparece frecuentemente en los delitos de sangre, motivados casi siempre por accesos de ira. Cfr. QUINTERO OLIVARES, DP, 1992, pág. 344. A su vez manifiesta Cuello Calón que además de los antes señalados se encuentran el dolo inicial y el dolo subsiguiente. Así, afirma que el dolo inicial es el que existe antes de la consumación del delito, siendo culpable el agente aun cuando antes de este momento cambie de propósito. El dolo es subsiguiente cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo de delito surge en él la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso. Ver CUELLO CALÓN, DP, 1980, pág. 444.

*tus* de segundo grado) y el dolo eventual (*dolus eventuais*). Las mismas se contraponen a las dos formas de imprudencia, la consciente y la inconsciente.<sup>100</sup> Y es que, precisamente, la clasificación del dolo, a demás de sus múltiples funciones, es sumamente útil para diferenciar lo que conocemos como dolo eventual de la imprudencia consciente, pues como se podrá notar seguidamente la línea que separa un concepto del otro es estrecha.

#### 4.1 Dolo directo o de primer grado

El dolo directo de primer grado es la forma de dolo en que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Supone que el propósito, intención o finalidad que persigue el agente es precisamente la realización de los elementos de un tipo delictivo (en su caso, con un resultado).<sup>101</sup>

En el dolo directo el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad), es decir quiere realizar una acción delictiva, dirige su acción hacia esa meta y la alcanza: el autor quería matar y mata. Es así, que “el dolo directo se puede considerar como sinónimo de la intención o el propósito del autor. Por lo cual, obrará con dolo directo quien quiera realizar una conducta con el objetivo de provocar un resultado específico (*ex ante*), y efectivamente consigue el fin perseguido (*ex post*)”.<sup>102</sup>

De otra manera se puede decir que el dolo directo de primer grado –o, si se prefiere, dolo de propósito– existe cuando el resultado típico (la lesión o puesta en peligro

100. ROXIN, *DP, PG*, 1997, pág. 415.

101. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 413.

102. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 256.

de un bien jurídico) coincide con el objetivo que el sujeto se había propuesto alcanzar mediante su conducta. Característica, pues, del dolo directo de primer grado es que el sujeto dirige su conducta de acuerdo con los objetivos que previamente se ha marcado alcanzar con ella.<sup>103</sup>

Según MIR PUIG, en el dolo directo de primer grado predomina el elemento *voluntativo*.<sup>104</sup> el autor persigue la realización del delito. Por eso se designa también esta clase de dolo como “intención”. En cambio, es indiferente en él: 1) que el autor sepa seguro o estime sólo como posible que se va a producir el delito; 2) que ello sea el único fin que mueve su actuación: el delito puede “perseguirse” sólo como medio para otros fines, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado.<sup>105</sup>

De igual manera, JESCHECK manifiesta que la intención implica que el autor persigue la acción típica, el resultado previsto en el tipo o ambas. De ahí que en la intención predomine el *factor volitivo* del dolo. Por otro

103. *Cfr.* DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO, *DP*, 1986, pág. 128.

104. Manifiesta Creus, quien es partidario de ubicar al dolo en la culpabilidad, que normalmente la decisión volitiva viene acondicionada por un conocimiento cierto de las circunstancias del tipo, pero en no pocos casos la duda sobre la existencia de lagunas de ellas equivaldrá a su conocimiento. CREUS, *DP*, *PG*, 1994, pág. 105.

105. MIR PUIG, *DP*, *PG*, 1990, pág. 260. En este mismo sentido expresa De Toledo y Ubieto, que es indiferente que al momento de la acción tenga el resultado deseado por seguro o, simplemente, por posible. Tampoco es trascendente que el resultado haya sido el motivo fundamentado de su conducta o, tan sólo un objetivo intermedio para las consecuciones de fines ulteriores, por ejemplo el sujeto que mata a su mujer para heredarla. *Cfr.* DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO, *DP*, 1986, pág. 128; *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 414 y 415.

lado, es característico de la misma que el autor ordene su comportamiento según la meta propuesta y actúe con el interés de conseguirla. En cambio, resulta indiferente que considere el resultado como seguro o sólo como posible. Es también indiferente que el resultado sea a la vez el móvil (el motivo) o se trate sólo de una meta intermedia del autor, entendida como medio para el logro de ulteriores objetivos.<sup>106</sup>

Al respecto LUZÓN PEÑA señala que aunque el grado de inseguridad de producción del tipo sea bastante alto: la mayor intensidad de la voluntad constituida por el propósito o finalidad de producir el tipo prevalece sobre la inseguridad de su producción y determina la calificación como dolo directo.<sup>107</sup>

Se puede decir por tanto que los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales (con dolo directo), aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa.<sup>108</sup>

#### 4.2 Dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias

Todo lo que hasta ahora hemos dicho, está pensado en general para el dolo llamado “directo”, que, como ya se sabe, es el dolo en sentido estricto. Pero, como se recordará, cuando nos referimos al elemento cognoscitivo y al volitivo como partes del dolo, señalamos que la holgura con que se formulaban esos elementos permitía construir

106. JESCHECK, *Tratado*, 1988, pág. 266.

107. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 414.

108. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 419 y ss.

también el dolo en casos donde no había pleno conocimiento y volición de todos los elementos del tipo objetivo, desde el acto al resultado en su caso. Es así que, de los distintos modos de conocer y querer surgen los conceptos de “dolo indirecto” y dolo eventual”.

En algunos casos al realizar la acción tendente al resultado se producen otros hechos que aparecen a los ojos del autor y de cualquier observador como necesarios e inevitablemente unidos al principal, ej: Quiere matar a su enemigo mediante una bomba o mina antipersonal y lo hace, causando además la destrucción del inmueble o hiriendo a otras personas que están alrededor, en este ejemplo nos encontramos ante un dolo directo de primer grado respecto al enemigo que se quería matar y dolo de segundo grado respecto a las otras personas, pero ambos son igualmente dolo.

En otras palabras dentro del dolo directo de segundo grado se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se van a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende.

DÍAZ ARANDA expresa que en el dolo indirecto, el sujeto tiene un fin o meta que quiere alcanzar, pero para conseguirlo tendrá que provocar necesariamente otros resultados descritos como conducta típica, y de todas formas decide realizarla; por esta razón, al dolo indirecto también se le denomina dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado.<sup>109</sup>

El dolo indirecto de segundo grado abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es inten-

109. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, Pág. 256.

cionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente.<sup>110</sup>

El dolo directo de segundo grado supone que la intención o propósito que persigue el sujeto no es precisamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo, cuya producción, por tanto, aunque no le guste, también acepta.<sup>111</sup>

Este tipo de dolo representa un “querer” la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias.<sup>112</sup> Al respecto, DE TOLEDO Y UBIETO precisa que en el dolo directo de segundo grado 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 éste apa-

110. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 423.

111. LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 415. Por su parte Cobo del Rosal expresa que puede decirse que en el dolo directo de primer grado, querido es lo que el autor ha perseguido con su acción, mientras que en el de segundo grado, querido es lo que el autor ha aceptado como consecuencia necesaria o inevitable de su conducta. Mezger, citado por COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *DP*, 1987, pág. 447. En este sentido Quintero Olivares manifiesta que el llamado dolo indirecto es referido a la conciencia y voluntad que el autor tiene, no respecto al resultado principal de su plan, sino hacia aquellos otros resultados que deben producirse como medio necesario para alcanzar la meta deseada. Ver QUINTERO OLIVARES, *DP*, 1992, pág. 341.

112. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 424.

reja 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 uno, necesariamente tiene que producir y, por tanto, también querer el otro.<sup>113</sup>

Como ejemplo, tenemos el llamado caso Thomas, citado por toda la doctrina: Alexander Kaith, que se llamaba a sí mismo Thomas, instaló un aparato de relojería en el tonel con dinamita en un hotel de Bremen en el año 1875, en forma tal que en un tiempo determinado se soltase un fuerte perno de acero y golpease la dinamita, produciendo así una terrible explosión. Después de preparar Thomas el aparato de relojería y disponerlo en forma que debería operar luego de ocho días, transportó el tonel hasta el puerto de Bremen. Thomas quería hacerlo expedir en el vapor Mosela el 11 de diciembre de 1875, con la intención de tomar grandes seguros en Inglaterra sobre el tonel, debiendo entonces explotar la máquina infernal entre Southampton y New York, después de lo cual podía cobrar su seguro no cubierto. En el manipuleo del carro al muelle en el puerto de Bremen, delante del Mosela, se deslizó el voluminoso tonel de la mano de los trabajadores y resultó una terrible explosión. Ocho días después de la explosión recién se pudieron determinar las consecuencias de las mismas: cincuenta y nueve muertos reconocidos, veinticuatro desaparecidos y cincuenta heridos.

113. DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *DP*, 1986, pág. 128. A su vez Puig Peña señala que debe también considerarse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionadamente perseguidos por el agente, aparezcan como consecuencia necesaria o muy probable de la acción. PUIG PEÑA, *DP, PG*, 1988, pág. 207.

Un caso de más reciente acontecer fue el ocurrido en España el pasado 11 de marzo del 2004, cuando a primera hora de la mañana, diez mochilas cargadas de explosivos estallaron en cuatro trenes de cercanías en Madrid, causando 191 muertos y alrededor de 2 mil heridos. Tres días después, en las elecciones generales españolas, 11 millones de personas dieron la victoria al Partido Socialista Obrero Español (PSOE) frente al oficialista Partido Popular (PP), de tendencia conservadora. Para los miembros de esta agrupación, el 11-M fue obra de una compleja conjura cuyo único objetivo era torcer el voto de los ciudadanos. Así, en los meses posteriores al atentado dejaron de señalar únicamente a ETA para hablar de una alianza entre los terroristas vascos, los servicios secretos marroquíes, Al Qaeda, adinerados saudíes, delincuentes de Madrid e incluso ex altos cargos del Ministerio del Interior durante la administración socialista de los años ochenta y la primera mitad de los noventa.<sup>114</sup>

A diferencia del dolo directo (de primer grado), en el dolo eventual predomina el elemento intelectual<sup>115</sup> (conocimiento): el autor sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que su actuación dará lugar al delito. Aquí el autor no llega a “perseguir” la comisión del delito, sino que ésta se le presenta como consecuencia necesaria (o prác-

114. Diario La Prensa, edición número 23748, del 11 de marzo del 2005.

115. *Cfr.* MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 260. De la misma manera expresa Jescheck que el dolo indirecto significa que el autor sabe seguro que concurren determinados elementos del tipo o concurrirán durante la acción, y en particular que prevé como cierta la producción del resultado típico. Domina aquí, por lo tanto, el factor intelectual del dolo. JESCHECK, *Tratado*, 1988, pág. 268.

ticamente necesaria). Pero no bastaría un “saber” no actualizado en la conciencia del sujeto: no bastaría un saber olvidado o del que no fuera consciente el sujeto al actuar.<sup>116</sup>

Para LUZÓN PEÑA, la distinción entre el dolo directo de primer grado y de segundo grado generalmente es una pura cuestión conceptual, sin mayor trascendencia práctica, pues en ninguno de ellos, y a diferencia del dolo eventual, se plantean problemas de difícil delimitación con la imprudencia consciente, y además la mayoría de los tipos dolosos de la parte especial, tanto los que requieren el dolo implícitamente como los que exigen expresamente realización consciente o a sabiendas, admiten ambas formas.<sup>117</sup>

### 4.3 Dolo eventual

En el dolo eventual, la lesión del bien jurídico se le presenta al autor como muy probable si se realiza la conducta que se propone.<sup>118</sup>

En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización. El sujeto no quiere el resultado, pero “cuenta con él”, “admite su producción”, “acepta el riesgo”.

Habría dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a sal-

116. *Cfr.* MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 260.

117. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 416.

118. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 257.

vo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado<sup>119</sup>. Como sostiene KÜHL, este evaporado elemento del conocimiento se compensa con el fuerte elemento de la voluntad que es el seguro vínculo entre el fin perseguido y el resultado producido,<sup>120</sup> e incluso quienes postulan un dolo meramente cognoscitivo, por esta razón deben introducir un elemento de voluntad en el concepto. Esta posibilidad considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buena o mala gana el resultado, siendo suficiente que se conforme con él.<sup>121</sup>

Si el agente toma conciencia del posible curso lesivo de su acción porque lo advierte o le informa un tercero, no habrá dolo eventual si confía en que lo puede evitar. Sin embargo, la mera apelación al azar no lo excluye;<sup>122</sup> es decir, la confianza en la evitación debe ser confirmada por datos objetivos: quien dispara peligrosamente sobre la cabeza de la víctima, no puede alegar a favor de su impunidad que esperaba que el resultado no se produjese, porque el mero deseo de que la afectación no ocurra no es un indicio serio para excluir al dolo eventual. Este concepto se aclara por lo general apelando al caso de los llamados mendigos rusos: los mendigos mutilaban niños para excitar la compasión, pero algunos niños

119. No parece que la idea reguladora sea el conformarse con, pues ella remite a consideraciones vinculadas con el ánimo, que puede estar ausente.

120. Citado por ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 500.

121. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 500.

122. Por ejemplo se da en los casos de relaciones sexuales con peligro de contagio.

morían como consecuencia de las mutilaciones. Por supuesto que de haberlo sabido no los hubiesen mutilado, pues muertos no les servían, o sea que ellos no aceptaban el resultado, pero mutilaban pese a que sabían que los niños podían morir, con lo cual aceptaban la posibilidad de producción del resultado.<sup>123</sup>

El dolo eventual se diferencia de las dos clases de dolo directo en que, por una parte, el sujeto no persigue o pretende directamente realizar el hecho típico y, por otra parte, sabe que no es seguro, sino sólo posible –una eventualidad, por tanto–, que con su conducta realice el hecho (en su caso, el resultado) típico.<sup>124</sup>

Se puede decir que la delimitación entre el dolo de segundo grado y el dolo eventual es sencilla: cuando falta la intención y el sujeto no está seguro de si una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, no existe en ningún caso dolo indirecto (de segundo grado), sino a lo sumo un dolo eventual, que habrá que distinguir aún de la imprudencia consciente. A este respecto habrá que admitir que altos grados de probabilidad equivalen a la seguridad<sup>125</sup>. Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia inevitable, en el dolo eventual se le aparece como resultado posible.

Dolo eventual significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella. El contenido del injusto del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo, porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como

123. *Cfr.* ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 500 y 501.

124. LUZÓN PEÑA, *Curso*, pág. 418.

125. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 424.

seguro, sino que se abandona al curso de las cosas. Pertenecen al dolo eventual, de un lado, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo, y de otro, la consideración seria de este peligro por parte del autor. Considerar en serio el peligro quiere decir que el autor calcula como relativamente alto el riesgo de la realización del tipo. De este modo se obtiene la referencia a la magnitud y proximidad del peligro, necesaria para la acreditación del dolo eventual.<sup>126</sup>

Según DIAZ ARANDA, es importante establecer los criterios propios del dolo eventual para poder excluir los supuestos que corresponden a la culpa consciente o con representación, en la cual el autor también prevé como posible el resultado. La trascendencia de lo anterior no sólo radica en la pena, porque se sanciona más gravemente la comisión dolosa que la culposa, sino también en la punibilidad o la impunidad de la conducta.<sup>127</sup>

Debe hacerse notar que en el dolo eventual y en la culpa consciente se parte de una misma idea: “en ninguno se desea el resultado, pero en ambos se reconoce la posibilidad de producirlo”. Esto dificulta su diferenciación.<sup>128</sup>

El dolo eventual constituye, por lo tanto, la frontera entre el dolo y la imprudencia o culpa<sup>129</sup> y dado el diverso

126. JESCHECK, *Tratado*, pág. 268.

127. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 257.

128. Ídem.

129. El término culpa es utilizado por algunos autores como equivalente a imprudencia, sin embargo, la utilización de este vocablo a quedado en desuso y en estos momentos se prefiere utilizar el término imprudencia, incluso en las legislaciones más modernas. Tal es el caso de Nicaragua, en el Proyecto de Código penal (1999), donde se ha reemplazado el término culpa por el de delito imprudente.

tratamiento jurídico de una y otra categoría es necesario distinguirlas con la mayor claridad. Dicho de otra manera; algunas veces quien realiza la conducta sabe que posiblemente o eventualmente se produzca el resultado típico, sin embargo no deja de actuar pese a ello, esta forma de dolo se denomina dolo eventual, pero resulta una categoría de difícil delimitación conceptual con la llamada “imprudencia consciente” que implica una pena menor, y en la que, el autor se representa como posible la realización del tipo pero actúa en la creencia de que ésta no tendría lugar.

#### 4.3.1 Diferencias entre la imprudencia consciente y el dolo eventual

La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente)<sup>130</sup> no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también “una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal”.<sup>131</sup>

La diferencia material que existe entre dolo e imprudencia, se caracterizó señalando que el dolo es “realización del plan”, mientras que la imprudencia consciente

130. Se hace la delimitación de imprudencia consciente, porque existen otras clases de imprudencias que van a ir referidas, de acuerdo al elemento que las distinga, para mencionar algunas, están aquellas que se clasifican por el elemento cognitivo, entre las que tenemos la imprudencia consciente y la imprudencia inconsciente (también llamadas por algunos, imprudencia con representación y sin representación); así existen otras que se clasifican de acuerdo a la gravedad como pueden ser, la imprudencia temeraria o simple, o grave o leve. Para mayor profundidad en el tema, Ver LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 514-522..

131. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 424.

es sólo “negligencia o ligereza”, al respecto, ROXIN establece que es materialmente correcta, porque es la que mejor responde a la considerable diferencia de punibilidad entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Así, continua expresando, que quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente –aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo- en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta “decisión por la posible lesión de bienes jurídico” es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición.<sup>132</sup> Cuando, por ejemplo, alguien a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla general absolutamente general de manera dolosa, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas.

Para ROXIN esta delimitación demuestra, como además se reconoce en general, que la denominación “dolo eventual o condicionado”<sup>133</sup> es incorrecta. Pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisa-

132. *Cfr.* ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 425.

133. Para entender mejor lo que sigue conviene aclarar que en alemán al dolo eventual se le da el nombre de “bedingter Vorsatz”, lo que literalmente significaría “dolo condicionado”; sin embargo, en la tradición española el dolo condicionado es algo diferente al eventual, por lo que, además de por la unánime utilización de la expresión “dolo eventual”, se ha evitado en general esa traducción. *Cfr.* ROXIN, *DP, PG*, pág. 426.

mente 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). Únicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas. Sería por tanto más correcto hablar de un dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente. Si se tiene claro que un dolo condicionado<sup>134</sup> según el uso preciso del lenguaje, en el sentido de una voluntad condicionada, no es aún un dolo jurídicopenalmente relevante en absoluto, pues quien todavía no está decidido, sino sólo “inclinado al hecho”, no actúa dolosamente. Cuando alguien saca una pistola cargada, pero todavía no está seguro de si utilizarla para disparar o sólo para intimidar, no concurre dolo y, por tanto, tampoco una tentativa punible.<sup>135</sup>

Se puede decir que 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<sup>136</sup> en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización

134. Sobre el dolo condicionado o alternativo, se proporciona mayor información en el apartado titulado “Otras clases de dolo”.

135. *Cfr.* ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 426.

136. La delimitación según las parejas conceptuales “tomarse en serio – negligencia o ligereza”, “resignarse a- confiar en” se ha impuesto hoy ampliamente en la doctrina científica, en la que, junto al tomar en serio el resultado y al resignarse a, se mencionan

del tipo.<sup>137</sup> Al respecto debe distinguirse entre la “confianza” y una mera “esperanza”. Quien confía –a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación– en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto “deja que las cosas sigan su curso”.<sup>138</sup>

Es así como se plantea la problemática del dolo eventual, en la cual subyace una pregunta: ¿requiere la constatación del dolo eventual que el sujeto activo quiera o acepte el resultado, o basta con la experiencia *ex ante* de un peligro elevado de lesión para el bien jurídico tutelado? Para responder a estos interrogantes y establecer los criterios para diferenciar las conductas doloso eventuales de las culposas con representación, se han elaborado las llamadas teorías cognitivas y teorías volitivas, de las que nos ocuparemos a continuación.<sup>139</sup>

a menudo también como criterios del dolo eventual el “contar” con el resultado o “conformarse con él”.

137. La imprudencia consciente significa que el autor ha reconocido en verdad el peligro concreto, pero o no lo toma en serio, porque a causa de una infracción del cuidado debido respecto a la estimación del grado de riesgo o de sus propias facultades niega la concreta puesta en peligro del objeto de la acción, o, pese a tomarlo ciertamente en serio, confía, también de modo contrario al deber, en que no se producirá el resultado lesivo. JES-CHECK, Tratado, pág. 271.

138. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 427.

139. Cabe aclarar que las teorías que desarrollaremos en este apartado son las más relevantes en cuanto a la distinción entre dolo e

#### 4.3.1.1 Teorías volitivas

Según estas teorías, el dolo abarca tanto la “conducta” como el “resultado”. El problema radica en saber qué se debe entender por querer el resultado en los supuestos de dolo eventual.<sup>140</sup>

Recordemos que el dolo eventual se caracteriza porque el autor no busca realizar una conducta para provocar la lesión del bien que resulta dañado, pues si lo hiciera estaríamos entonces ante un dolo directo. Tampoco es segura la producción del resultado y, aunque no lo quiere, lo acepta de todas formas, como sucede en los supuestos del dolo indirecto.

Veamos, entonces, cómo se formulan dichas teorías de cara a la voluntad de lesionar el bien jurídico.

##### 4.3.1.1.1 Teoría del consentimiento o de la aceptación

La literatura científica más antigua estaba dominada por la contraposición entre la teoría de la voluntad y la de la representación, la primera de las cuales ponía el acento de la delimitación en los elementos volitivos del dolo eventual, la segunda, en cambio, en los intelectuales.

imprudencia consciente se refiere, pero no son las únicas; existen otras que han tenido menor acogida, aunque no por ello dejan de ser dignas de mención, entre ellas se destacan: la teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación, las fórmulas de FRANK, algunas teorías combinadas, la teoría del riesgo de FRISCH, la no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo de JAKOBS, la teoría del peligro no cubierto o asegurado de HERZBERG, la teoría de la asunción de los elementos constitutivos del injusto de SCHROTH, entre otras. *Cfr.* ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 436-446.

140. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 261.

La teoría volitiva más representativa es la del consentimiento, la cual afirma, en términos generales, que para imputar al sujeto la conducta a título de dolo eventual debe “no sólo representarse la posibilidad de realización del tipo, sino que, además, asiente anteriormente a su realización, es decir, aprueba la producción del resultado o lo acepta”. Al efecto, obra con dolo eventual quien tiene el siguiente razonamiento: “si aquello que parece probable fuera seguro, yo de todas formas lo haría” y conforme a ello realiza su conducta. Por el contrario, si el sujeto desechó esa posibilidad de lesionar el bien y prosiguió con su actuar verificándose dicho resultado, entonces estaremos ante un supuesto de culpa consciente.<sup>141</sup> De esto se deduce que el título de imputación doloso eventual o de culpa consciente se establece conforme a la aceptación o rechazo del resultado que se planteó el sujeto al momento de realizar su conducta sin importar si la probabilidad objetiva de producir el resultado era elevada o mínima.<sup>142</sup>

Manifiesta ROXIN que la expresión más influyente de la teoría de la voluntad fue la teoría de la aprobación o

141. En el mismo sentido establece MIR PUIG que Para la teoría del consentimiento o de la aprobación, lo que distingue el dolo eventual de la culpa consciente es que el autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe. Suele expresarse esta idea acudiendo a un juicio hipotético: si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, ¿la habría realizado igual? Si la respuesta es afirmativa, existe dolo eventual. Por el contrario, hay culpa consciente si el autor sólo lleva a cabo su actividad abrazándose a la posibilidad de que no se produzca el delito, y diciéndose: “si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de actuar”. *Cfr.* MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 262.

142. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 261-262.

del consentimiento. La misma exige para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, que haya estado de acuerdo con él. Si se toma literalmente el criterio de la “aprobación”, se ha exigido que el autor le agrade el resultado, que se alegre de él.<sup>143</sup>

La teoría del consentimiento considera que, como cualquier forma de dolo y por coherencia con las modalidades del dolo directo, el dolo eventual, además del conocimiento de la –eventual– realización de los elementos objetivos del tipo, también requiere un elemento volitivo y que éste precisamente es el que lo diferencia de la imprudencia consciente, en que no se da tal voluntad. Aquí la voluntad es menos intensa, porque el sujeto no desea ni pretende realizar el tipo y tampoco está seguro de si

143. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 430-431. Sobre este supuesto se manifiesta LUZÓN PEÑA expresando que: “Aunque parte de un sector doctrinal utiliza la fórmula “consentir”, de la que viene el nombre de la teoría, otros autores utilizan expresiones similares, tales como “aceptar”, “aprobar”, “asumir”, “conformarse con”, “resignarse con o ante”, “contar con”; e incluso algunos utilizan las fórmulas “contar con” o “tomarse en serio” como forma de voluntad, o incluso de consentimiento o aceptación. Algunos autores denominan también a esta concepción “teoría de la aprobación”. Pero realmente aprobación no es equivalente a consentimiento o aceptación, pues aprobar supone que al sujeto le parece bien la eventual producción del hecho, lo que sería un concepto demasiado restringido del dolo eventual, pues dejaría fuera supuestos en que, aunque le sea indiferente o incluso indeseada, el sujeto consiente o acepta esa eventualidad. Por eso gran parte de este sector rechaza la fórmula de la aprobación y utiliza conceptos neutros como consentir o aceptar, o que incluso dan idea de disgusto, como conformarse o resignarse”. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 419.

se producirá o no; pero, planteándose la eventualidad de que se produzca el hecho típico, consiente en ella.<sup>144</sup>

Para MUÑOZ CONDE, la teoría de la voluntad o del consentimiento atiende al contenido de la voluntad. Para esta teoría no es suficiente con que el autor se plantee el resultado como de probable producción, sino que es preciso que, además, se diga: “aún cuando fuere segura su producción, actuaría. Hay, por el contrario, imprudencia si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.”<sup>145</sup>

Estima ROXIN que si se interpreta de forma estricta la teoría de la aprobación debe ser rechazada. En efecto porque, en primer lugar, cuando el sujeto aprueba directamente la producción de un resultado, la mayoría de las veces concurre ya una “intención (o propósito)”, de modo que esta concepción no deja apenas nada para el dolo eventual. En segundo lugar y sobre todo, esta concepción 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. El que alguien apruebe el resultado por él incluido en los cálculos, lo afronte con indiferencia o incluso lo lamente es importante para la medición de la pena, pero no puede influir en el carácter doloso del hecho. 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 le-

144. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/s, pág. 419.

145. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 302-303.

sión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna.<sup>146</sup>

#### 4.3.1.1.2 Teoría del sentimiento o de la indiferencia

La teoría del sentimiento o de la indiferencia, desarrollada por ENGISCH desde 1930, sostiene que “hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que puedan resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia”, por lo cual se considera que el sujeto muestra su desprecio por la preservación del bien jurídico tutelado por el Derecho penal.

En otras palabras, para esta teoría hay dolo eventual si el sujeto muestra un sentimiento, actitud subjetiva o disposición de ánimo de no importarle, de indiferencia hacia la posible realización típica que se ha representado, mientras que si ello no le es indiferente, sino que le preocupa o disgusta, ya no habrá dolo eventual sino imprudencia consciente.<sup>147</sup>

146. La opinión contraria ha remitido una y otra vez a casos como el de un médico que emprende una operación indicada pese a que considera seriamente posible un desenlace mortal, o el de quien, para salvar a su amigo, dispara sobre el agresor con conciencia clara de que puede alcanzar también al amigo. Se pensaba que, en su caso, sólo se podía negar un homicidio cometido con dolo eventual con la fundamentación de que el sujeto no había aprobado interiormente el resultado. Pero ello es falso, pues si la operación y el disparo eran los únicos medios para salvar de una muerte en otro caso segura, ambas acciones son ya objetivamente conformes a Derecho (ya sea en virtud de consentimiento presunto o estado de necesidad justificante), de modo que la cuestión del dolo ya ni siquiera se plantea. *Cfr.* ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 431.

147. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 424.

Según DÍAZ ARANDA, este criterio no sirve de mucho, pues quien actúa con culpa consciente también actúa con indiferencia, y, por otra parte, si el sujeto actúa sin indiferencia ello no necesariamente conlleva a la exclusión del dolo.<sup>148</sup>

En el mismo sentido LUZÓN expresa que el sentimiento de indiferencia o de que al sujeto no le importa la posible producción del hecho, puede ser frecuentemente un indicio de su aceptación, pero nada más. Como criterio único es inadmisibles, pues el sentimiento no puede sustituir una decisión de voluntad, que es lo que cuenta; por una parte el sentimiento de indiferencia no es incompatible con la imprudencia.<sup>149</sup>

ROXIN expresa que la teoría de la aprobación en su versión más estricta resulta cercana a la teoría de la indiferencia, según la cual hay que apreciar 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 la esperanza de que no se producirán”. Así considera, que hay que darle la razón a esta doctrina en cuanto que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente. Pero no es acertada en su apreciación inversa de que la falta de indiferencia, en el sentido del carácter no deseado del resultado, excluye siempre el dolo. Pues uno no se puede exonerar de las consecuencias de su actuación conscientemente incluidas en el cálculo mediante meras esperanzas en las que ni uno mismo confía. En esta medida es válida la mis-

148. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 266.

149. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 424.

ma objeción que se ha de formular contra la teoría de la aprobación en su versión estricta: lo decisivo es a favor y en contra de qué se decida uno para el caso eventual, y no con qué deseos y esperanzas lo haga.<sup>150</sup>

#### 4.3.1.2 Teorías cognitivas

Las teorías cognitivas ofrecen la posibilidad de constatar o deducir de datos externos la concurrencia del conocimiento del autor sobre la posibilidad de lesionar el bien jurídico como resultado de la conducta que realiza. Por ende, para estas teorías no importa cuál es la actitud interna del sujeto frente al hipotético resultado. Lo anterior tiene como virtud que “no confronta al sujeto con algo que no tuvo en cuenta en el momento de actuar, sino que tiene por cierto algo real”,<sup>151</sup> es decir: lo peligroso del comportamiento desde una perspectiva ex ante sea para el autor mismo o conforme a los criterios nomológicos del hombre medio. Las teorías cognitivas<sup>152</sup> más conocidas son la teoría de la representación y la de la probabilidad.

##### 4.3.1.2.1 Teoría de la representación o de la posibilidad

El polo opuesto a todas las expresiones de la teoría de la voluntad lo constituye la teoría de la representación, que propugna fijarse sólo en momentos intelectivos para determinar el límite del dolo. Su versión radical expresa de que la mera representación de la posibilidad de produc-

150. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 432.

151. GIMBERNAT ORDEIG, citado por DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 266

152. A estas teorías, LUZÓN PEÑA las llama teorías de la representación, que están conformadas por la teoría de la posibilidad y de la probabilidad. Ver Luzón Peña, *Curso*, s/a, pág. 421.

ción del resultado sin ningún elemento volitivo fundamenta ya el dolo eventual. Se desarrolló en la posguerra primero por SCHRÖDER y después se profundizó en ella en múltiples trabajos, especialmente de SCHMIDHÄUSAER. Se apoya sobre todo en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad. Acaba por negar la existencia de una imprudencia consciente en el sentido tradicional.<sup>153</sup>

En otras palabras, expresa DÍAZ PITA, que la teoría de la representación parte del elemento puramente cognitivo, siendo suficiente para confirmar el dolo la mera representación por parte del sujeto de la “posibilidad” de que su acción puede producir el resultado lesivo. Pero, si el sujeto tiene la confianza de que el resultado, a pesar de su acción, no se producirá, ello es equivalente a la negación de su resultado, y excluye al dolo, pero deja subsistente la culpa con representación.<sup>154</sup>

Señala DÍAZ ARANDA que las teorías de contenido puramente intelectual tienen serias dificultades para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, pues en ambos casos el sujeto se representa la posibilidad de provocar el resultado; si no se da esa representación estamos ante un supuesto de culpa inconsciente.<sup>155</sup>

153. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 433.

154. DÍAZ PITA, *El dolo*, 2001, pág. 90.

155. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 265-266. Para ejemplificar la imprudencia o culpa inconsciente, podemos señalar el caso de Isidro Benjamín Rojas, de 47 años, quien atropellara a su nieto, de un año de edad, cuando retrocedía el vehículo familiar para sacarlo del garaje. En este caso se considera imprudencia inconsciente por que no hubo ninguna violación al deber obje-

Por su parte LUZÓN expresa que, según la teoría de la posibilidad ya se da el dolo eventual con la mera representación de la posibilidad de producción del hecho, sin necesidad de elemento volitivo. Pero eso significa que se niega la existencia de imprudencia consiente, pues todas las demás teorías consideran que esa clase de imprudencia se caracteriza precisamente por la conciencia de la posibilidad de realizar el hecho típico, mientras que los partidarios de la teoría de la posibilidad sostienen en efecto que no hay más imprudencia que la inconsciente. Lo que ocurre es que luego parte de sus defensores sostienen que, si el sujeto pese a la representación de la posibilidad confía en que no se produzca el resultado (o hecho), ya no tiene una “verdadera o auténtica representación”, o tiene conciencia de una “posibilidad abstracta”, pero no de la “posibilidad concreta”, y por ello niegan que haya dolo eventual y afirman que hay imprudencia inconsciente.<sup>156</sup>

ROXIN manifiesta que habría que estar de acuerdo con esta concepción si realmente fuera cierto que el sujeto ya incluye en sus cálculos la producción del resultado y se decide en contra del bien jurídico protegido siempre que percibe la posibilidad de la realización de un tipo y a pesar de ello sigue actuando. Pero esto no es así. Quien, pese a que se le hace una advertencia, adelanta de forma arriesgada o tira un cigarrillo encendido, se peca perfectamente de la posibilidad de la lesión de un bien ju-

tivo de cuidado, no lo hubiera podido prevenir; algunos podrían considerarlo, incluso, como un caso fortuito. Para mayor información del caso, consultar El diario La Prensa, edición número 23735, del 26 de febrero del 2005.

156. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 421-422.

rídico, pero confía no obstante en su no producción. La situación de que alguien tenga claramente a la vista una posibilidad, pero (aunque sea por confianza debida a negligencia o ligereza) no cuente seriamente con su realización, es psicológicamente muy frecuente. Sucede en tal caso que “el sujeto echa a un lado la idea de las posibles consecuencias de su hecho y elude una decisión con toma de postura, mediante la suposición, la mayoría de las veces no racionalmente fundamentable, de que todo saldrá bien”; precisamente por eso hay que apreciar sólo imprudencia consciente. La teoría de la posibilidad no implica por tanto una solución materialmente discrepante, sino que aporta sólo otra interpretación y otra terminología.<sup>157</sup>

#### 4.3.1.2.2 Teoría de la probabilidad

La teoría de la probabilidad parte del elemento intelectual del dolo. Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo, el querer el resultado, la teoría de la probabilidad admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, siendo indiferente que admita o no su producción. Si la probabilidad es más lejana o remota, habrá imprudencia consciente o con representación.<sup>158</sup>

Esta teoría fue defendida sobre todo por H. MAYER. Probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad predominante. Cercano a él se sitúa WE-LZEL cuando define el “contar” con el resultado fundamentador del dolo apoyándose en la representación de

157. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 433-434.

158. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 302.

la probabilidad de MAYER. ROSS da un paso más al hacer depender el dolo de “si el sujeto contaba con (consideraba predominantemente probable) que se realizara el tipo del delito”. JOERDEN opina: “el sujeto que se representa producir un peligro concreto para el bien jurídico de que se trata actúa con dolo (eventual)”.<sup>159</sup>

MAYER señalaba: “determinar si el sujeto se representa la realización prohibida del tipo como posible dependerá de si dicho sujeto se la representa como probable o no”.<sup>160</sup> Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG considera que “el dolo eventual se verifica cuando el agente cuenta con la producción o concurrencia del elemento del tipo, cuando ello le parece probable, en cambio, en la culpa consciente el autor confía en que no se dará el elemento típico”.<sup>161</sup>

Para esta teoría lo único decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Aunque las opiniones se dividen a la hora de determinar exactamente el grado de probabilidad que separa al dolo de la culpa. Existe acuerdo en este sector en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de éste reconocida por el autor era muy lejana. No importa la actitud interna del autor— de aprobación, desaprobación o indiferencia —frente al hipotético resultado, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción.<sup>162</sup>

159. Todos citados por ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 435.

160. Citado por DÍAZ PITA, *El dolo*, pág. 96.

161. Citado por DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 268.

162. MIR PUIG, *DP, PG, PG*, 1990, pág. 264.

La teoría de la probabilidad considera que para el dolo eventual no basta con conciencia de la mera posibilidad, que será lo característico de la imprudencia conciente, pero sí basta con la conciencia o representación de la probabilidad, o sea un determinado grado elevado de posibilidades, de producción del hecho típico. En cambio sostiene que no es preciso en absoluto para el dolo eventual el consentir, aceptar o conformarse como elemento volitivo. Dentro de la teoría de la probabilidad –o del peligro– hay divergencias, por una parte, en cuanto al grado de probabilidad que hay que representarse del sujeto, pero, por otra parte y sobre todo, en cuanto a si se mantiene estrictamente el punto de partida o si se introducen modificaciones que acaban acercándola en los resultados a la teoría del consentimiento. En efecto, una teoría estricta de la probabilidad sostiene que si el sujeto cree, no sólo posible, sino muy posible –probable– el hecho o el resultado, hay dolo eventual aunque confíe en que no se produzca, aunque acabe por descartarlo (no aceptarlo). Pero también aquí hay versiones que consideran que si el autor, pese a ser inicialmente conciente de la peligrosidad o la probabilidad, confía en que no se produzca el hecho, no tiene un auténtico “juicio, válido para él”, del peligro o de la probabilidad (JAKOBS), o no se “toma en serio”, no “cuenta con” (WELZEL) la producción del hecho, o no se presenta un riesgo no cubierto o asegurado (HERZBERG), un riesgo intolerable en cuanto no paralizante (BOTTKKE).<sup>163</sup> Por el contrario, las versiones no puras o estrictas de esta teoría, acaban llegando a resultados concordantes con la teoría del consentimiento, por

163. Todos citados por LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 423.

lo menos con su versión restringida de la confianza mínimamente fundada.<sup>164</sup>

Contra la teoría de la probabilidad se afirma que deja sin valorar una parte esencial del dolo: el elemento volitivo y que, por otra parte, no siempre la alta posibilidad de producción de un resultado obliga a imputarlo a título de dolo.<sup>165</sup>

El que el sujeto considere más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indicio esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con ella. Si en el caso del dolo quien actúa ha de representarse “más que una mera posibilidad” o incluso una “probabilidad predominante”, entonces continuar actuando en contra de esa representación supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. Para ROXIN lo discutible es sin embargo que para la seriedad de contar con el resultado sea decisivo siempre un pronóstico puramente intelectual de probabilidad. Ello no es posible ya por el mero hecho de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de probabilidad.<sup>166</sup>

PUPPE ha presentado recientemente una variante de la teoría de la probabilidad. Para la misma dolo es “saber sobre un peligro cualificado”. Según ello, la conducta del sujeto es “expresión de su decisión por el resultado cuando el peligro que el sujeto crea (consiente o pretendidamente) para el bien jurídico es de tal cantidad y calidad que una persona sensata sólo pasaría por él bajo la máxima de que el resultado lesivo debe producirse o

164. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 423.

165. MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 1998, pág. 303.

166. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 435.

al menos puede producirse”. PUPPE considera “sin sentido” una indicación cuantitativa en grados de probabilidad, “por no ser calculable en el caso concreto; pero debe tratarse de un peligro tan grande que la confianza en el desenlace airoso no sería realista ni sensata”.<sup>167</sup>

#### 4.3.1.3 Teorías mixtas o eclécticas

Ante las dificultades de las principales teorías, un sector de la doctrina alemana actual se inclina hacia una postura, en parte ecléctica, que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento voluntativo. Se exige así, por una parte, que el sujeto “tome en serio” la posibilidad del delito y, por otra, que el mismo “se conforme” con dicha posibilidad aunque sea a disgusto.<sup>168</sup>

Y es que ciertamente, son frecuentes los intentos de unir o combinar a las dos principales teorías, del consentimiento y de la probabilidad, mediante fórmulas mixtas o eclécticas, como exigir que el sujeto se tome en serio, de verdad cuente con la posibilidad, sea conciente de la probabilidad de realizar el tipo y se conforme con ella, la acepte. Pero para la mayoría de este sector no se trata de exigir conciencia de la probabilidad, pero además aceptación, pues eso supondría desembocar en la teoría del consentimiento, sino de considerar que, si el sujeto considera realmente probable el hecho, si se lo toma en serio y de verdad cuenta con él, por eso mismo también lo acepta y se conforma con el mismo; y a la inversa, si lo descarta, si confía en que no se produzca, es que no lo

167. Citada por ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 436.

168. MIR PUIG, *DP, PG, PG*, 1990, pág. 264.

concebe como realmente probable, no cuenta con él, no se lo toma en serio.<sup>169</sup>

Sin embargo, considera LUZÓN PEÑA, no siempre es posible la coincidencia de criterios y resultados entre la teoría del consentimiento y de la probabilidad. En primer lugar, aunque este supuesto no se suele destacar por las teorías mixtas, el sujeto puede ser conciente de que no hay probabilidad, sino mera posibilidad no elevada del hecho –y según eso no se lo toma en serio– y sin embargo aceptar, conformarse con su eventual producción; esta posibilidad la reconoce tanto la teoría de la probabilidad en su versión estricta, sosteniendo que no hay dolo, como la teoría del consentimiento, defendiendo que hay dolo eventual (salvo que el sujeto sea consiente de que hay sólo unas posibilidades tan mínimas y remotas que la acción sea inadecuada, en cuyo caso ya se ha visto que no hay auténtico dolo). y en segundo lugar, el sujeto puede considerar probable e incluso muy probable el hecho y sin embargo confiar en su no producción, lo que excluye el dolo para la teoría pura del consentimiento, que para ello se conforma con una confianza aunque sea puramente subjetiva, irracional e infundada, en el fondo con un simple deseo o esperanza de que no se produzca.<sup>170</sup>

Para LUZÓN PEÑA, la concepción correcta es la llamada “teoría restringida del consentimiento o aceptación”. La misma supone que el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento de la eventual producción del hecho, pero que mediante una valoración objetivo-normativa se puede restringir lo

169. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 425.

170. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 425.

que se entiende por aceptación o no aceptación. La restricción más usual e importante consiste en considerar que la aceptación no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho, sino que la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho.<sup>171</sup>

Esa confianza con un mínimo fundamento objetivo requerirá, o que haya ya bastantes posibilidades objetivas, conocidas por el sujeto, de no realización del hecho, o que pese a la peligrosidad pueda hacer algo para intentar evitar tal producción. Pero si se trata de una mera esperanza irracional en la buena suerte, sin saber si hay pocas o muchas posibilidades, más o menos controladas o incontrolables (por ejemplo, si el sujeto no hace la menor comprobación de si el accidentado a quien tendría que socorrer está vivo o muerto), o sin poder influir –él o terceros– algo para intentar contrarrestar la peligrosidad y evitar la producción del hecho (por ejemplo, si el terrorista pone la bomba en un sitio concurrido para causar alarma, pero deseando en el fondo que en el momento de la explosión no alcance a nadie), entonces objetivamente, es decir, desde el punto de vista jurídico y del hombre medio ideal, no se confía, porque no es posible confiar con algo de base, en que no se realice el hecho.<sup>172</sup>

#### 4.4 Otras clases de dolo

Además de las tres formas de dolo que se han estudiado con anterioridad, también se hacen otras clasificaciones en la doctrina. Unas se refieren a las modalidades o pe-

171. *Ibidem*.

172. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 427.

cularidades del objeto sobre el que recae el dolo, es decir, el tipo objetivo. Otras pretendidas clases de dolo hacen referencia a determinadas condiciones con que o en que éste se manifiesta: así se menciona por algún sector el “dolo condicionado” o “voluntad condicionada”, y por otra parte hablan algunos (sobre todo en la doctrina antigua) de “dolo de ímpetu” frente al “dolo premeditado o deliberado”; estas últimas no son auténticas clases de dolo, sino sólo condiciones de alteración o, al contrario, serenidad o incluso frialdad de ánimo y reflexión previa, que pueden dar lugar a atenuantes o a una situación normal. También ha habido quienes han hablado de “dolo indirecto” o “general” o “genérico” para referirse al dolo eventual (y no para mencionar el dolo directo de segundo grado, ni tampoco el *dolus generalis*). Del mismo modo hay quienes utilizan la expresión dolo indeterminado para aludir al “dolo alternativo” o “genérico”. Por último, refiriéndose al ámbito temporal, hoy hay acuerdo en que el dolo ha de ser actual, concurriendo en el momento de realización del tipo objetivo, y siendo en cambio rechazables tanto el *dolus antecedens* – dolo de una conducta inicial o anterior – como el *dolus subsequens* – tras una actuación no dolosa desencadenante del curso causal sigue una omisión de contrarrestarlo, ahora ya con deseo, que algunos llaman dolo, de que se produzca el resultado.

#### 4.4.1 Dolo alternativo

Dado que el dolo se presenta como saber y querer la realización del tipo, siempre ha de referirse a un tipo con-

creto y examinarse por separado para cada uno de ellos. Así, con la producción de un resultado (una bofetada) el sujeto puede realizar dolosamente varios tipos (como injurias y lesiones). Asimismo concurren varias realizaciones típicas dolosas cuando alguien causa diferentes resultados con una acción, aunque sea con distintas formas de dolo. Si alguien se propone romper a pedradas el cristal de la ventana de su vecino y cuenta seriamente también con alcanzar al propio vecino en su habitación, entonces, si se producen estos resultados, se le ha de castigar tanto por daños dolosos como también por lesiones dolosas<sup>173</sup> (con dolo eventual). Si se produce sólo uno de los resultados (por ejemplo, el vecino no es alcanzado), en relación con el resultado no realizado sigue quedando subsistente en su caso punibilidad por una tentativa dolosa. La propia pena se determina en todos estos casos conforme a los principios de la teoría jurídico penal del concurso.<sup>174</sup>

Y es que la peculiaridad del dolo alternativo es que se dirige a la posibilidad alternativa de realizar o un tipo u otro; y ello puede producirse con dolo directo de primer grado (pretendiendo alguno de los tipos, aunque haya inseguridad de si se producirá) o con dolo eventual (el sujeto simplemente acepta, sin buscarla, la eventual producción de cualquiera de los tipos, o de uno de ellos mientras pretende con dolo directo producir el otro).<sup>175</sup>

Plantea LUZÓN PEÑA que esto puede suceder, por una parte, porque el sujeto dude o no sepa con seguridad si se dan unas u otras circunstancias fácticas que determi-

173. Arto. 137-146 Pn y 150-154 NCP.

174. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 455.

175. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 430.

nan una u otra calificación típica; por ejemplo: el sujeto quiere apoderarse de una bolsa que hay en un banco del parque junto a una persona, pero sin saber si es una cosa cuya custodia simplemente olvida o descuida la persona ahí sentada u otra próxima, en cuyo caso habría hurto, o si se trata de una cosa perdida por alguien, en cuyo caso se daría una apropiación indebida.<sup>176</sup>

Por otra parte puede deberse a la duda del autor sobre si alcanzará a un objeto o a otro; por ejemplo, apunta con un rifle a un animal ajeno (dolo directo de daños)<sup>177</sup>, pero acepta la posibilidad de matar a un hombre no lejano (dolo eventual de homicidio), o dispara hacia donde están próximos el animal y el hombre, no buscando precisamente la muerte de ninguno, pero aceptando, lo que le es indiferente, cualquiera de las posibilidades (dolo eventual respecto al homicidio<sup>178</sup> y de los daños). Y también puede deberse a la duda del autor, no respecto del objeto que alcanzará, sino a la clase de daño que puede causarle; por ejemplo, A dispara contra B sabiendo que puede matarlo o lesionarlo, y, o bien acepta cualquiera de las posibilidades sin preferir ni buscar una de ellas (dolo eventual de homicidio y de lesiones), o bien

176. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 430. En el mismo sentido concuerda ROXIN en que una clase de casos se produce cuando existen dudas con relevancia típica sobre el supuesto de hecho. Ante ello expone: “Si alguien le quita la cartera de la chaqueta a la víctima de un accidente que está tendida inconsciente en el borde de la carretera, sin saber si la víctima está inconsciente o muerta, en el primer caso concurriría un hurto, y en el segundo una apropiación indebida; el sujeto cuenta con ambas posibilidades, por tanto posee tanto un dolo como el otro”. *Cfr.* ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 455.

177. Arto. 293-295 Pn

178. Arto. 128 Pn y 138 NCP

pretende lograr una, pero acepta que se pueda producir la otra (dolo directo de lesiones y eventual de homicidio, o a la inversa).<sup>179</sup>

En estos casos, una posición sostiene que el sujeto quiere producir, no dos, sino uno de los delitos, por lo que se debe castigar sólo por un delito (concurso de leyes), según unos por el realizado efectivamente (lo que ya no soluciona los casos en que ninguno de los dos se llegue a producir), y según otros por el más grave. A esta posición se le opone la solución de castigar por cada uno de los tipos alternativos: el realizado como delito consumado, y el no producido como tentativa (acabada), o si ninguno se llega a producir, por dos tentativas.<sup>180</sup>

No obstante, para LUZÓN PEÑA, la solución que parece más correcta propone distinguir: en casos como los vistos procede la calificación del concurso ideal<sup>181</sup> de delitos entre un delito consumado y la tentativa de otro, para no dejar de lado ningún desvalor relevante que no se agota con una sola calificación. Pero en otros casos debe optarse por el concurso de leyes y una única calificación delictiva: por un lado, cuando entre los tipos a los que se refiere el dolo alternativo, se da ya una relación de concurso de leyes y el hecho de que el dolo abarque también la posibilidad del otro tipo no añade ningún desvalor adicional al delito que efectivamente se produzca; y por otro lado, cuando entre el delito consumado y la tentativa del otro tipo planteado como alternativo hay una relación de “consumación”, por consumirse, absorberse o agotarse ya con

179. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 430.

180. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 430-431.

181. El concurso ideal de delitos en Nicaragua, está regulado en el arto. 90 Pn y 84 NCP.

la calificación del delito más grave consumado el desvalor pequeño de la tentativa de otro delito menos grave y que además acompaña frecuentemente al primero (así el homicidio consumado absorbe el desvalor de la simultánea tentativa de lesiones de la misma persona en el caso del disparo con inseguridad sobre la gravedad del daño que le causará a la persona; y lo mismo cabe afirmar del homicidio consumado respecto de la tentativa de daños al animal que estaba próximo).<sup>182</sup>

#### 4.4.2 Dolo de peligro

Frente al denominado dolo de lesión (entendido como el dolo propio de los delitos de lesión), se emplea la expresión dolo de peligro para hacer referencia al dolo propio de los delitos de peligro (en especial, en los de peligro concreto). Las peculiaridades del objeto y estructura de esta clase de dolo vienen determinadas por las de los delitos a que hace referencia.<sup>183</sup>

Como afirma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, este concepto no puede identificarse sin más con el dolo eventual de lesión, pues si bien el dolo de lesionar implica necesariamente el de poner en peligro, no es así a la inversa; puede existir puro dolo de peligro sin dolo eventual de lesionar, en todos aquellos casos en que el autor sea consiente de la peligrosidad de su conducta (en la medida en que venga exigida en el tipo de un delito de peligro abstracto) o de que con su acción pone en concreto peligro un bien jurídico (en los delitos de peligro concreto), sin poder confiar ya –de forma mínimamente fundada o razonable– en la evitación de la peligrosidad o del peligro mismo, pero

182. LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 431.

183. *Idem*.

no acepte la eventual producción de la lesión, sino que confíe con un mínimo fundamento en poder controlar el peligro y en evitar finalmente la lesión.<sup>184</sup>

Por lo demás, aunque conceptualmente se puede diferenciar en la estructura del dolo de peligro un elemento intelectual y otro volitivo, las peculiaridades del concepto de peligro determinan que el segundo sea consecuencia necesaria del primero. Por tanto, puede hablarse de dolo de peligro siempre que un sujeto se representa el peligro y, pese a esa representación, decide seguir actuando. La auténtica conciencia del peligro implica necesariamente su aceptación si, pese a todo, decide actuar. De aquí se deriva, además, la imposibilidad de supuestos de imprudencia consciente en los delitos de peligro.<sup>185</sup>

#### 4.4.3 Voluntad o resolución condicionada

La doctrina alemana, que llama habitualmente al dolo eventual “dolo condicionado”, aun reconociendo parte de la misma que es una denominación impropia (ya que no se pone ninguna condición), habla en cambio de “voluntad condicionada de acción” o incluso de “dolo condicionado en un sentido más preciso del lenguaje” para plantear si la resolución de voluntad sometida a condición es o no un auténtico dolo penalmente relevante. Esta cuestión tiene realmente su importancia en el campo de la tentativa.<sup>186</sup>

Así se distinguen tres supuestos: la indecisión sobre si actuar o no, en la que aún no se ha tomado la resolución

184. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 431-432.

185. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 432.

186. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 432.

de voluntad, ni se tomará salvo que, por ejemplo, se produzca una condición o circunstancia, y por eso no hay resolución dolosa ni tampoco puede haber comienzo de tentativa; la decisión basada en hechos hipotéticos (por ejemplo robar, si se hace preciso, con violencia), caso en el que ya hay resolución dolosa respecto del eventual hecho; y decisión con reserva de desistimiento en caso de que se haga innecesario el hecho punible, supuesto que tampoco excluye la resolución dolosa ya firme aunque, si el sujeto llega a desistir y está aún en fase de tentativa, se plantee si ese desistimiento es o no “voluntario” y si por ello tiene o no eficacia eximente.<sup>187</sup>

Expresa JESCHECK que el estado de indecisión no es todavía dolo, pues para éste es precisa una decisión definitiva de la voluntad. Así, no tiene todavía dolo homicida quien al tomar el arma no sabe si quiere disparar o sólo amenazar. Pero quien se propone el resultado típico con la conciencia del peligro que existe para el objeto de la acción, actúa dolosamente aunque el tipo requiera todavía un hacer ulterior y el autor se halle en este punto aún indeciso (por ejemplo, la apertura de cartas por un funcionario de correos con objeto de averiguar si contienen dinero, constituye una tentativa de apropiación indebida). Quien adopta la decisión de cometer el hecho, pero hace depender su realización de condiciones situadas fuera de su alcance, actúa también con dolo. Así, constituye ya dolo de matar la resolución del marido de dar muerte a la esposa separada si no vuelve a él, y asimismo, la decisión de emplear violencia si fuera necesario llegar a realizar el hecho y la víctima se defendiese. Tampoco ex-

187. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 433.

cluye el dolo la reserva de desistimiento para el caso de que el hecho punible resulte innecesario.<sup>188</sup>

#### 4.4.4 Dolus generalis

Con el concepto de *dolus generalis* se designa desde hace mucho tiempo sucesos en dos actos, en los que el sujeto cree haber producido el resultado con la primera parte de la acción, mientras que en realidad el resultado sólo tiene lugar mediante la segunda parte de la acción, que según la representación del sujeto sólo debería servir para encubrir el hecho ya consumado anteriormente.<sup>189</sup>

De la misma manera lo expresa LUZÓN PEÑA al afirmar que los casos que se conocen bajo la rúbrica “dolus generalis”, consisten en que cuando el autor cree y quiere producir el hecho típico, realmente fracasa y no lo produce, y cuando a consecuencia de esa primera creencia errónea lleva a cabo una segunda conducta es cuando, sin saberlo, está produciendo el hecho típico (causando el resultado si se trata de un delito de resultado). El ejemplo con el que normalmente se opera es el del homicidio: un sujeto, actuando con dolo directo o eventual acuchilla a otro y, creyendo que lo ha matado, decide ocultar el cadáver tirándolo a un pozo, y es entonces cuando el sujeto pasivo, que aún estaba vivo, muere ahogado.<sup>190</sup>

El problema consiste en determinar si hay acciones distintas, con dos dolos diferentes; luego, si hay un homicidio doloso que sólo ha llegado a grado de tentativa, seguido del acto de ocultar a la víctima presuntamente

188. JESCHECK, *Tratado*, pág. 408-409.

189. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 498.

190. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 433.

muerta, en lo que no habría, a lo sumo, más que un homicidio culposo, considera WELZEL.<sup>191</sup>

Una primera solución a esta situación, fue propuesta por VON WEBER en 1825 sosteniendo que es un dolo que abarca todo el hecho y el resultado y por eso se responderá de un único delito doloso, el sujeto quería matar y ha matado<sup>192</sup>. Otra solución, que fue quizás dominante hasta mediados del siglo pasado, propone por el contrario apreciar concurso real del delito doloso – de homicidio – frustrado con delito (de homicidio) imprudente consumado<sup>193</sup>; a no ser que el resultado final fuera excepcionalmente fortuito, en cuyo caso se respondería sólo del delito frustrado. No obstante, desde los años cincuenta se han sostenido frecuentemente posiciones que llevan al mismo resultado de la calificación de *dolus generalis* diciendo que hay una voluntad o dolo inicial que se extiende por el hecho total abarcando el resultado, hay por ello unidad de hecho y unidad de dolo: un dolo global *omnicomprensivo*. En la doctrina alemana (durante la década de los 60 y 70 quizás la posición mayoritaria) consideran estos casos como de error en el curso causal. Se sostiene que el error sobre una desviación inesencial del curso causal es irrelevante y no excluye el dolo, con lo que habrá homicidio doloso.<sup>194</sup>

Para LUZÓN PEÑA, la solución correcta plantea la cuestión de si en estos casos hay o no imputación objetiva del resultado a la acción inicial, que es en la que des-

191. WELZEL, *DPA*, 1993, pág. 89.

192. Citado por LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 433.

193. En este mismo sentido BACIGALUPO, *Lineamientos*, 1978, pág. 55-56.

194. LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 434.

de luego había dolo. Dado que hay distintas resoluciones de voluntad puestas en ejecución por el sujeto, en momentos distintos, a veces con una gran separación temporal (por ejemplo, si el autor tarda varias horas o días en decidirse a ocultar el “cadáver”, que sin saberlo aún sigue vivo), y para colmo con un significado distinto cada resolución y ejecución de la voluntad, desde luego hay pluralidad de acciones y no unidad de acciones o de hecho. Por esos en principio hay dos cadenas causales originadas cada una por una acción; pero sí es cierto que la segunda cadena causal (el enterrar o eliminar a una persona viva) trae su origen de la primera, viene motivada por ella (por la aparente causación de muerte y el error que provoca), por lo cual el resultado está en relación de causalidad – aunque no sea directa – con la primera acción. Esta era dolosa, por lo que, como hemos visto, cabría plantear la posible irrelevancia del desconocimiento de la concreta forma de causación del resultado para hacer responder de éste. Sin embargo, ello olvida que en la parte objetiva del tipo hay que examinar si hay imputación objetiva para que pueda haber un delito doloso consumado. Pues en cualquier caso falla en estos supuestos el criterio de la realización del peligro inherente a la acción base (que implica la acción de acuchillar, disparar, estrangular, etcétera), pues tal acción inicial dolosa precisamente ha fracasado. Por eso no se puede imputar objetivamente el resultado de muerte a la acción inicial dolosa (así ROXIN, CEREZO MIR; en cambio, JESCHECK sostiene que el resultado es objetivamente imputable a la acción inicial), y esta constituye un homicidio frustrado (en tentativa acabada).<sup>195</sup>

195. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 435.

Para ROXIN, la más cercana solución a este caso, resulta de la apreciación de que la decisión entre consumación o tentativa depende de si la determinación de realizar la segunda acción fue tomada de antemano o sólo a raíz del primer acto: “Sólo cuando la resolución de deshacerse de la víctima se toma después de la supuesta muerte hay tentativa de homicidio en concurso real con homicidio imprudente. Por la razón de que quien actúa en el primer acto con ánimo o intención de matar la mayoría de las veces planeará de antemano también el segundo acto, ya que ha de deshacerse del cadáver; en cambio, quien sólo posee dolo eventual respecto de un homicidio en el primer acto y tiene la esperanza de que la víctima sobreviva no se preocupará aún por regla general de lo que habrá de hacer con el cadáver en caso de muerte de la víctima. Pero ambos principios son refutables en el caso concreto, y por tanto induce a error atender al momento de la decisión de deshacerse del cadáver; pues ni la previsibilidad del segundo acto depende en general de si ya estaba planeado en el momento del primer acto, ni el segundo acto se representa como realización del peligro creado por el primer acto únicamente cuando estaba planeado de antemano.”<sup>196</sup>

SCHROEDER pretende apreciar un hecho consumado sólo cuando la primera acción ya habría conducido a la muerte por sí sola: “Por tanto si la víctima estaba ya mortalmente herida, la aceleración de la muerte por un enterramiento o inmersión no puede excluir el dolo; si por el contrario la primera acción no era idónea en concreto para producir el resultado, entonces falta el dolo en el hecho”. Sólo que: idónea en concreto para producir el

196. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 501.

resultado lo es cualquier acción que pone en marcha un curso causal adecuado; sólo puede ser decisivo el dato de si un curso causal previsible sigue estando dentro del plan del hecho.<sup>197</sup>

Otro grupo de casos muy similar a la constelación del *dolus generalis*, a menudo incluso agregado sin más a ella, es aquel en que el sujeto entra durante la ejecución del hecho en un estado de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad en el que produce el resultado. Por ejemplo, el sujeto golpea a la víctima con el martillo con intención de matar de una manera que no resulta al principio mortal y entra por ello en un delirio, a la vista de la sangre, excluyente de la imputabilidad, en el que produce la muerte mediante ulteriores golpes; o ya al sacar el cuchillo con el que quiere apuñalar a la víctima cae en una “amnesia pasional” y la mata en este estado mediante treinta y ocho cuchilladas. Tales casos se distinguen de la situación “clásica” de *dolus generalis* sólo en que el sujeto actúa en la segunda parte de la acción no sin dolo, sino sin culpabilidad.<sup>198</sup> Generalmente, la doctrina observa aquí sólo una desviación inesencial del curso causal y castigan por delito consumado. Pues el advenimiento de la inimputabilidad no escapa en tales casos la mayoría de las veces a la experiencia de la vida y no modifica tampoco el hecho de que sujeto realiza su plan.

#### 4.5 El llamado delito preterintencional

La preterintencionalidad, ha sido un importantísimo concepto penal en especial en aquellas legislaciones que

197. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 502.

198. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 503.

han estado dominadas por el principio de responsabilidad objetiva.<sup>199</sup>

La situación denominada de preterintencionalidad o preterintención (de *praeter intentionem*: más allá de la intención) supone que el sujeto no persigue causar un resultado tan grave como el que produce, y, cuando el cambio de resultado da lugar a un cambio de delito, el autor pretende, tiene la intención de cometer un delito menos grave, que consume o queda en tentativa, y sin embargo produce un delito más grave que no pretendía causar.<sup>200</sup>

ANTÓN ONECA establece que “el delito es preterintencional cuando de la acción u omisión deriva un resultado

199. QUINTERO OLIVARES, *DP, PG*, 1992, pág. 345. En este sentido debemos manifestar que en contraposición al principio de responsabilidad objetiva, se encuentra el principio de responsabilidad subjetiva, que también se puede denominar principio del desvalor (subjetivo) de la acción, que supone dos exigencias: que no puede haber pena sin dolo ni imprudencia, y que, en caso de haber alguna de esas dos formas de desvalor de la acción, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción; por lo cual, como regla general y salvo por alguna excepción justificada por peculiaridades de algún delito, la comisión imprudente de un hecho no se puede penar igual, sino menos que la comisión dolosa. Se trata por consiguiente de una concepción de la responsabilidad penal absolutamente opuesta a la pura responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado. Y es que, como expresa Luzón Peña, el principio de la responsabilidad subjetiva ha sido vulnerado con frecuencia en muchos códigos por contener vestigios de la idea del *versari in re illicita*, formulada por canonistas y juristas medievales, según la cual, si la actuación inicial es ilícita, se responde de todas sus consecuencias aunque sean imprevisibles; en efecto, la formulación completa del principio del “*versari*” era: *versari in re illicita, respondeat etiam pro casu*, o sea, tratándose de una materia, de una actuación ilícita, se responderá incluso del caso fortuito. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 535-536.

200. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 538.

más grave que el querido por el sujeto. La preterintencionalidad ha sido considerada tercer grado de la culpabilidad, o más bien una forma mixta de dolo y culpa”.<sup>201</sup>

Desde el punto de vista de la relación entre los dos tipos objetivos –el pretendido y el no pretendido–, se distingue entre preterintencionalidad homogénea y heterogénea. De preterintencionalidad homogénea se habla cuando el mal pretendido y el más grave producido pertenecen al mismo delito, de magnitud o intensidad graduable (por ejemplo, se quieren directamente lesiones o daños leves y se causan graves). Y la preterintención se clasifica de heterogénea cuando el delito pretendido y el producido son tipos distintos: en primer lugar, cuando el resultado perseguido y el causado, subsumibles en distintos tipos, afectan a bienes jurídicos distintos, pero éstos están íntimamente relacionados, como la salud y la vida, y su menoscabo supone sólo una progresión de intensidad en la misma línea de ataque (así el binomio lesiones con dolo directo / homicidio no querido, lo que abreviadamente se conoce como “homicidio preterintencional”, aunque también se podría considerar como caso de preterintencionalidad homogénea en sentido amplio); y en segundo lugar, y aún más claramente, la preterintencionalidad es heterogénea cuando el tipo perseguido y el producido no guardan relación, por ejemplo, lanzando una piedra se quiere causar daños en un escaparate, pero se lesiona o se mata con el golpe a una persona que estaba tras el cristal.<sup>202</sup>

Así mismo debe distinguirse el delito preterintencional del caso fortuito, pues en ocasiones la producción

201. ANTÓN ONECA, *DP*, 1986, pág. 255.

202. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 538.

del resultado más grave puede ser fortuita, pese a la ilicitud del acto inicial, por ser objetivamente imprevisible o porque, aun siendo una posibilidad previsible, en cualquier caso el peligro no supera el riesgo permitido. Así por ejemplo se produce la muerte como consecuencia de un puñetazo o empujón con las manos, pero con la “mala suerte” de que la víctima cae de espaldas y se fractura la base del cráneo con una piedra, o como consecuencia de unas heridas de arma blanca en una zona poco peligrosa, pero que provocan una hemorragia mortal en una persona que resulta ser hemofílica, etcétera.<sup>203</sup>

El código penal derogado sancionaba el delito preterintencional, al expresar en su artículo 2 que: “El hecho calificado y penado por la ley es punible si además de voluntario y consciente es intencional, preterintencional o culposo, según los casos que la misma ley determina. El hecho se considera... preterintencional cuando excede la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto, pero no deseado ni previamente aceptado por el agente... El resultado, que no se quiso, pero se previó, se considera doloso, el daño que se previó como imposible se le considera imputable al autor”. De este artículo se deduce, que nuestro actual código penal no sólo castiga la preterintencionalidad, sino que también castiga el caso fortuito.

Sin embargo, el nuevo código penal, ha querido subsanar este defecto, al expresar, en su arto. 9, titulado “Principio de responsabilidad subjetiva y culpabilidad”, que “La pena o medida de seguridad sólo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o impruden-

203. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 539.

cia. Por consiguiente, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado”.<sup>204</sup>

Este principio estipula que no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacérsele responsable de él; sino que es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a una imprudencia.

Por ello, a mi juicio, la aparición de esta figura en el texto del NCP, que elimina cualquier vestigio de responsabilidad objetiva o por el resultado, viene a fortalecer la seguridad jurídica al brindar mayor certeza en la resolución de casos penales.

204. De la misma manera lo señala el arto. 8 inciso a) del Código Penal Militar.



# Exclusión del dolo – El error de tipo

### 1. Algunas consideraciones generales sobre el error

Si el aspecto cognitivo del dolo se conforma con el conocimiento de las circunstancias en las que el sujeto realiza su conducta típica; entonces la falsa percepción de alguna de las circunstancias esenciales de esa realidad da lugar al error de tipo.<sup>205</sup>

La percepción errónea puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos de la conducta típica o sobre alguno de los elementos normativos. Recordemos que los primeros son aquellos que se perciben a través de los sentidos, porque se manifiestan en el mundo real, mientras que los elementos normativos sólo se pueden identificar a través de una comprensión intelectual.<sup>206</sup>

Así, quien al ir de caza ve una sombra muy grande similar a la de un oso y dispara privando de la vida a quien en realidad era un ser humano, tuvo una falsa percepción de un elemento objetivo en el momento de realizar su conducta. Por esta razón, el error sobre los elementos

205. En palabras de Von Liszt, un error es esencial “cuando el autor se hubiera abstenido de cometer el acto, si hubiera previsto el curso causal efectivo de los hechos; es decir, cuando su intención no abarca ni siquiera eventualmente el curso efectivo de los acontecimientos. *Cfr.* DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 277.

206. *Cfr.* DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 277.

objetivos se podría identificar más rápidamente si utilizáramos la vieja denominación de error de hecho (error facti), porque el sujeto se equivoca sobre los hechos que sus sentidos perciben; sin embargo, es preferible evitar esa denominación, porque el tipo también se conforma con elementos normativos que requieren de una valoración jurídica imperceptible a través de los sentidos y, en consecuencia, no pueden ser considerados como hechos. De ahí que sea más adecuado acudir a la denominación de error de tipo con el fin de evitar posibles confusiones terminológicas.<sup>207</sup>

Según ROXIN, la valoración que se le puede exigir al sujeto es la del profano o ciudadano medio, capaz de comprender el significado de su conducta en su entorno social. Por ello es que afirmamos que el error sólo puede proceder cuando recae sobre circunstancias esenciales y no accidentales, como sucede en los llamados errores de subsunción, en los cuales el sujeto no tiene muy claro el significado de lo que está haciendo, pero algo le indica

207. A nivel doctrinal se llegó a sostener que la denominación de error de hecho se debía a que el sistema clásico partía de un tipo puramente objetivo, quedando excluidos los elementos normativos. Sin embargo, esto no puede ser así, primero porque las cuestiones subjetivas se analizaban a nivel de culpabilidad, y, por tanto, todo lo relacionado con el error se soluciona en esa categoría del delito, y, por otra parte, los autores que utilizaban el término “error de hecho” resolvían en éste los casos de error sobre algún elemento normativo. Así, Bacigalupo señala que con la denominación “error de hecho” “no sólo se refiere a objetos fácticos sin que puede también vincularse a otros, de naturaleza normativa”. Por otro lado, en la doctrina alemana contemporánea se siguen encontrando trabajos que emplean los términos “error de hecho” y “error de derecho”. Por citar algunos: Kindhauser, Puppe, entre otros. *Cfr.* DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 277.

que no está bien su proceder. Así, quien mata a un perro, realiza una conducta típica de daños en propiedad ajena, y el sujeto no puede argumentar que obró bajo un error porque no creía que el perro era una cosa ajena.<sup>208</sup>

En resumen, podemos decir que si el dolo es conocimiento y voluntad de realizar el tipo, concretamente su parte objetiva, aparte de la ausencia de la voluntad, la otra forma de exclusión del dolo es la ausencia del elemento intelectual o conocimiento de los elementos del tipo. Dicha falta de conocimiento puede consistir en una absoluta ignorancia o bien en un cierto conocimiento, pero erróneo o equivocado de la situación típica; en sentido amplio, en ambos casos puede hablarse de error.<sup>209</sup>

## 2. Concepto

Formular un concepto penal de error no ha sido tarea fácil doctrinariamente. Para su construcción se debe primero diferenciar *error* de *ignorancia*. El error es un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica, mientras que la *ignorancia* es la ausencia total del conocimiento perceptivo o valorativo de algo.

Así equivocación y *desconocimiento* se exponen como conceptos diferentes gramaticalmente, sin embargo tal diferencia no tiene efectos jurídicos-penales distintos; pues resulta intrascendente que una persona lesione un bien jurídico por equivocación (invencible) o porque ignoraba (invenciblemente) que se encontraba frente a un bien jurídico valioso y por ello protegido por el sistema penal.

208. Cfr. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 460-461.

209. LUZÓN PEÑA, *Curso, s/a*, pág. 439.

Como ya antes se ha dicho, el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo. Por eso se llama error de tipo.<sup>210</sup>

El error de tipo, igual que el elemento intelectual del dolo, debe referirse, por tanto, a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) o normativa (ajena, documento). Respecto a estos últimos, basta con que el autor tenga una valoración paralela en la esfera del profano para imputar el conocimiento del elemento normativo a título de dolo.<sup>211</sup>

Entonces podemos decir que el llamado “error de tipo” es el error sobre los elementos del tipo objetivo. Existe dolo cuando se conocen los elementos del tipo objetivo y se quiere su realización; de ahí que si no se conocieron los elementos del tipo objetivo, el autor obró con error o ignorancia sobre algunos de esos elementos, en consecuencia, no sólo falta el conocimiento sino también la voluntad de realizar el tipo.

En esta situación, resulta conveniente acudir al ejemplo que nos proporciona el caso de unos cazadores registrado por la policía de Esquipulas, el pasado 11 de octubre del 2005. Darwin era un niño que acompañaba a ir de cacería a su tío Juan y a otros amigos, entre los que se encontraba Cristian Ortega. Según averiguaciones policiales, Cristian, de 25 años, vio movimiento entre unos matorrales y disparó su escopeta, creyendo que se trataba

210. *Cfr.* MUÑOZ CONDE, *DP*, 1998, pág. 306.

211. *Idem.*

de un venado, pero en realidad era el joven Darwin que yacía muerto tras los impactos de los perdigones.<sup>212</sup>

En este caso, según lo antes abordado, podemos rescatar que Cristian desconoce los elementos del tipo objetivo (sujeto), por tanto ha obrado con error, y por consiguiente no sólo falta el conocimiento sino también la voluntad de realizar el tipo, pues, si hubiese conocido que en los arbustos, en vez de un venado se encontraba Darwin, no hubiera disparado.

Para ZAFFARONI, el error de tipo no es, pues, más que la falta de representación requerida por el dolo, que para nada requiere del conocimiento de la antinormatividad ni de la antijuridicidad, que sólo interesan a los efectos del error de prohibición como exclusión de la culpabilidad.<sup>213</sup>

Y es que durante bastante tiempo la doctrina mayoritaria consideraba que también excluye el dolo el error (ignorancia o equivocación) sobre la antijuridicidad de la conducta, el no saber o no creer que está prohibida y desvalorada; sin embargo, actualmente la doctrina mayoritaria e incluso las legislaciones consideran que este error no excluye el dolo y por tanto debe tratarse de modo diferente al error sobre los elementos del tipo.<sup>214</sup>

Sin embargo, como señala LUZÓN PEÑA, aunque el error de prohibición no excluya el dolo, ni la imprudencia aunque sea invencible, y por tanto no afecte a la parte subjetiva del tipo, sino a la culpabilidad, por razones expositivas y de mejor comprensión en una visión de con-

212. Ver Diario La Prensa, edición 23959, del día 11 de octubre del 2005.

213. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 508.

214. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 439.

junto de ambos errores, parece conveniente plantear los problemas del error de prohibición, aunque advirtiendo que su ubicación sistemática es la del elemento culpabilidad, dentro de cuyo estudio habrá que volver a ocuparse de la conciencia de la antijuridicidad y su reverso, el error de prohibición.<sup>215</sup>

## 2.1 Terminología: error de tipo / error de prohibición y error de hecho / error de derecho

Durante largo tiempo primó en el Derecho penal la división del error surgida en terrenos del derecho civil: el *error de hecho* que recaería sobre las circunstancias fácticas del delito, y el *error de derecho* que recaía sobre las circunstancias valorativas del delito. Esta clasificación, propia de una posición dogmática causalista-naturalista, separaba en el injusto lo objetivo-descriptivo (fáctico) perteneciente a la tipicidad, de lo objetivo-valorativo contenido en la antijuridicidad. El dolo, integrante del nivel de la culpabilidad, podía situarse en relación a un error de hecho, en la medida que el dolo suponía conocimiento de las circunstancias fácticas de la tipicidad, pero también en relación a un error de derecho, en la medida que el dolo implicaba conocimiento de la antijuridicidad (*dolus malus*). Pero sea admitía, en general, únicamente el error de hecho excluyendo el error de derecho en atención al principio romano –aceptado y desarrollada en el Título preliminar del Código Civil nicaragüense en el § XX *ignorantia legis non excusat* o *error iuris nocet* (la ignorancia de la ley no excusa, se presume conocida por todos).

215. Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 439.

Este planteamiento aparentemente claro, de pronto se tornó confuso e inadecuado cuando se llegó al convencimiento de que los elementos normativos del tipo ya implicaban momentos de valoración en la tipicidad. De ahí que posteriormente se acoge en forma predominante la clasificación de error de tipo y error de prohibición, el primero recae sobre las circunstancias del tipo legal y el segundo sobre la antijuridicidad. Desde esta perspectiva, el error de tipo puede afectar tanto circunstancias fácticas del tipo como elementos normativos, pero exclusivamente referido a los aspectos de tipicidad. Por su parte, el error de prohibición puede recaer sobre todos los aspectos de la antijuridicidad, tanto valorativos como fácticos.<sup>216</sup>

En el mismo sentido expresa LUZÓN PEÑA que, pese a que tradicionalmente en Derecho penal, como en otras ramas del Derecho, se hablaba de error de hecho y error de Derecho como categorías en principio diferentes, aunque para algunos deben tener igual tratamiento; en la doctrina moderna se sustituye esa distinción por la de error de tipo y error de prohibición por dos razones: primero, porque, cuando en una descripción legal se contienen elementos normativos del tipo, el error sobre alguno de ellos puede deberse a un error de Derecho (por ejemplo, en el hurto considerar la cosa que se toma como no “aje-

216. Una posición dogmática contraria la constituye la teoría de los elementos negativos del tipo, en ella el error de tipo abarcaría además de los elementos positivos del tipo también los negativos y, por consiguiente, los mismos presupuestos fácticos de las causas de justificación. El tema del error se estudia desde la perspectiva “finalista”, aunque estamos consientes que esa posición dogmática se ha reconsiderado e incluso atacado en otras latitudes, en nuestro ámbito apenas su discurso empieza a escucharse, por lo que la consideramos adecuada como primera aproximación al tema.

na” debido a desconocimiento o falsa interpretación de las normas civiles sobre propiedad) y ser sin embargo ya un error sobre el tipo y no meramente un error sobre la prohibición; segundo, porque a partir del finalismo un sector doctrinal mantiene que el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación, pese a ser un error de hecho, es un error de prohibición, y no un error sobre el tipo excluyente del dolo.<sup>217</sup>

La clasificación del error en error de tipo y error de prohibición es casi pacíficamente sostenida por toda la doctrina, con clara base legal en varios códigos modernos (alemán, austriaco, portugués, español). Para ZAFFARONI el criterio diferencial entre ambas categorías responde a que (a) el error de tipo recae sobre los elementos del tipo objetivo y elimina el dolo en cualquier caso, restando sólo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un error vencible; en tanto que (b) el error de prohibición recae sobre la naturaleza antinormativa y antijurídica de la acción, por lo que se lo puede subclasificar en error de prohibición en sentido estricto (de antinormatividad) y error de permisión (sobre la justificación). En cualquier caso, se trata de errores que por ser invencibles eliminan la culpabilidad del injusto, por lo que, cuando son vencibles, sólo pueden tener el efecto de atenuar el grado de culpabilidad del mismo injusto doloso, pero en ningún caso afectan al dolo, que queda afirmado siempre en el nivel del tipo subjetivo. Por consiguiente, el error que aquí interesa es el del tipo.<sup>218</sup>

217. *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 440.

218. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 508.

### 3. Efectos

Por lo general, no resulta difícil establecer cuándo un elemento pertenece o no a un tipo; sin embargo, algunas veces pueden aparecer confusiones. El error puede recaer sobre un elemento que haga desaparecer la tipicidad, o sobre una circunstancia agravante o atenuante. O bien, como expresa la doctrina, el error de tipo se debe abordar sobre la distinción entre elementos esenciales y accidentales del tipo.<sup>219</sup>

Es tradicional la distinción entre elementos esenciales y elementos incidentales del delito, aunque casi nunca se traza con contornos suficientemente definidos. Cabe decir que elementos esenciales son aquellos cuya ausencia determina la imposibilidad de apreciar tanto el tipo básico o fundamental del delito de que se trate, como cualquier figura típica derivada de aquel (agravada o privilegiada). Accidentales son, en cambio, los que inciden sobre el tipo básico generando un tipo cualificado o atenuado (circunstancias específicas de agravación o atenuación) y aquellos otros que sin dar origen a un tipo distinto aumentan o disminuyen la pena prevista para la realización del tipo al que aparecen referidas (circunstancias genéricas agravantes o atenuantes).<sup>220</sup>

Entre los primeros (esenciales) deben situarse aquellos elementos que, pese a encuadrarse en un tipo cuyo núcleo coincide con el tipo de otro delito, engendran una figura delictiva *sui generis* y no, simplemente, un delito cualificado o privilegiado.

219. Como lo expresa el art. 25 del NCP.

220. DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO, *DP*, 1986, pág. 141.

Así mismo, en cuanto a los elementos esenciales, pueden darse dos aspectos:

- a) Que el error sea **invencible**.
- b) Que el error de tipo sea **vencible**

El error invencible se presenta cuando no se hubiese logrado evitar un determinado resultado ni aún aplicando el deber objetivo y subjetivo de cuidado, por lo tanto se excluye el dolo y la imprudencia en consecuencia independientemente de que se produzca un resultado por el principio de responsabilidad subjetiva dicha acción u omisión es atípica y por lo tanto impune. Ejemplo: Una persona dispara sobre una supuesta liebre que cree oculta bajo una mata, pero lo hace sobre un niño que se encuentra en el lugar en que cree está la liebre. En el art. 25 del nuevo Código Penal nicaragüense se establece el Error de tipo y en su numeral uno *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.*

El error de tipo vencible es aquel que hubiese podido evitarse si se hubiera observado el deber objetivo y subjetivo de cuidado. Se excluye en consecuencia el dolo pero no la imprudencia siempre y cuando se considera por el legislador punible el delito de forma imprudente; en el caso contrario es atípica y por tanto impune. El art. 25 del nuevo Código Penal establece en su numeral uno “Si el error fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

Según ZAFFARONI, el error de tipo será vencible cuando el sujeto, si aplicaba el cuidado debido, podía salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo. En tal supuesto, si existe tipo culposo y se dan los demás requisitos de esa tipicidad, la conducta será típica por imprudencia, pero nunca por dolo. Cuando el agen-

te, aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, la acción no sólo será atípica del tipo doloso sino también de su eventual tipicidad culposa. En síntesis: (a) el error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible); (b) siendo vencible puede haber tipicidad culposa y (c) cuando sea invencible elimina también toda tipicidad culposa.<sup>221</sup>

En el mismo sentido, DIAZ ARANDA expresa que el error de tipo puede ser vencible o invencible. En el primero, el sujeto no habría podido salir de su error ni aunque hubiese puesto su mayor diligencia y atención al actuar. Pero si con un mínimo de atención el sujeto se hubiese podido percatar de su error, entonces estaremos en los terrenos del error de tipo vencible, el cual elimina el dolo pero deja subsistente la culpa.<sup>222</sup>

Y es que el error es una causa que excluye el dolo cuando recae sobre los elementos del tipo objetivo. Pero debe tomarse en cuenta que la exclusión del dolo no implica exclusión total de responsabilidad penal ya que, si el autor ha obrado con error de tipo faltando al deber objetivo de cuidado, su adecuación típica evidentemente no será dolosa pero sí imprudente,<sup>223</sup> siempre que la impruden-

221. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 508-509.

222. *Cfr.* DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 279.

223. Si el error podía haber sido evitado prestando la debida atención o diligencia en la comprobación, ello significa que ha habido imprudencia y la infracción será castigada, en su caso, como “culposa” (Pn derogado 1974) o como “imprudente” (NCP 1999). En el mismo sentido *Cfr.* LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 444; *Cfr.* BACIGALUPO, *Lineamientos*, 1978, pág. 52; MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 269; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, 1988, pág. 221 y ss.; MUÑOZ CONDE, *TGD*, 1984, pág. 61 a 62.

cia aparezca tipificada como tal. Por ejemplo: “A”, que ha salido de cacería, cree ver en la oscuridad del bosque una presa; le dispara y ve que cae; al llegar al lugar observa que se trata del sujeto “B”, que se halla muerto, y a quien había confundido con la presa. En el caso planteado, “A” no tiene voluntad de matar a “B”, ya que su voluntad final está dirigida a un hecho diferente; pero, si es notable y puede establecerse que “A” omitió las comprobaciones del deber objetivo de cuidado, entonces habrá actuado imprudentemente. El establecer en este caso que “A” no ha actuado con dolo, es lo que hace que el tipo objetivo varíe por ese error. Se trata de un error de tipo en el cual falta el conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo; en consecuencia, el error de tipo objetivo excluirá el dolo, aunque deja subsistente la responsabilidad imprudente, cuando aquél no fuere invencible, es decir, cuando no se hubieren tomado todas las medidas necesarias para evitar un resultado comisito. Las circunstancias que aquí hemos enunciado como error de tipo no estén reguladas en el Pn, pero sí en el nuevo Código Penal en el arto. 25.<sup>224</sup>

224. Artículo 25. “Error de tipo. 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuere vencible, la infracción será castigada, en su caso, como delito imprudente. 2. El error sobre un hecho que califique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la apreciación de la circunstancia calificadora o agravante”. Todo lo contrario se evidencia en el art. 5 del Pn que expresa “El que ejecutare el hecho punible será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señala, aunque varíe el mal que se propuso causar o recaiga sobre persona distinta de aquella quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias no conocidas por el delincuente que agravarían su responsabilidad, pero sí aquellas que la atenúan”. Esta disposición es expresión natural de un código,

Para todo lo anterior, como siempre que se trata de decidir si hay o no imprudencia, ha de acudirse al criterio de si el error es vencible o evitable, atendiendo a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste.<sup>225</sup>

Podemos decir entonces que excluido en todo caso el dolo, los efectos varían según que el error sea vencible (evitable) o invencible (inevitable).

#### *4. Modalidades especiales del error de tipo*

##### **4.1 Error sobre los elementos normativos del tipo**

La principal trascendencia de la distinción entre elementos descriptivos y elementos normativos del tipo se produce precisamente en materia de error, pues para el conocimiento de los elementos descriptivos basta normalmente con la percepción sensorial o el entendimiento lógico de las circunstancias de los mismos, mientras que para el conocimiento de la concurrencia de los elementos normativos es precisa, además de la percepción de las circunstancias o sustrato fáctico, la comprensión de su sentido o significado conforme a normas que lo definen. Pese a todo la doctrina mayoritaria entiende que para el dolo basta con un conocimiento aproximado de su significado normativo, con una “valoración paralela a la esfera del profano”, de modo que sólo habrá error sobre los elementos normativos como error de tipo cuando el su-

como el derogado, que tenía una marcada o acentuada responsabilidad objetiva por el resultado, pues a pesar de que reconoce el error, lo castiga.

225. Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 444.

jeto ni siquiera haya tenido esa conciencia aproximativa y propia del profano sobre el significado de un elemento. Un sector moderno (por ejemplo Welzel, Roxin) utiliza la fórmula de que este error excluirá el dolo cuando el sujeto no conozca el “sentido o significado social” del elemento y por tanto del hecho.<sup>226</sup>

El error sobre los elementos normativos del tipo constituye un error de tipo, porque excluye el dolo. No obstante, debe advertirse que existe un enorme esfuerzo doctrinal para reducir el ámbito del error de tipo, trasladando en diferente medida el conocimiento de estos elementos a la culpabilidad. Es bastante claro que este esfuerzo se corresponde con la llamada administrativización del Derecho penal: la riqueza de elementos normativos que estos tipos penales por lo regular contienen obsta a la extensión del poder punitivo que pretende la corriente legislativa a que responden, en la medida en que su conocimiento efectivo sea requerido en el tipo subjetivo (dolo). Por ende, se procura sortear doctrinalmente esta dificultad, atribuyendo su conocimiento potencial (no conocimiento) a la culpabilidad.<sup>227</sup>

El conocimiento de los elementos normativos del tipo y el error a su respecto se oscurecieron en cierta forma con la apelación a la categoría del llamado error de subsunción, que tiene plurales definiciones, siendo esta equivocidad la principal causa de su difícil manejo. a) Se ha entendido por tal el pretendido error sobre nociones jurídicas que en nada afectan al dolo, desde que son innecesarias para su conocimiento, como ignorar que un perro es una cosa o que descomponer un mecanismo sin

226. Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 448-449.

227. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 511.

destruirlo es un daño. b) En otro sentido, la expresión error de subsunción se ha usado para señalar los errores sobre el encuadre típico de una acción, que serán relevantes cuando afecten inevitablemente la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad o de la magnitud del injusto. c) El desconocimiento de que la ley incluye una droga en la lista de estupefacientes de tenencia penada es un error de tipo que, acreditado, elimina el dolo. Para llegar a estas precisiones no es menester apelar a la categoría del error de subsunción, sino que atenerse al fin de cometer un delito que da base a la construcción del dolo, y distinguir aquí entre el error que lo elimina y el que elimina o atenúa la culpabilidad, lo que tiene además, la ventaja de prescindir de una denominación equívoca, sin contar con que la subsunción, en principio, es tarea que compete a los jueces.<sup>228</sup>

#### 4.2 Error sobre los elementos accidentales del tipo

La clasificación secundaria de los tipos penales en a) básicos b) clasificados o agravados y c) privilegiados o atenuados significa que hay tipos objetivos que, por alguna característica particular de uno o más de sus elementos, denotan un contenido de injusto mayor o menor, traducido en una pena agravada o atenuada. Se trata de alteraciones de las escalas penales provenientes de mayores o menores contenidos de injusto del hecho, especialmente considerados por la ley. En el aspecto subjetivo de los tipos calificados o privilegiados se ha considerado que cuando el agente supone erróneamente que en la tipicidad objetiva existen las circunstancias que fundan la agravación o la atenuación, de cualquier manera habría de su parte

228. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 512.

un dolo realizador del tipo básico, por ser la definición genérica de la acción, en la cual estaría formalmente incurso, tanto objetiva como subjetivamente.<sup>229</sup>

Cuando el error recae sobre los elementos accidentales del tipo, hay que distinguir según se trate de elementos que dan lugar a un subtipo cualificado o a un subtipo privilegiado. Señala LUZÓN PEÑA que cuando recae sobre un elemento que sólo determina una cualificación agravatoria, tal error sin distinción, es decir, sea invencible o incluso vencible, excluye la apreciación del subtipo agravado, respondiendo el sujeto sólo por el tipo básico, que sí realiza dolosamente. En el caso que el error verse sobre un elemento que da lugar a un subtipo privilegiado, de igual manera no se debe aplicar el subtipo privilegiado si el sujeto desconoce sus presupuestos y entender que de todas maneras sí concurre el tipo base, lo que además sería una solución paralela a la del error sobre los elementos cualificantes.<sup>230</sup>

ZAFFARONI, resume esta idea del dolo en los tipos agravados y atenuados, diciendo que los errores sobre las circunstancias típicas podían resolverse satisfactoriamente en los siguientes casos: a) en los supuestos de falsa suposición de agravantes, la tipicidad objetiva del tipo básico impide que la imputación subjetiva exceda esa medida, de modo que no puede imputarse más que por el tipo básico; b) en los de ignorancia de atenuantes existentes en la tipicidad objetiva, con el mismo criterio debe concluirse que la imputación subjetiva no puede modificar la objetiva y, por tanto, no puede imputarse más que por

229. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 516.

230. Ver LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 452.

el tipo atenuado o privilegiado;<sup>231</sup> c) en los de ignorancia de las circunstancias calificantes de la tipicidad objetiva, como de todos modos está dado el dolo del tipo básico, también debe concluirse que la imputación subjetiva debe reducir la objetiva y, por consiguiente, imputar por el tipo básico.<sup>232</sup>

Al respecto, el numeral dos del art. 25 del nuevo Código Penal establece: “El error sobre un hecho que califique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá la apreciación de la circunstancia calificadora o agravante. Se establece en este numeral, lo concerniente al error sobre uno de los elementos accidentales que agravan la pena, que en definitiva, podemos clasificar en circunstancias agravantes genéricas, que son aquellas aplicables a cualquier delito situadas en la parte general del Código Penal (Art. 5, 30 del Pn y Art. 36 del Código Penal vigente) y circunstancias agravantes específicas, que son las pertenecientes a un delito cualificado ( Ej.: Delito de asesinato Art. 134 del Código Penal derogado o Art. 140 del Nuevo de Código Penal).

En este caso no se distingue si el error es invencible o es vencible ya que los efectos jurídicos son los mismos es decir si una persona actúa sin el conocimiento de la agravante no podría aplicársele para efecto de agravarle la pena ya sea porque no se le tomaría como una agravante más al momento de dictar una sentencia condenatoria, ni se le podría aplicar la pena de un delito cualificado si no la del tipo básico. Ej. Un sujeto que comete un delito

231. También hay quienes imputan la tentativa por el delito más grave. Ver ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 479.

232. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 516.

de violación pero él no tiene conocimiento que su víctima está embarazada.

El art. 25 del nuevo Código Penal no se pronuncia sobre la hipótesis de que el error verse sobre los elementos que disminuyen la responsabilidad penal (genéricas, Art. 29 del Pn y Art. 35 del NCP, o específicas ver art. 72 de la ley 285/1999<sup>233</sup>). Sin embargo, de acuerdo con lo estudiado en la doctrina, en los casos de ausencia del conocimiento de las circunstancias que atenúan la responsabilidad penal, se debe dar igual tratamiento que en el caso de la agravante es decir, se debe establecer la concurrencia de la atenuante.

#### 4.3 Error sobre el curso causal

A desea golpear a B, quien se echa para atrás queriendo evitar el golpe; entonces resbala y se golpea la cabeza en el filo de la acera, lo que le causa la muerte.

Aquí, la persona realiza una acción cuya finalidad difiere del resultado (muerte) que ha sido provocado por un proceso causal anómalo (perdida del equilibrio). A diferencia del error in persona, donde el sujeto logra el re-

233. Ley de Reforma y Adiciones a la Ley No. 177. Ley de Estupeficientes, sicotrópicos y Sustancias controladas. Arto. 72: Se aplicará la mitad de la pena mínima señalada en la presente Ley cuando:

- a) En las diligencias de investigación policial o dentro de las primeras diligencias de instrucción judicial cuando el imputado revelare la identidad de los autores o cómplices y aportare datos suficientes, para la aprehensión y enjuiciamiento de estos.
- b) Cuando antes de la condena, el procesado diere información y datos suficientes que haga posible la incautación o decomiso de estupeficientes, psicotrópicos u otras sustancias controladas o de bienes que sean su producto.

sultado pretendido pero sobre una persona distinta, en el error sobre el curso causal, el resultado puede ser distinto al querido, o bien, el mismo pero con un proceso causal distinto al que pretendía.

Sobre este punto, podemos decir en más detalle que el error sobre el nexa causal es importante cuando resulta esencial, en este caso, excluirá el dolo. A se presentó algo totalmente diferente del curso causal ocurrido; tal representación es esencialmente divergente de lo que luego ocurrió, por ello debe admitirse un error sobre el nexa causal.

Diferente es en la desviación no esencial, que se presenta cuando en el curso causal objetivamente imputable que el autor esperaba, se produce un curso causal desviado pero también objetivamente imputable. Ej. A quería asesinar con cianuro, cuando lo hacia con arsénico.

En principio, es irrelevante el error del sujeto que desencadena un proceso causal peligroso para el bien si el desarrollo causal verificado es diferente del pretendido por el autor, pero con el mismo resultado, es decir, las desviaciones inesenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor son irrelevantes. Lo único sobre lo cual se podría discutir es sobre la relevancia o irrelevancia de las circunstancias atenuantes y las calificativas del delito.<sup>234</sup>

En este mismo sentido señala LUZÓN PEÑA que generalmente se parte de la base de que, pese a la desviación del curso causal, sigue habiendo relación causal y se sostiene que el error sobre una desviación inesencial del curso causal es irrelevante y no excluye el dolo, ya

234. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 284.

que éste no tiene que abarcar en sus detalles toda la relación causal, lo que normalmente sólo es asequible a expertos. Sin embargo, otro sector distingue según la previsibilidad objetiva o no de la desviación; sosteniendo que si la desviación del curso causal es previsible, el error es inesencial y no excluye el dolo, y que sólo será un error esencial y excluyente del dolo si por las circunstancias concretas la desviación del curso causal resultara objetivamente imprevisible.<sup>235</sup>

Expresa DIAZ ARANDA que, por el contrario, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor, todo lo demás podrá imputarse como tentativa (en el ejemplo anterior, B muere posteriormente a consecuencia del incendio del hospital). En este caso, aunque se dé el tipo subjetivo del delito doloso de homicidio, falta la realización en el resultado del peligro implícito en la acción lesiva inicial y, por tanto, la imputación objetiva del resultado a la acción.<sup>236</sup>

Por su parte, MIR PUIG señala que en este tipo de error, se quería causar el resultado pero por otro conducto. Aquí, pueden darse dos supuestos:

- a) Que la desviación del proceso causal excluya la posibilidad de imputación objetiva del resultado por ruptura de la necesaria relación de riesgo del mismo con la conducta. Ejemplo: se quería matar pero sólo se hiere, el herido muere por un accidente que sufre la ambulancia. Puesto que faltará la propia posibilidad de imputación objetiva del resultado a la conducta inicial, no concurrirá el tipo objetivo y procederá la impuni-

235. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 453.

236. MUÑOZ CONDE, *DP*, 1998, pág. 308.

dad (respecto del resultado, no de las lesiones iniciales), sin que se plantee ya la cuestión del error en el tipo subjetivo.<sup>237</sup>

- b) Que la desviación no excluya la imputación objetiva del resultado causado. El error será irrelevante si el modo de comisión equivocadamente empleado no determina un cambio de delito ni de circunstancias que afecten a la gravedad del hecho típico. Ejemplo: se quería envenenar con cianuro, cuando se hacía con arsénico. Por el contrario, será relevante el error cuando el modo de ejecución influya en la calificación del hecho o en sus circunstancias relevantes en orden a la responsabilidad penal.<sup>238</sup>

Para ROXIN, como parámetro valorativo para la imputación al dolo se emplea aquí el criterio de la realización del plan, que se corresponde con el elemento de la realización del peligro como parámetro de imputación para el tipo objetivo, por ejemplo; A tira a B al agua desde un puente alto con dolo de matar, pero éste no muere ahogado, como se había representado A, sino por el choque contra la base del pilar del puente; aquí se plantea la cuestión de si se puede considerar la concreta forma de la muerte una realización del plan del sujeto. Habrá que contestar afirmativamente. Pues si A quiere matar a B tirándole del puente, es indiferente en un enjuiciamiento valorativo que la muerte se produzca por ahogarse en el agua o por fractura del cuello o el cráneo al chocar. Ambas formas de morir eran posibles de antemano al lanzarle desde el puente y son equivalentes en relación con el

237. MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 276.

238. *Idem.*

fin perseguido por el sujeto. Por ello se puede considerar realizado con éxito el plan del sujeto a pesar de la desviación del curso causal, y se puede por tanto imputar al sujeto el resultado no sólo al tipo objetivo, sino también al dolo. Algo diferente ocurre en el caso del incendio en el hospital o en el choque de la ambulancia. La muerte por incendio no estaba contenida de antemano en la acción del sujeto, sino que fue sólo su consecuencia causal; por ello no es una realización del plan del sujeto.<sup>239</sup>

Este supuesto estaba previsto en nuestra legislación penal anterior mediante la preteritensionalidad, de acuerdo a los arts. 2 y 133 Pn, aunque la forma de su regulación en el Pn. es la propia de la responsabilidad objetiva por el resultado, por cierto, prohibida expresamente el art. 9 del NCP. Conforme a la regulación del NCP, la esencial en esta, la desviación del proceso causal excluye la posibilidad de imputación objetiva del resultado, por la ruptura de la necesaria relación de riesgo del mismo con la conducta, en el supuesto anterior hablaríamos de un homicidio imprudente. Otro ejemplo, A sólo quería matar pero logra sólo lesionar, y el herido muere por un accidente que sufre un vehículo de un particular que lo llevaba hacia el hospital. Aquí, no se logra imputar objetivamente el resultado (homicidio doloso) a la conducta inicial, no concurrirá el tipo objetivo y procederá la impunidad imputándose únicamente las lesiones.

239. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 488-489.

#### 4.4 Error sobre el objeto o en la persona (error *in objecto* vel *in persona*)

Por *error in objecto* (a menudo en forma de error *in persona*) se entiende tradicionalmente una confusión del objeto del hecho.<sup>240</sup> Se trata de un error acerca de la identidad del objeto sobre el que recae la acción típica (*error in objecto*), que en ocasiones puede consistir precisamente en una persona, equivocándose el autor sobre su identidad (*error in persona*), que por tanto no es sino un caso particular de *error in objecto*.<sup>241</sup>

Para DIAZ ARANDA, el error en la persona se verifica, precisamente, en el momento en que el autor confunde a su víctima con otra persona. La solución dependerá de las calidades que revestía la víctima y la persona confundida.<sup>242</sup>

Si tanto la víctima como la persona confundida tienen la misma calidad, entonces el error será irrelevante; por ejemplo cuando se quiere matar a Gilberto y en realidad se mata a Ramiro, como ambos tienen la misma calidad del “otro” que se describe en la conducta típica de homicidio, entonces el autor habrá cometido un homicidio doloso, y lo mismo sucedería cuando se quiere matar a un hijo, pero se mata al otro hijo, de todas formas estaremos frente a un homicidio en razón del parentesco.<sup>243</sup>

Diferente es la solución cuando la víctima y el sujeto con el que confundió tienen distintas calidades reconocidas en la ley. Así, en el supuesto del hijo que dispa-

240. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 503.

241. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 454.

242. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 281.

243. *Idem*.

ra contra la persona que entra a la casa creyendo que era su padre cuando en realidad mató al jardinero, tenemos por un lado una conducta típica de homicidio culposo, pero también se da una tentativa de homicidio en razón del parentesco. Este concurso ideal de delitos se resuelve aplicando el tipo más grave.<sup>244</sup>

Nuestra legislación también permite resolver el anterior caso utilizando el concurso ideal, pues incorpora el este concepto en su cuerpo normativo, así el arto. 90 del Código Penal derogado especificaba: “La disposición del artículo anterior no es aplicable cuando un solo hecho constituye dos o más delitos o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave, aplicándola como corresponda según las circunstancias del hecho. Pero cuando por la naturaleza misma de las leyes violadas o por las circunstancias propias del hecho, se desprenda que la intención del agente era violarlas todas, se aplicará lo dispuesto en el Arto. 87”.

El Nuevo Código Penal, a su vez, también recoge esta figura en su arto. 84 al expresar que “Lo dispuesto para el concurso real y el delito continuado, no es aplicable en el caso del concurso ideal en el que un solo hecho constituye dos o más infracciones; o en el caso del concurso medial, cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra”.

Según MUÑOZ CONDE, en principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción. Sin embargo cuando los objetos son heterogéneos (se quiere matar al perro del vecino, pero se mata

244. DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 282.

al vecino) el error dará lugar a un concurso entre el delito que el sujeto quería realizar (daño en grado de tentativa, si el perro no ha muerto, o de consumación, si el perro también muere) y el resultado imprudentemente realizado (la muerte del vecino).<sup>245</sup>

En este mismo sentido MIR PIUG expresa que, en el *error in persona*, deben distinguirse dos supuestos:

- a) El error versa sobre persona que goza de protección especial (por ejemplo, jefe de estado, ministros, ascendientes o descendientes). El hecho equivocadamente realizado puede merecer una calificación distinta a la que hubiese correspondido al hecho que se quería ejecutar. Ejemplo: creyendo que se mata al padre, se da muerte a un extraño o viceversa. El error será relevante, pues tendrá consecuencias jurídicas.<sup>246</sup>

En el ejemplo propuesto no excluirá el dolo respecto al homicidio producido, porque se quería matar al padre y ello implica que se quería matar a un hombre (porque el padre también lo es); pero el error en la persona obligará a castigar, además por el homicidio doloso, por tentativa inidónea de parricidio. En el caso contrario, del que queriendo matar a un extraño mata a su padre, el error impedirá apreciar un homicidio doloso. Concurrirá un homicidio doloso, porque se quería matar a un hombre y el padre también lo es en concurso ideal de delitos con un parricidio imprudente, si se admite esa figura.<sup>247</sup>

245. MUÑOZ CONDE, *DP, PG*, 1998, pág. 308.

246. MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 275.

247. MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 275.

- b) El error versa sobre persona protegida de la misma forma por la ley que la que se quería atacar. El error será irrelevante, porque para el tipo de homicidio es suficiente que se mate voluntariamente a “otro”, o, en el parricidio, a un “ascendiente, descendiente o cónyuge”, y no es preciso conocer la concreta identidad de la víctima.<sup>248</sup>

ZAFFARONI también es claro en manifestar que el llamado error in persona *vel in objecto*, da lugar a supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo, cuando se trate de objetos no equivalentes: el que golpea a un maniquí o estatua de cera creyendo que es una persona, el que dispara contra persona creyendo que es un animal, etcétera. La equivalencia no es material sino jurídica, siendo posible que la no equivalencia elimine la tipicidad objetiva, como en el caso del que se apodera de la cosa propia creyendo que era ajena. Alguna duda se ha planteado en el supuesto de equivalencia de objetos: quiere dar muerte a una persona que individualiza mal; quiere apoderarse de un cuadro que cree original y se trata de una reproducción. En estos supuestos el sujeto elabora todo su plan y lo pone en marcha con referencia a un objeto y obtiene el resultado querido respecto del mismo, sólo que en la elaboración de su plan identificó erróneamente al objeto. Esta identificación errónea no tiene relevancia excluyente del dolo.<sup>249</sup>

248. MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 276. De la misma forma Díaz Aranda, señala que “quien mata a Pedro creyendo matar a Juan, a querido matar a “otro”, igual que si hubiera acertado en la identificación. Con o sin error deberá apreciarse, pues, el mismo tipo de homicidio”. Ver DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 282.

249. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 515.

El ejemplo históricamente más conocido en la doctrina lo proporciona el caso Rose-Rosahl, juzgado por el Tribunal Supremo de Prusia: el trabajador Rose fue inducido por su patrón, el tratante de maderas Rosal, a matar de un disparo al carpintero Schliebe. Rose se puso emboscado al acecho (el 11-9-1858) por la noche después de las 21 horas. En la oscuridad tomó erróneamente por Schliebe al estudiante de diecisiete años Harnisch y lo mató de un disparo. Cuando poco después apareció en el lugar de los hechos Schliebe y encontró el cadáver, sospechó enseguida que la bala estaba destinada a él.<sup>250</sup>

Otro ejemplo al que podemos acudir, es el titulado por los diarios nacionales como el crimen de “Monchito”. El 18 de septiembre del 2005, fue asesinado Ramón Pérez, de 44 años de edad, en el lugar llamado “El Susto” en Prinzapolka, municipio de la RAAN. La policía señaló que reá un crimen “equivocado”, porque según las investigaciones policiales, a quien verdaderamente quería ultimar el asesino, identificado como Gabriel García, era a Delvin Barrera por viejas rencillas personales. Los resultados de las investigaciones precisan que el victimario penetró en la finca de la familia Pérez-Tinoco, donde esperó oculto a Delvin Barrera, quien a diario salía a ordeñar vacas, sin embargo, ese día, por primera vez, “Monchito” dispuso ordeñar las vacas, y para ello se puso una camisa de su hijo, Delvin Barrera. Gabriel García aparentemente disparó tres ráfagas de AK, dos de los nueve balazos impactaron en el pecho y la muerte de “Monchito” fue instantánea.<sup>251</sup>

250. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 503.

251. Ver El Nuevo Diario, edición 9027, del 01 de octubre del 2005.

Por otro lado, un punto importante es destacado por ROXIN al expresar que el *error in persona* estructuralmente “es también una clase de error en el curso causal” y por tanto se diferencia de la *aberratio ictus* menos de lo que casi siempre se sostiene. Si se tomara por base la representación del sujeto acerca de la identidad, concurre desde todo punto de vista una desviación del curso causal respecto de ella, cuando se alcanza “al que no es”. La misma sólo deja de producirse cuando exclusivamente la individualización según la situación del objeto en el momento del hecho se convierte en la base de la apreciación de que el sujeto ha alcanzado lo que quería. Ello presupone sin embargo una valoración previa, de modo que la irrelevancia del error in persona no es algo necesario desde el punto de vista lógico o categórico, sino resultado de la interpretación teleológica, que también podría resultar de otra manera. Si no se considera objetivamente decisiva la representación del sujeto sobre la situación del objeto de la acción en el momento del hecho, sino su representación sobre la identidad personal de la víctima, resultaría que en un error in persona el plan habría fracasado y sólo habría de apreciarse una punición por tentativa. No en vano un autor de la importancia de VON LISZT<sup>252</sup> consideró hasta el final relevantes tanto el error in persona como la *aberratio ictus* “cuando la previsión del verdadero curso habría apartado al sujeto de la comisión del hecho”. En el caso en que A quiere matar a su enemigo E, pero en la oscuridad toma por E a su propio F y lo mata, el mismo consideraba “errónea” la apreciación de un delito consumado doloso.<sup>253</sup>

252. Citado por ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 505.

253. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 504-505.

En resumen podemos decir que el *error in objecto*, más conocido como *error in persona* es aquel por medio del cual se confunde a la víctima tomándola por otra persona. En estos casos hay que analizar si es relevante o es irrelevante dicho error. Es relevante cuando el acto u omisión que se ha realizado equivocadamente puede merecer una calificación distinta a la que hubiere correspondido a la acción u omisión que se quería ejecutar por ejemplo, aquel que creyendo que da muerte a su padre ( Parricidio Art. 126 Pn o Art. 139 del NCP), en realidad da muerte a un extraño ( homicidio Art. 128 del Pn o Art. 138 del NCP) o viceversa.

En ambos casos el error es **relevante**, es decir, tiene consecuencias jurídicas. En el caso propuesto estaríamos en presencia de un concurso Ideal de delitos (Art. 90 del Pn o Art. 84 del NCP) entre un homicidio doloso y una tentativa de parricidio; en el caso contrario, de aquel que queriendo matar a un extraño mata a su padre, el error impedirá apreciar un parricidio doloso. Estableciéndose un concurso ideal entre una tentativa de homicidio y un parricidio imprudente, si se admite esta figura. En nuestra legislación anterior, se establecería siempre como un concurso ideal (art. 90 Pn), pero entre una tentativa de homicidio y un homicidio imprudente, por no admitir la figura del parricidio imprudente.

Es **irrelevante**, cuando versa sobre una persona protegida de la misma forma por la ley penal que la que se creía atacar. Ej. Juan queriendo matar a Pedro lo hace sobre Andrés, o confunde a su Padre con su Madre o queriendo dar muerte a su abuelo, mata a su padre por lo tanto en ambos casos no existe técnicamente un error de tipo.

#### 4.5 Aberratio ictus o error en el golpe

La *aberratio ictus*, que en latín significa desviación de la trayectoria o del golpe, se refiere al caso en el que, a consecuencia de una desviación en el curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel a que el sujeto quería alcanzar.<sup>254</sup>

En otras palabras, como lo expresa LUZÓN PEÑA, “se produce cuando se desvía o modifica el curso causal previsto por el autor y tampoco se alcanza al objeto, ni al concreto bien jurídico, representado y querido por aquél, sino a otro objeto, y bien jurídico, distinto y más o menos cercano al primero. A quiere acuchillar a X, pero se interpone en la trayectoria Y, que se mueve sin darse cuenta, o que quería separar a los contendientes o salvar a X”.<sup>255</sup>

Para BUSTOS RAMÍREZ, no hay confusión en el objeto o la persona, según sea el caso, sino únicamente una desviación en el curso elegido de los acontecimientos, en el curso causal.<sup>256</sup>

Siguiendo el ejemplo de que A quiere matar a B, apunta mal y mata a C que está al lado de B, a quien no quería matar, hay que mencionar que, como señala DÍAZ ARANDA, la doctrina distingue los supuestos en los cuales la víctima y el sujeto contra el que se dirigió la conducta tienen la misma calidad de aquellos en que es distinta.<sup>257</sup>

254. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 492.

255. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 458. En este punto, cabe señalar que el error en el golpe se da sobre todo en los delitos contra la vida y la integridad física. Ver MUÑOZ CONDE, *DP, PG*, 1998, pág. 309.

256. BUSTOS RAMÍREZ, *DP, PG*, 1989, pág. 263.

257. Ver DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 283

Según ZAFFARONI, la doctrina se divide desde muy antiguo y fue, precisamente, en este campo donde se hizo valer de preferencia la máxima de FARINACCIO, traducida al caso *como quiso matar a un hombre y mató a un hombre*.<sup>258</sup> La mayor parte de la doctrina se separa hoy de la tesis medieval del dolo general y se inclina por considerar que existe una tentativa de homicidio en concurso ideal con un homicidio culposo, siempre que la identidad de la víctima no carezca de relevancia para el autor. Se ha observado que para la tesis posglosadora, en caso de legítima defensa contra el destinatario, la muerte del tercero siempre sería dolosa.<sup>259</sup>

Para DIAZ ARANDA la doctrina es unánime al considerar que cuando el resultado causado y el buscado no tienen el mismo significado jurídico penal, entonces se presenta un concurso ideal y, por ejemplo, si el padre dispara contra el enemigo, pero priva de la vida a su hijo que se encontraba detrás, se presentará un concurso entre la tentativa de homicidio calificado y el homicidio en razón de parentesco culposo.<sup>260</sup>

Más discutible es la consideración que merece la *aberratio ictus* cuando el resultado causado y el buscado posean la misma significación jurídico-penal. La doctrina alemana predominante cree necesario, pese a la igualdad de bienes jurídicos, considerar relevante el error y apreciar un concurso. A esta solución se contraponen por otro sector doctrinal la de considerar irrelevante el error y,

258. Citado por ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 514.

259. ZAFFARONI, *DP*, 2001, pág. 514.

260. Ver DÍAZ ARANDA, *Manual*, 2005, pág. 283

como en el error in objeto, estimar concurrente un único delito doloso consumado.<sup>261</sup>

Sobre esta discusión, más específicamente señala LUZÓN PEÑA que un sector doctrinal (sobre todo la doctrina española antigua: ANTÓN, CUELLO CALÓN, JIMÉNEZ DE ASÚA, QUINTANO, SÁNCHEZ TEJERINA) mantiene que, al igual que en el error in objeto o in persona, este error es irrelevante, pues se quería lesionar un objeto y se ha lesionado otro objeto idéntico con el mismo bien jurídico y por tanto hay un único delito doloso consumado, a no ser, claro está, que el objeto alcanzado sea de distinta naturaleza y provoque un cambio de calificación típica. Frente a esto, otro sector (RODRÍGUEZ DEvesa, RODRÍGUEZ MURILLO, COBO / VIVES, MIR PUIG) sostiene que hay un delito frustrado en la acción con la que se pretende alcanzar al objeto o personas representados, generalmente en concurso ideal con un delito imprudente respecto de la lesión del objeto o persona efectivamente alcanzados, si ello, aunque no querido, era objetivamente previsible y atribuible a una infracción del cuidado debido.<sup>262</sup>

Para MIR PUIG, la solución depende del concepto de bien jurídico que se maneje. Si por bien jurídico se entiende un valor abstracto (así, la vida, la salud, etc.), será coherente la solución de estimar irrelevante el error y admitir un delito doloso consumado: porque se quería lesionar ese valor y se ha conseguido, aunque sobre un objeto material distinto. Pero sí, como parece más correcto, se entiende como bien jurídico un objeto empírico dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso,

261. *Cfr.* MIR PUIG, *DP, PG, PG*, 1990, pág. 276.

262. LUZÓN PEÑA, *Curso*, s/a, pág. 458.

no será relevante el error sobre características no típicas como la identidad de la víctima a la que se dirige el ataque, a sabiendas de que la misma reúne las condiciones típicas, pero sí el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado sino a otro cercano equivalente, porque en tal caso la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico. Desde esta concepción del bien jurídico lo coherente es, pues, la solución de apreciar delito frustrado respecto del ataque al objeto no alcanzado en eventual concurso con delito imprudente, si concurre imprudencia, respecto al objeto lesionado.<sup>263</sup>

Sobre esta polémica, podemos concluir con la postura de MUÑOZ CONDE, para quien, en casos de resultados típicos equivalentes, la solución de dar el mismo tratamiento que en el *error in persona* y apreciar un solo delito doloso consumado, tiene el inconveniente de que es injusta cuando además de la tercera persona alcanzada por el disparo o golpe también resulta alcanzada la persona a la que pretendía herir, y, desde luego, no puede aplicarse tampoco cuando se trata de resultados heterogéneos: por ejemplo, se pretende matar a una persona y se mata al valioso caballo que ésta montaba. Es por ello que en estos casos, la solución del concurso es la única capaz de abarcar el desvalor perfectamente diferenciable de los distintos resultados.<sup>264</sup>

Por otro lado, sobre la *aberratio ictus*, señala ROXIN que es de manera indiscutida siempre relevante cuando el objeto hacia el que se dirige la acción y el alcanzado no son típicamente equivalentes. Si A apunta a un jarrón

263. Cfr. MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 276.

264. MUÑOZ CONDE, *DP, PG*, 1998, pág. 309.

muy valioso y en lugar de a éste alcanza mortalmente a B, que está al lado, evidentemente sólo hay que apreciar una tentativa de daños y, en su caso, un homicidio imprudente. Lo mismo rige también cuando los objetos equivalen típicamente, pero respecto de aquel al que se dirige la acción concurre una causa de justificación, que no existe en relación con el alcanzado. A quiere defenderse mediante un bastonazo frente a un agresor y alcanza, debido a un error en el golpe, a su esposa B, que no intervenía en el asunto.<sup>265</sup>

Así, sobre la relación de esta figura con las otras clases de errores, podemos decir que respecto del error en el proceso causal, la diferencia es que en la *aberratio ictus* el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar,<sup>266</sup> así, igualmente se diferencia del *error in objecto* en que no supone la confusión del objeto por otro, sino que sólo yerra la dirección del ataque. Por ejemplo: el autor sabía que aquél a quien apuntaba con el arma era Pedro, pero no dio en el blanco y la bala alcanzó a otra persona. Mientras que en el error en el golpe se confunde a la persona, en los supuestos de *aberratio ictus* se dirige el ataque al objeto que se quiere lesionar, pero el proceso causal desencadenado conlleva a un resultado distinto. Ello lo podemos representar si en un mitin político el sujeto dispara contra el candidato, pero éste hace un movimiento repentino y la bala hiere al guardaespaldas causándole la muerte; aquí no es que el asesino haya confundido al político porque lo tiene a la vista, lo que ocurre es que falla en el blanco.

265. ROXIN, *DP, PG*, 1999, pág. 493.

266. MIR PUIG, *DP, PG*, 1990, pág. 276.

#### 4.6 *Dolus generalis*

En este caso, el autor cree haber consumado el hecho, cuando tal consumación es, en realidad, producto de una circunstancia posterior. Esta clase de error debe recibir el mismo tratamiento que la *aberratio ictus*: el sujeto quería matar a una persona y lo ha logrado. Opinión contraria sustenta el profesor BACIGALUPO, quien señala que deben admitirse dos acciones diferentes. Un ejemplo que ilustra este supuesto, podría ser el siguiente: A, tras haber estrangulado a B y en la creencia de que lo ha matado, lo tira a un precipicio para ocultar el cadáver; sin embargo B, que no estaba muerto, muere en realidad a consecuencia de la caída. Para BACIGALUPO, en la primera acción hay tentativa de homicidio y en el segundo, un comportamiento de homicidio imprudente. Ambas acciones, tratadas en concurso real.<sup>267</sup>

267. Para mayor detalle sobre esta figura ver capítulo III sección segunda.

## Conclusiones

---

Del desarrollo del trabajo, de sus distintos capítulos y secciones, podemos extraer diferentes conclusiones, a nivel general; destacar que sin duda la Parte General del Nuevo Código penal ha experimentado, frente al anterior, un salto cualitativo mayúsculo, y en relación con el dolo y sus consecuencias, las siguientes:

El dolo es un concepto que tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, y más concretamente en el Derecho Civil. Sin embargo, a través del tiempo, las cosas han ido variando, siendo que en Derecho civil se han conservado rasgos de esta figura con lo que ahora se conoce como mala fe, el dolo como tal, pasa a ser un concepto meramente penal. Así, la evolución no sólo ha versado en su concepto sino en su ubicación dentro de la Teoría del Delito, la tipicidad como elemento de la misma, acoge directamente al tipo, quien a su vez, se divide en el tipo objetivo y el tipo subjetivo, pudiendo en este último ubicar al dolo y evitar su anterior denominación como la forma más importante de culpabilidad.

Definíamos al dolo como *conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo*, es así que, partiendo de este concepto podemos extraer los dos elementos conformadores del dolo como son el elemento cognitivo y el volitivo. Estos elementos no sólo son de utilidad para definir al dolo, sino que permiten, de acuerdo a la mayor o menor intensidad con que se presenten, distinguir a las tres principales clases de dolo (Dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual).

La distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada “intención o propósito” o utiliza expresiones equivalentes, y en otros casos, mediante el requisito de “actuar a sabiendas” o “actuar de mala fe”, al menos excluye el dolo eventual. Además, una descripción lo más exacta posible del dolo eventual es necesaria no sólo para delimitarlo de las restantes formas de dolo, sino sobre todo para diferenciarlo de la imprudencia consciente, distinción que en la mayoría de los casos posee importancia decisiva para la punibilidad.

Es importante destacar que en el Nuevo Código penal, el legislador nicaragüense, con base al desarrollo de un Derecho penal moderno y democrático, viene a hacer grandes y positivos cambios, prohíbe de forma expresa la responsabilidad objetiva por el resultado y establece el principio de responsabilidad subjetiva como base de que, para el Derecho penal, sólo son relevantes aquellos comportamientos comisivos u omisivos, que se hayan realizado con dolo o imprudencia, así mismo regula la figura novedosa del error de tipo, como formas de exclusión del dolo y sus consecuencias, el error de tipo vencible y el invencible, y, como consecuencia del mismo, una amplia clasificación del error. Esto último, producto, por supuesto, de la hermenéutica jurídica.

Finalmente, podemos decir que el Nuevo Código penal, como parte integral del proceso de transformación de la justicia penal nicaragüense, ha sido un gran avance para el desarrollo del Derecho penal en nuestro país, al integrar y regular de una manera positiva, figuras tan importantes como el dolo, que nacen de la incorporación

del principio de responsabilidad subjetiva. A su vez sirve de ejemplo, al ser tan novedoso en cuanto a su contenido, para establecer que la dogmática penal cumple una función garantizadora y que, al integrarla en las legislaciones, permite una mejor aplicación del Derecho penal, una mayor calidad en la fundamentación de las resoluciones judiciales, y, por consiguiente, una mejor realización de la justicia material.

## **Autores**

- ABANTO TREJOS, Miguel, SERRANO, Armando A. y Otros. *Manual de Derecho penal*. Talleres Gráficos UCA. San Salvador 1992. (cit. *Manual*)
- ALBADALEJO, Manuel. *El negocio Jurídico*. Bosch. Barcelona 1985. (cit. *El negocio*)
- ALTAVILLA, Enrico. *La Culpa*. 2da ed. Temis. Bogotá. 1971. (cit. *La culpa*)
- ANTÓN ONECA, Juan. *Derecho Penal*. 2da ed. Editorial Akal. Madrid, 1986. (cit. *DP*)
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. *Manual de Derecho Penal. El delito*. Editorial Aranzadi. España 1985. (cit. *Manual*)
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2da ed. Editorial Hammurabi. Buenos Aires 1999. (cit. *DP, PG*)
- Lineamientos de la Teoría del Delito*. Desalma. Buenos Aires 1974. (cit. *Lineamientos*)
- Manual De Derecho Penal*. 3era ed. Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1996. (cit. *Manual*)
- Principios de Derecho Penal*. 2da ed. Akal. Madrid 1990. (cit. *Principios*)

268. Las siglas entre paréntesis se corresponden con la cita abreviada utilizada en las notas al pie de página a lo largo del trabajo.

- BELING, Ernest von. *Esquema de Derecho penal*. (Traducido por Sebastián Soler). Buenos Aires 1944. (cit. *Esquema*)
- BRUNNER, *Historia del Derecho Germánico*, 8va ed. Labor. Barcelona 1936. (cit. *Historia*)
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 3era ed. I Ariel. Barcelona 1989. (cit. *Manual*)
- Y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II. Editorial Trotta. Madrid 1999. (cit. *Lecciones*)
- CARRANZA, Jorge. *El dolo en el Derecho civil y comercial: estudio doctrinario y jurisprudencia*. Astrea. Buenos Aires 1973. (cit. *El dolo*)
- CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos Elementales De Derecho Penal*. 12ava ed. Porrúa. México 1978. (cit. *Lineamientos*)
- CASTILLO MARTINEZ. Ernesto. *El delito*. Tesis. León, Nicaragua. 1961. (cit. *El delito*)
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. 3 era Ed. Tecnos, Madrid 1985. (cit. *Curso*)
- Problemas fundamentales del Derecho penal*. Tecnos. Madrid 1982. (cit. *Problemas*)
- Lo injusto de los delitos de acción culposos*. En: *Anuario de Derecho penal y ciencia penales*. 1983. (cit. *Lo injusto*)
- CHIRINO S., Alfredo Y HOUED VEGA, Mario. *El tratamiento del error en la legislación penal y en la jurisprudencia costarricense*. En: *Documentos Penales Y Criminológicos II*. Coordinado por Pedraz Penalva, Ernesto y otros. Managua 1993. (cit. *El tratamiento*)

- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 3era ed. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1990. (cit. DP, PG)
- COBOS GOMES DE LINARES, Miguel A. *Presupuestos Del Error Sobre La Prohibición*. Edersa. Madrid 1987. (cit. Presupuestos)
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. 3era ed. Astrea. Buenos Aires 1994. (cit. DP, PG)
- CUAREZMA TERÁN, Sergio y HOUED VEGA, Mario. *Derecho Penal, Criminología Y Derecho Procesal Penal*. Hispamer. Managua 2000 (cit. DP, C, DPP)
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, t.1. 18va ed. Bosch. Barcelona 1981. (cit. DP)
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Culpabilidad e Imprudencia*. Ed. Ministerio de Justicia Secretaria General Técnica. Centro De Publicaciones. Madrid 1990. (cit. Culpabilidad)
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. *Sobre El Concepto de Derecho Penal*. Secciones De Publicaciones. Madrid 1981. (cit. Sobre el concepto)
- y HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho, Penal, Parte General*. 2da ed. Editor Rafael Castellanos. Madrid 1986. (cit. DP, PG)
- y VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general, teoría jurídica del delito*. 2da Ed. Rafael Castellanos Editor. Madrid 1986. (cit. DP, PG)
- DÍAZ ARANDA, Enrique Y Otros. *Manual teórico práctico en materia penitenciaria y de la defensa penal*. Editorial Hidalgo. México D.F. 2005. (cit. Manual)

- y otros, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. Instituto de Investigaciones jurídicas. México 2002. (cit. *Problemas*)
- DIAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, México 2001. (cit. *El dolo*)
- FLORES LÓPEZ, Sergio Antonio, *Formas de la culpabilidad: dolo, culpa y preterintención*. Managua 1975. (cit. *Formas*)
- FRÍAS CABALLERO, Jorge. *Teoría del Delito*. LIVROSCA. Caracas 1996. (cit. *Teoría*)
- GAMIDO MONT, Mario. *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1992. (cit. *Nociones*)
- GILL S, Hipólito. *Derecho Penal*. Editorial Juristas Panamños. Panamá 2004. (cit. *DP*)
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Centro De Estudios Ramón Areces. Madrid 1990. (cit. *Delitos*)
- Estudios De Derecho Penal*. 3era Ed. Tecnos. Madrid 1990. (cit. *Estudios*)
- Introducción a la parte general del Derecho penal español*. Universidad Complutense. Madrid 1979. (cit. *Introducción*)
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*. Civitas. Madrid 1992. (cit. *Teoría*)
- HASSEMER, Winfred. *Los elementos característicos del dolo*. Madrid 1990. (cit. *Los elementos*)
- HERNÁNDEZ DELGADILLO, Marcia. *La culpabilidad en nuestro sistema penal*. Managua 1976. (cit. *La culpabilidad*)

- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. 2da ed. Ed. Marcial Pons. Madrid 1997. Pág. 308 (*cit. DP, PG*)
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado De Derecho Penal. Parte General. Volumen I*. 3era ed. Bosch. Barcelona 1981. (*cit. Tratado I*)
- Tratado De Derecho Penal. Parte General. Volumen II*. 3era Ed. ed. Bosch. 1981. (*cit. Tratado II*)
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. Tomo V. 2da ed. Editorial Losada. Buenos Aires 1962. (*cit. Tratado*)
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría Del Delito*. 2da Ed. Porrúa. México 1995. (*cit. Teoría*)
- LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 3era Ed. Editorial Dykinson. Madrid 1988. (*cit. Compendio*)
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. HISPAMER. Managua 1995. (*cit. Curso*)
- Iniciación a la teoría del delito*. UCA. Managua 1995. (*cit. Iniciación*)
- Y Mir Puig, Santiago. *Cuestiones Actuales de la Teoría Del Delito*. Mcgraw-Hill. Madrid 1999. (*cit. Cuestiones*)
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría de los delitos en el estado social y democrático de Derecho*. 2da ed. Bosch. Barcelona 1982. (*cit. Función*)
- El Derecho Penal Y El Estado Social Y Democrático De Derecho*. Ariel. Barcelona 1994. (*cit. El Derecho Penal*)
- Derecho Penal. Parte General* (Fundamentos y Teoría del Delito). 3era ed. PPU. Barcelona 1995. (*cit. DP, PG*)

- MUARACH, Reinhart Y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. 7ma ed. Astera. Buenos Aires 1994. (cit. *DP, PG I*)
- Derecho Penal. Parte General*. Volumen II. 7ma ed. Astera. Buenos Aires 1994. (cit. *DP, PG II*)
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *El error en el derecho penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia 1989. (cit. *El error*)
- Teoría General Del Delito*. 2da ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1991. (cit. *TGD*)
- Introducción al derecho Penal*. Bosch. Barcelona 1975. (cit. *Introducción*)
- y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. España 1998. (cit. *DP, PG*)
- PAGÁN RODRÍGUEZ, Juan. *El dolo en el Derecho civil*, Publicaciones Colegio de Abogados de Puerto Rico. 2003. (cit. *El dolo*)
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto / CUAREZMA TERÁN, Sergio. *Código de Instrucción Criminal comentado, concordado y actualizado*. 2da ed. HISPAMER. Managua 2001. (cit. *Código*)
- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. *Programa de Derecho Penal: Parte General*. 3era ed. Trillas. México 1990. (cit. *Programa*)
- PUIG PEÑA, Federico, *Derecho Penal: Parte General*. 6ta Ed. En: *Revista de Derecho privado*, Madrid 1969. (cit. *DP, PG*)
- QUINTEIRO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. 2da Ed. Marcial Pons. Madrid 1992. (cit. *DP, PG*)
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho Penal*. 11ed. Temis. Santa FEDE Bogotá 1996 (cit. *DP*)

- RODRÍGUEZ DEVESA, José María Y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español*. Parte General. 18ed. Dykinson. Madrid 1995. (cit. DPE)
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Graficas Arias Montano. Madrid 1994. (cit. Delitos)
- La parte subjetiva del tipo en los delitos de peligro*. Tomo I. Alcalá De Henares. 1993. (cit. La parte subjetiva)
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal: Parte General*. Aguilar. Madrid 1978. (cit. DP, PG)
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. 2da ed. Civitas. Madrid 1997. (cit. DP, PG)
- Problemas básicos del Derecho penal*. Reus. Madrid 1976. (cit. Problemas)
- SAINZ CANTERO, José A. *Lecciones De Derecho Penal. Parte General*. 3era Ed. Bosch. Barcelona 1990. (cit. Lecciones)
- SÁNCHEZ, Cecilia. *Derecho penal. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*. 2da ed. Editorial Jurídica Continental. (cit. DP, PG)
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 2da ed. Temis. Santa Fe De Bogotá 1995. (cit. DP, PG)
- Manual de Derecho penal. Parte General*. Temis. Bogotá 2002. (cit. Manual)
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. 3era ed. Rers. Madrid s/a. (cit. Tratado)
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. (Traducción de BUSTOS RAMÍREZ / YÁNEZ PÉREZ). Editorial Jurídica ee Chile y Editorial Santiago. Chile 1993. (cit. DPA)

*El nuevo sistema del derecho penal.* Arielo. Barcelona 1961. (cit. *El nuevo sistema*)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General.* Porrúa. México 2001. (cit. *DP, PG*)

*Manual de Derecho penal, Parte general.* Cárdena Editor. La Mesa, México 1988.

*Tratado De Derecho Penal.* Tomo III. Cardenas Editor. México 1988. (cit. *Tratado*)

## **Textos legislativos**

Constitución Política de la República de Nicaragua. Edición 2000

Código Civil de la República de Nicaragua. Editorial Jurídica. 2002

Código de Comercio de la República de Nicaragua. Editorial Jurídica. Publicado en La Gaceta 248 del 30 de octubre de 1916.

Código de Instrucción Criminal. Publicado en La Gaceta el 29 de marzo de 1879.

Código Penal de la República de Nicaragua. Bitecsa. Edición 2000. Publicado en La Gaceta No. 200 del 12 de septiembre de 1974.

Código Penal Militar. Publicado en La Gaceta No. 04 del 05 de enero del 2006.

Ley Orgánica de Tribunales Militares, Ley No. 523, Publicado en La Gaceta No. 65 del 05 de abril del 2005.

Código Penal de la República de Nicaragua. Ley No. 641. Publicado en La Gaceta Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008.

## **Documentos Periodísticos**

Diario La Prensa, edición número 23748, del 11 de marzo del 2005.

edición número 23735, del 26 de febrero del 2005.

edición 23959, del día 11 de octubre del 2005.

El Nuevo Diario, edición número 9027, del 01 de octubre del 2005.

edición 9027, del 01 de octubre del 2005.



**EL INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA (INEJ)**, Fundado en 1995 es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo humano y económico de la nación y la región produciendo e innovando conocimientos a través de la investigación científica y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados, reconocidos a nivel nacional e internacional, en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

Este trabajo de investigación estudia de forma minuciosa el tratamiento del dolo, en el nuevo Código penal y sus consecuencias dogmática y de su aplicación en la práctica jurídica y judicial. En el año 2008 entró en vigencia el nuevo Código penal. Este texto punitivo, a diferencia del derogado de 1974, contempla que la pena o medida de seguridad solo se impondrá si la “acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia” y, además, prohíbe de forma expresa la “responsabilidad objetiva por el resultado”.

Dailys Uriarte Quesada, realizó sus estudios de doctorado en Derecho penal en la Universidad Pablo de Olavide, España. Actualmente prepara su tesis doctoral bajo la dirección científica del Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde y además, es profesora e investigadora del Programa de Maestría de Derecho penal y Derecho procesal penal del INEJ.

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica

De la Rotonda Bello Horizonte, 3c al norte, 2c al este, K-I-2. Managua, Nicaragua

Teléfonos (505) 251 52 48 al 49

Telefax: (505) 244 44 77

[www.inej.edu.ni](http://www.inej.edu.ni)



9 789992 421109