

sin que para ello sea obstáculo que ocuparan puestos de relevancia política o formaran parte del ejército del Estado como se ha demostrado en nuestro propio país tras el procesamiento y condena de personas que formaron parte incluso del propio Gobierno de la nación. De igual modo, no hay que olvidar que junto a las bandas de militares también cometieron estos hechos delictivos organizaciones paramilitares o civiles y que las acciones terroristas de desapariciones, asesinatos, torturas, etc., comenzaron en ambos países incluso antes de producirse el golpe militar por lo que ningún obstáculo habría tampoco para calificar los hechos como terrorismo subversivo o encaminado, como finalmente se produjo, a la toma del poder político.

En mi opinión coinciden pues en estos procesos todos los elementos que, según doctrina y jurisprudencia, conforman el delito de terrorismo cuyo elemento subjetivo característico, la finalidad de subvertir el orden constitucional, supone la utilización de la violencia al margen de las reglas del Estado lo que puede realizarse tanto desde fuera como desde dentro del propio Estado como, fundamentalmente, fué este último el caso de las Dictaduras argentina y chilena.

Por todo ello creo que no existe ningún obstáculo para declarar la competencia de la jurisdicción española en los procesos que hoy se tramitan ante la Audiencia Nacional por los delitos de genocidio y terrorismo realizados en Argentina y Chile. A la espera de un Tribunal Internacional que sin dejarse llevar por los cantos de sirena de la llamada razón de Estado juzgue actos criminales como los sucedidos en estos países esta es la única vía, la del Derecho interno en virtud de la aplicación del principio de justicia universal, que hoy por hoy tenemos para hacer que el valor de la solidaridad, que tanta fuerza está cobrando en los últimos tiempos, alcance también al ámbito de la justicia.

DOLO Y DOLO EVENTUAL: REFLEXIONES

Diego-Manuel Luzón Peña
Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá

I. Introducción: contenido y ubicación sistemática del dolo

1. Concepto y contenido.

Personalmente, el concepto de dolo que comparto es el de *conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo total de injusto*, tanto los de su parte positiva o tipo indiciario, como los de la parte negativa del tipo, es decir, la ausencia de los elementos de causas de atipicidad y de causas de justificación; unos y otros son los presupuestos de la antijuridicidad o prohibición penal. En cambio, el dolo no requiere conocimiento o conciencia de la propia antijuridicidad o prohibición (ni general ni penal) de la conducta.

Sobre la cuestión de si el dolo requiere, además del conocimiento, *voluntad* de realizar los elementos objetivos del tipo o no la requiere, la doctrina durante el siglo XIX y hasta principios del XX estuvo dividida entre la “teoría de la voluntad” y la “teoría de la representación”. Después se impuso la primera, exigiendo por tanto un elemento volitivo en el dolo, y siendo doctrina dominante hasta los años 70 (del s. XX). Actualmente la exigencia de voluntad —que considero correcta— sigue siendo muy mayoritaria en doctrina y jurisprudencia, pero ha aumentado el sector que, no sólo para el dolo eventual, sino para el dolo en general rechaza la exigencia de voluntad y considera que basta con el conocimiento —en un determinado grado— de que se pueden o se van a realizar los elementos objetivos del tipo (así p.ej. Schmidhäuser, Jakobs, Frisch, Kindhäuser, Bottke, Gimbernat, Silva, Laurenzo).

2. Posición sistemática del dolo

Mientras que la doctrina tradicional entendía el dolo como forma o grado de la culpabilidad, actualmente la doctrina mayoritaria sostiene con razón que el

dolo se ubica sistemáticamente en el tipo de injusto¹ (aunque subsiste la concepción tradicional —extendida sobre todo en la jurisprudencia española—, y también existe hoy un sector minoritario que sostiene la doble posición sistemática del dolo, en el tipo de injusto y en la culpabilidad). El dolo supone el mayor grado de desvalor de la acción, es decir un grado de injusto más elevado en comparación con la realización del hecho por imprudencia, da lugar a un tipo distinto del de la comisión imprudente del mismo hecho objetivo, y a veces incluso sólo su presencia se valora como suficientemente grave para que haya un hecho típico, penalmente antijurídico. Sobre las razones que fundamentan la posición del dolo, al igual que la de la imprudencia, en el tipo de injusto, me he pronunciado ampliamente en mi manual, al que ahora remito².

Pero además, en este contexto interesa añadir lo siguiente: En el injusto típico se establece un juicio de valoración negativa (de desvalor) objetivo-general de la propia conducta, es decir una valoración general que es igual para toda conducta de unas determinadas características, con independencia de las condiciones individuales o particulares —de menor o mayor capacidad, de situación personal normal o anormal, etc.— del sujeto que la realice (lo que ya es una cuestión de culpabilidad). Ahora bien, en esa valoración objetivo-general de la conducta pueden y deben tenerse en cuenta no sólo sus componentes objetivos, en el sentido de externos, sino también aquellos componentes subjetivos, aquí en el sentido de psíquicos o anímicos, que siempre que concurren son susceptibles de una valoración general y uniforme —repercutiendo pues en la valoración general de la propia conducta—, independiente de las condiciones particulares del sujeto; y entre esos elementos subjetivo-psicológicos está el dolo:

En efecto, por una parte, su elemento cognoscitivo o intelectual, esto es, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo global de injusto implica conocer los presupuestos materiales de la prohibición penal, es decir, todos los datos y circunstancias que fundamentan la antijuridicidad (penal, y por ello tipificada). Eso es un conocimiento de la “materia de prohibición”, que, si pese al mismo el sujeto decide actuar, el Derecho valora negativamente con carácter objetivo-general, porque para el ciudadano medio ideal ese conocimiento supone también conocer la propia prohibición, aunque el sujeto concreto pueda pese a todo no tener conciencia de la antijuridicidad, lo que ya es un problema de culpabilidad individual; por eso el dolo se puede denominar “dolo objetivamente malo”³.

Por otra parte, el elemento volitivo del dolo, sea como intención directa sea como aceptación, unido a ese conocimiento de todos los elementos objetivos positivos y negativos del tipo, supone, en comparación con la imprudencia, el mayor grado de “desvalor de la acción”, tanto en sentido subjetivo como incluso objetivo: mayor desvalor subjetivo de la acción (o desvalor de la intención), pues a diferencia de la imprudencia se quiere atacar un bien jurídico-penalmente protegido y por ello también hay —generalmente, salvo problemas de culpabilidad individual— voluntad de enfrentamiento directo con el Derecho; y además —como p.ej. destaca Mir— la actuación dolosa, al menos como regla general, significa también mayor peligrosidad, y por tanto mayor desvalor objetivo de acción, que la correspondiente conducta imprudente: pues ante una conducta peligrosa, que puede lesionar un bien jurídico, el grado de posibilidades de que ello se produzca, o sea el grado de riesgo o peligrosidad, será, *ex ante* y como regla, superior si el autor quiere precisamente producir ese resultado o hecho —dolo directo— y dirige a ello su comportamiento, variándolo incluso según las circunstancias, o si al menos —en el dolo eventual— acepta el eventual resultado o hecho típico, sin confiar con un mínimo fundamento en evitarlo, que si, como ocurre en la actuación imprudente, la conducta del sujeto ni busca ni acepta producir el resultado o hecho, y más aún si, como es el caso de la imprudencia consciente, el sujeto confía con un mínimo fundamento (pese a todo no prudente, pero que implica alguna posibilidad de control o mejores circunstancias) en evitarlo.

3. Elementos cognoscitivo y volitivo

a) Conocimiento de los elementos objetivos del tipo (global) de injusto

Por lo que se refiere a las diversas clases de elementos del tipo, el conocimiento del dolo debe abarcarlos todos, tanto los elementos esenciales como también los accidentales, tanto los descriptivos como los normativos; aunque sobre el grado de conocimiento que hay que tener sobre los elementos normativos, por su remisión a otras normas fuera del tipo, se discute si basta —por citar algunas fórmulas— un conocimiento aproximado o paralelo en la esfera del profano, o un conocimiento de su sentido social o de su significado material auténtico⁴.

También presenta peculiaridades en los tipos de resultado el elemento de la causalidad, pues se suele sostener que basta un conocimiento en sus rasgos esenciales de la relación causal, pero que no es preciso conocer en todos sus detalles el curso causal⁵. Respecto de la imputación objetiva, el sujeto debe conocer las circunstancias fácticas —adecuación, realización en el

¹ Y hay que insistir en que esto ni sólo lo mantiene la doc. finalista, sino un sector mucho más amplio, ni tampoco se mantiene por las razones ontológicas (derivadas de la inclusión de la finalidad en la acción) con que lo fundamentó originariamente el finalismo, sino por argumentos normativos —eso sí, también aducidos adicionalmente por el finalismo— sobre la concepción y función del tipo de injusto.

² Cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 331 ss.

³ Cfr. con más detalle LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 408 ss.

⁴ Para más detalles cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 447 ss.

⁵ Sobre el error sobre el curso causal cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 452 ss.

resultado del peligro inherente a la acción— que permiten afirmar su concurrencia; si el sujeto, aunque pretenda la producción del resultado, es *consciente de las circunstancias por las que p.ej. la acción es inadecuada, no tiene auténtico dolo, sino un simple deseo* jurídicamente irrelevante (por lo que, al faltar el dolo, ni siquiera habrá una tentativa inidónea punible). Por último, en estos tipos el conocimiento —y la consiguiente voluntad— debe abarcar también el resultado (y no sólo del riesgo de que se produzca, como sostiene un sector minoritario, como Frisch, Mir o Silva), ya que el resultado es asimismo componente del tipo de injusto. Por el contrario, al no pertenecer a éste las condiciones objetivas de punibilidad (requeridas en algún delito), no han de ser abarcadas por el dolo.

b) Voluntad

1) Además el dolo requiere un elemento volitivo, la voluntad, pero no ya la voluntad genérica de acción —precisa para cualquier conducta o acción—, sino precisamente la voluntad de realizar la conducta típica, el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. Y voluntad no sólo la hay en el dolo directo de primer grado: el propósito o intención de realizar precisamente la conducta típica (donde hasta tal punto es decisivo el elemento volitivo que con el propósito o finalidad directa hay dolo —y, a diferencia con el dolo eventual, no se plantea dónde está el límite con la imprudencia consciente— aunque haya no probabilidad, sino pocas posibilidades de producir el tipo: v. *infra* II 1 b), sino también en el de dolo directo de 2º grado y en el eventual. En el dolo directo de 2º grado, donde el sujeto no persigue precisamente el hecho típico, pero sabe que éste va necesariamente unido al fin que persigue, aunque algunos autores afirman que en tal caso no se quiere el hecho típico, sino que basta con el conocimiento de su segura producción, ello no es cierto: si el sujeto sabe que con su actuación encaminada a otro fin con seguridad va a producir también el hecho típico, entonces, le guste o no le guste, necesaria y forzosamente también quiere producir el hecho típico, porque no tiene más remedio que consentir o aceptar su segura realización con su actuación; si de verdad no quiere realizar el hecho típico, tiene que desistir o renunciar a su actuación. Y en el dolo eventual, como después se verá (*infra* III), lo correcto materialmente y coherente sistemáticamente con las otras formas de dolo es exigir también un mínimo de voluntad en forma de aceptación o consentimiento ante la posibilidad, aquí no segura, de producción del hecho típico.

La exigencia también de voluntad para el dolo coincide ya con el concepto prejurídico, de la calle, del hecho doloso frente al imprudente (Jescheck). Pero además esa voluntad tiene una relevancia decisiva a efectos jurídicos, en la estructura del injusto típico, pues (como he anticipado *supra* I 2) no sólo supone

mayor desvalor subjetivo de acción por la decisión contra el bien jurídico y lo dispuesto por el Derecho, sino que también configura, al menos como regla general, la mayor peligrosidad objetiva —desvalor objetivo de acción— de la conducta en que el sujeto no va a intentar evitar el hecho típico.

2) De todos modos, la ubicación del dolo en el tipo de injusto permite establecer *también en su elemento volitivo determinadas limitaciones basadas en una valoración jurídica objetivo-general*. Así p.ej. he advertido ya de que, si el sujeto es consciente de las circunstancias por las que su conducta carece de adecuación para producir el resultado, y por tanto ya se sabe *ex ante* que no puede haber imputación objetiva, aunque pretenda de ese modo producir el resultado típico, ello no se puede valorar normativamente como auténtica voluntad o querer realizar todos los elementos típicos (incluyendo la imputación objetiva), sino como simple deseo del resultado, jurídicamente irrelevante. Y también, pero en sentido inverso (de afirmar que objetivo-normativamente hay voluntad y por tanto dolo pese a que individualmente el sujeto no desea el hecho típico), ya se verá en el dolo eventual (*infra* IV) que procede efectuar una restricción normativo-objetiva de la exclusión del dolo eventual cuando la falta subjetiva de consentimiento se debe a una confianza absolutamente infundada e irracional en la no realización de la posibilidad del hecho típico.

3) La intensidad de la voluntad de realizar el tipo objetivo da lugar a la principal clasificación del dolo, distinguiendo entre dolo directo de primer grado, con la voluntad más intensa: la intención o propósito, pasando por la forma intermedia del dolo directo de segundo grado, hasta la forma de voluntad menos intensa propia del dolo eventual: la aceptación o consentimiento de una posible, pero no segura producción del hecho típico.

II. Dolo directo de primer y de segundo grado

1. Intención, propósito o dolo directo de primer grado

a) 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 su resultado). Así p. ej. un sujeto apuñala a otro en el corazón queriendo precisamente causarle la muerte (homicidio o, según las circunstancias, asesinato); o A destroza con una barra las ventanas de la casa de B (daños, arts. 263 ss.) con la finalidad de romper todos los cristales; o A le corta con un hacha la mano a B buscando adrede la pérdida de tal miembro (lesiones graves del art. 149 CP, que antes se tipificaban como mutilaciones de propósito en el art. 418 CP 1944).

b) La doctrina dominante considera con razón que si el propósito que persigue el autor es realizar un determinado tipo, *no obsta* a la apreciación de

dolo directo de primer grado el *que no sea seguro*, sino solamente posible y por tanto incierto, que se vaya a producir el resultado o el hecho típico (aunque un sector minoritario considera que esa situación es propia del dolo eventual).

Se cita frecuentemente casos extremos de gran inseguridad, es decir, de posibilidades no muy altas respecto de la producción del tipo: v.gr. el sujeto que dispara a gran distancia contra su enemigo para matarle; o la persona infectada de sida que tiene una relación sexual con otro que lo desconoce, queriendo precisamente transmitirle el virus y causarle la muerte (caso en el que las posibilidades de infección con un solo acto sexual y de que además el otro desarrolle el síndrome con un desenlace fatal son muy bajas)⁶; o, modificando algo el macabro supuesto del juego de la “ruleta rusa”, A quiere matar a B, a quien tiene atado a una silla, le aplica a la sien un revólver, pero poniendo sólo una bala en el tambor —en vez de las ocho balas que admite— y haciéndolo girar, y aprieta el gatillo con tan mala suerte para la víctima que efectivamente se dispara la única bala puesta en el arma.

Pero hay que tener en cuenta que hay infinidad de supuestos en la vida real en que el autor obra de propósito y con un grado elevado de posibilidad o incluso con bastante probabilidad, pero al fin y al cabo sin total seguridad de éxito en la realización del tipo; no obstante, nadie duda en ellos que hay dolo directo de primer grado. Así p.ej. el sujeto, para matar, dispara contra otro a media distancia apuntándole al corazón, o le apuñala en el tórax dirigiendo también las cuchilladas hacia la zona cardíaca; o el autor amenaza a un peatón con una navaja para robarle el dinero que lleve consigo. En casos tan corrientes como esos, el homicida normalmente —salvo un sujeto muy experto y entrenado— no tiene total seguridad de acertar en el órgano vital con sus disparos o cuchilladas, y el atracador —dado el medio utilizado, intimidatorio, pero que no mata, inmoviliza o deja inconsciente a la víctima— tampoco tiene la seguridad o casi seguridad de poder consumir el robo, porque la víctima no salga huyendo, ofrezca resistencia, etc.; y sin embargo, el hecho de que la finalidad del sujeto sea precisamente realizar el tipo (es decir, la mayor intensidad de la voluntad) compensa un cierto grado de inseguridad en la producción del tipo, de tal manera que se considera evidente el dolo directo de primer grado y no se plantea que sean supuestos de dolo eventual.

⁶ Para lo que ahora interesa hay que prescindir aquí de que respecto del tipo del homicidio gran parte de la doctrina niega que pueda producirse en ningún caso la imputación objetiva del resultado de muerte, o rechaza por otras razones la aplicabilidad del tipo del homicidio (en sentido amplio, incluyendo en su caso el asesinato); con lo cual, no pudiéndose dar la parte objetiva del tipo y conociendo el autor todas las circunstancias objetivas de su actuación, no habría tampoco auténtico dolo homicida (y por tanto, no habría tentativa idónea ni inidónea), sino un mero deseo de causar la muerte penalmente irrelevante. Lo que aquí nos importa es, suponiendo que sí se diera el tipo objetivo, decidir si hay dolo directo de primer grado o sólo dolo eventual; o sea, si fuera aplicable el tipo del homicidio, decidir si el sujeto actuaba con dolo directo o propósito homicida, y si hubiera que descartar el tipo del homicidio, si actuaba con intención o dolo directo de causar lesiones, o si más bien, debido a la no seguridad de la infección, había meramente dolo eventual.

Pues bien, el criterio debe ser el mismo 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 (de 1º grado) y no eventual. Únicamente hay que fijar el límite —como advierte con razón Roxin⁷— de que el grado de posibilidad representada suponga un riesgo mínimamente relevante y por tanto permita la imputación objetiva; pues en el tan citado caso del sobrino que convence a su tío de que pasee durante la tormenta con la esperanza de que le caiga un rayo y lo mate, tal remota posibilidad es absolutamente inadecuada (y jurídicamente irrelevante), por lo que, al conocer el sujeto una situación en la que no puede haber imputación objetiva del resultado ni por tanto un hecho típico, su esperanza de que se produzca el accidente mortal (por cierto, no de producir él la muerte de un modo mínimamente controlable) tampoco es auténtico dolo (ni de primer grado ni de ninguna clase), o sea conciencia y voluntad de realizar un hecho típico, sino un mero deseo jurídicamente irrelevante.

c) Según la doctrina mayoritaria, para que haya intención o propósito no es preciso que la realización del tipo constituya el móvil o fin último del autor, sino que basta con que *la desee*, la persiga, y por tanto constituya su motivo o fin más próximo o directo, aunque ello constituya el medio para un móvil o fin último: p.ej. el sujeto pretende —sin resultarle algo indeseado— matar a un personaje importante o cometer una gran estafa, pero en ambos casos para obtener fama como delincuente importante. Por el contrario, según este criterio, si el sujeto tiene que realizar el tipo como medio *no deseado* (que lamenta o al menos le es indiferente), pero necesario para una ulterior finalidad o propósito, habrá sólo dolo directo de 2º grado. Y desde luego está claro que el sujeto puede actuar con intención o finalidad típica directa y al mismo tiempo perseguir una finalidad concomitante, en pie de igualdad: el ladrón, al verse sorprendido, huye con el botín, por una parte para apropiárselo definitivamente, y simultáneamente para no ser detenido⁸.

2. Dolo directo de segundo grado

a) En terminología de la jurisprudencia del TS es conocido como “dolo de consecuencias necesarias” (denominación que expresa muy gráficamente su contenido), y en nuestra doctrina se lo designa también como “dolo indirecto”, mientras que en cambio en la doctrina alemana es frecuente la utilización del término “dolo directo”, sin más, por contraposición a la intención o dolo directo de primer grado.

⁷ AT, 3ª, 1997 (PG, 2ª, 1994), § 12 nm. 8.

⁸ Sobre todo ello cfr. ROXIN, AT, 3ª, 1997 (PG, 2ª, 1994), § 12 nm. 10 ss.

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* (con sus diversas circunstancias y, en su caso, su resultado), *cuya producción por tanto, aunque no le guste, también acepta*.

Hay que advertir que un grado altísimo de probabilidad, rayana en la certeza, se puede equiparar a la seguridad de producción del hecho típico; de hecho, con gran frecuencia se afirma que el sujeto actuó con la “práctica seguridad” o estando “prácticamente seguro”.

Ejs.: El terrorista que coloca una potente bomba en el coche de un político importante para matarlo, pero sabe y acepta que al explotar mate también al chófer, aunque no tenga ningún interés en ello o incluso lo lamente, actúa con dolo directo de 2º grado respecto de esta muerte (y dolo directo respecto de la del político). En el “caso Thomas” (1875), muy citado por la doc. alemana, el tal Thomas hizo colocar en un barco explosivos para hundirlo en la travesía y cobrar el seguro (estafando con ello a la compañía aseguradora), sabiendo y aceptando que con la explosión morirían seguro personas de la tripulación, aunque no tenía el menor interés en causarles la muerte: respecto de los asesinatos de personas dolo directo de 2º grado (y de 1º grado en cuanto a la estafa y a los estragos en el barco).

b) La distinción entre el dolo directo de 1º y de 2º 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. Ahora bien, la cuestión es más dudosa en aquellos tipos que exigen obrar “de propósito” o “intencionadamente”, o “para...” o con un determinado *animus*, donde no está tan claro si sólo cabe el dolo directo de 1º grado o también encaja en ellos el de 2º grado, es decir, si basta con que el autor sepa que va a producir con seguridad un hecho típico, pero no lo desea, sino que le es indiferente o incluso lo lamenta⁹.

III. Dolo eventual

1. Introducción. La delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente

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. Hasta aquí hay acuerdo doctrinal en que esa es la situación característica del dolo eventual; pero como también existe una modalidad de imprudencia, la imprudencia o culpa consciente (o con representación, o con previsión) en que se da esa misma situación inicial, o sea, que el autor sabe, prevé o es consciente de que se da la posibilidad de realizar el hecho típico, la doctrina se divide sobre qué requisito adicional hay que exigir en el dolo eventual para que sea auténtico dolo y por tanto distinto y más grave que la imprudencia consciente. Sobre ello se formulan las distintas teorías que se exponen a continuación.

Ejs. de situaciones así, en que se discute el límite entre dolo eventual e imprudencia consciente: Un delincuente es sorprendido por la policía en un control de carretera y para huir arranca bruscamente el coche, siendo consciente de que puede golpear a alguno de los agentes que están al lado pero sin pretenderlo, y efectivamente golpea a uno que se interpone, causándole lesiones o la muerte; o para huir dispara hacia atrás, hacia donde están los policías que le persiguen, pero sin pretender precisamente alcanzarlos. Un camionero adelanta en una curva a una caravana de vehículos, siendo consciente de que podría venir algún vehículo de frente y chocar con él. El conductor de un coche, que lleva mucha prisa, no se detiene ante un paso de peatones pese a ver que están cruzando algunas personas y atropella a una de ellas. En una calumnia o en una acusación y denuncia falsa, el sujeto no está seguro de si la persona a quien atribuye haber cometido un delito es realmente autor del mismo. De modo similar, en una falsedad en documento o en un falso testimonio, el sujeto hace constar su afirmación sin saber seguro si es cierto lo que dice (que luego efectivamente es falso). En una omisión de socorro, el sujeto abandona a la víctima de un accidente sin saber si está viva o muerta, o sin cerciorarse de si está o no desamparada. El “caso de los mendigos rusos” (cit. en la literatura rusa del s. XIX): unos mendigos utilizaban a niños pequeños para pedir limosna y, para que produjeran aún más compasión, les mutilaban alguna extremidad; como las mutilaciones se hacían sin ninguna atención médica, algunos niños no soportaban la intervención y morían, pero pese a conocer ese riesgo, continuaron mutilando a otros niños. El “caso de la caseta de tiro” (propuesto por *Lacmann*, 1911): en una caseta de tiro de una feria, un joven apuesta dinero con unos amigos a que es capaz de alcanzar con un disparo de escopeta una bola de vidrio que sostiene en la mano la muchacha encargada de la caseta, y para el caso de fallar y herirla en la mano –como efectivamente luego ocurre– confía en poder escaparse confundiendo entre el gentío.

2. Teoría del consentimiento (de la aceptación)

a) La teoría del consentimiento, mayoritaria en la doctrina (en la española, p.ej. Antón, Jiménez de Asúa, Quintano, Luzón Domingo, Córdoba, Cuello Calón, Díaz Palos, del Rosal, Sainz Cantero, Cobo/Vives, Muñoz Conde, en la alemana, p. ej. v. Hippel, Kohlrausch/Lange, Dreher, Baumann/

⁹ Para más detalles cfr. LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 416.

Weber, Maurach/Zipf, Horn, Weber, Wolter, Roxin) y jurisprudencia, considera que, como cualquier otra forma de dolo y por coherencia (sistemática y material) con las modalidades de 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 precisamente realizar el tipo y tampoco está seguro de si se producirá o no; pero, planteándose la eventualidad de que se produzca el hecho típico, consiente en ella. Aunque parte de este sector doctrinal utiliza la fórmula “consentir”, de la que viene el nombre de la teoría, otros autores utilizan expresiones similares (que consideran, o bien equivalentes, o que introducen algún matiz o precisión), tales como “aceptar”, “aprobar”, “asumir”, “conformarse con”, “resignarse con o ante”, o tomar una “decisión por la posible lesión del bien jurídico” (fórmula de Roxin¹⁰); e incluso algunos utilizan las fórmulas “contar con” (p.ej. Cerezo usa en ese sentido la fórmula de Welzel) o “tomarse en serio” (originaria de Stratenwerth) como forma de voluntad, o incluso –según algunos– 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 de 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.

En cualquier caso, esta teoría está de acuerdo en que no hay consentimiento si el sujeto mentalmente “rechaza” o “descarta” la eventualidad representada o “confía en” su no producción. En tales casos habrá sólo imprudencia consciente. Ahora bien, la teoría *pura* del consentimiento es en esto totalmente subjetivista, de modo que, por muy irrazonable y carente de la menor base para ello que sea su esperanza, si el autor *subjetivamente confía* (aun de modo *irracional*) en que no se produzca el hecho típico, esta posición considera que ya no existe la disposición de ánimo del dolo eventual, sino de la imprudencia consciente.

b) Han tenido gran difusión como indicios o métodos auxiliares para saber si hay o no consentimiento, y según ello dolo eventual o sólo impru-

¹⁰–aunque con diversos matices–, entre otros, Stratenwerth, Rudolphi, Hassemer, Rodríguez Montañés, Díaz Pita, Muñoz Conde.

dencia consciente, dos fórmulas propuestas por Frank (1898, 1931). La “primera fórmula de Frank” o fórmula hipotética dice: hay dolo (eventual) si se llega a la conclusión de que el sujeto, aunque estuviera seguro de que se iba a producir el hecho, aunque se lo hubiera representado como seguro, pese a todo hubiera actuado, y si en tal hipótesis no hubiera actuado, no hay dolo; la “segunda fórmula de Frank” o fórmula positiva es: “si el sujeto se dice: sea así o de la otra manera, pase esto o lo otro, en todo caso actúo”, hay dolo, y en caso contrario no (sólo habría imprudencia consciente). El propio Frank sólo las entendía como medios de conocimiento para llegar a probar el dolo eventual.

c) La teoría del consentimiento se defiende contra las críticas que se le han hecho en el sentido de la dificultad, inseguridad o imposibilidad de probar una determinada posición del ánimo del sujeto ante algo no seguro, respondiendo que no se trata de una cuestión distinta de las dificultades, pero también posibilidades, de probar la concurrencia de otras formas de dolo y, en general, de los elementos psíquicos o anímicos. Y por su parte, crítica a las otras teorías –sobre todo a la de la probabilidad, su principal opositora– que muchas de ellas también tropiezan con dificultades de prueba y con el obstáculo de la imprecisión, y, sobre todo, que todas las demás fórmulas prescinden del elemento volitivo –aunque sea en la forma atenuada del consentimiento o conceptos similares–, esencial para cualquier clase de dolo.

d) En principio tiene razón en todo ello la teoría del consentimiento, y me parece preferible la fórmula “aceptar” como expresión de una forma de voluntad, aunque menos intensa por referirse a una eventualidad que no se persigue directamente¹¹. Sin embargo, como después se verá, hay que rechazar su versión subjetivista pura e introducir una formulación restringida en cuanto a la pareja conceptual aceptar/confiar en la no producción (teoría restringida del consentimiento).

Las que desde luego no son aceptables son la fórmula de la “aprobación”, por las razones ya vistas, ni la primera fórmula (hipotética) de Frank. La incorrección de esta última se deriva de que pretende enfrentar al sujeto con algo que normalmente no se ha representado: la decisión que tomaría si supiera seguro que iba a producir el hecho, pero que además no es lo decisivo, pues lo que importa es su posición frente a una situación en que precisamente sabe que no es segura, sino sólo posible la producción del hecho. Ejemplos como el de

¹¹ No comparto la posición de CEREZO, Curso PG, II, 6ª, 1998, 150 s., cuando opta por la fórmula del “contar con” sin encuadrarla en la teoría del consentimiento, que para él (p. 148) “no es convincente, pues en realidad el sujeto no acepta o consiente en el resultado, sino sólo en la posibilidad de su producción”. A mi juicio, si el sujeto acepta y no rechaza la posible producción del resultado, está aceptando el resultado para el caso de que esa posibilidad o eventualidad se cumpla. A esta afirmación (formulada ya en mi Curso PG I, 1996, 420, n. 14) replica Cerezo. Por el contrario he de insistir en que el sujeto que acepta un posible o eventual resultado, acepta ese resultado, y ello es una realidad psíquica existente en el momento en que actúa.

la “caseta de tiro” de *Lacmann* o el de los “mendigos rusos” ponen de manifiesto, como señala la doctrina mayoritaria, que la 1ª fórmula de Frank no lleva a resultados correctos: pues en el caso de la caseta de tiro, si el joven creyera que seguro que iba a lesionar a la encargada, no le interesaría disparar porque perdería la apuesta, e igualmente en el de los mendigos, si supieran seguro que al mutilar a un niño éste iba a morir, no lo harían, ya que lo que les interesaba es poder utilizarlo vivo para la mendicidad; por tanto en ambos casos habría que negar el dolo eventual, lo que no es correcto, pues –tal como la doctrina suele concretar lo que realmente pensaron los autores– en ambos los sujetos son conscientes de la posibilidad del resultado (lesiones o muerte) y, aunque no les interese, no rechazan, sino que aceptan esa eventualidad.

Ahora bien, todo ello no es razón para rechazar la teoría del consentimiento, como hacen algunos diciendo que son inaceptables la fórmula de la aprobación o la 1ª fórmula de Frank; pues se puede defender alguna de las variantes de la teoría del consentimiento –y así lo hacen la mayoría de sus partidarios– pese a rechazar las dos fórmulas indicadas.

3. Teorías de la posibilidad y de la probabilidad (teorías de la representación)

a) En el extremo opuesto a las variantes de la teoría del consentimiento están la “teoría de la posibilidad” y la “teoría de la probabilidad”, también conocidas como “teoría de la representación” (aunque curiosamente este nombre algunos lo usan como equivalente a la teoría de la posibilidad, y otros a la de la probabilidad); según las mismas el dolo eventual no requiere elemento volitivo, sino sólo intelectual o cognitivo, el conocimiento o representación de –según una teoría– la posibilidad o –según la otra– la probabilidad de producción del hecho típico.

Ahora bien, aunque por estar totalmente acuñados los términos “teoría de la posibilidad” y “de la probabilidad” parece preferible mantenerlos, la verdad es que no son muy precisos: pues no se trata de concepciones objetivistas, que se conformen con la pura situación objetiva de posibilidad o de probabilidad aunque el sujeto no sea consciente de ella, sino que exigen precisamente ese componente intelectual del conocimiento de la posibilidad o de la probabilidad. Por eso sería más exacto denominarlas, respectivamente, “teoría de la representación de la posibilidad” y “teoría de la representación de la probabilidad”.

b) Según la *teoría de la posibilidad* (v. Liszt, Schröder, Schmidhäuser, Zielinski) 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 consciente, 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 sostiene que, si el sujeto pese a la representación de la posibilidad confía en que no se produzca el resultado (o el hecho), ya no tiene una “verdadera o auténtica representación” (Schröder), o tiene conciencia de una “posibilidad abstracta”, pero no de la “posibilidad concreta” (Schmidhäuser), y por ello niegan que haya dolo eventual –llegando realmente al mismo resultado que la teoría del consentimiento, sólo que con otros nombres– y afirman que hay imprudencia inconsciente.

c) La *teoría de la probabilidad* (H. Mayer, Ross, Schumann, Joerden, Gimbernat, inicialmente Mir¹², Octavio de Toledo/Huerta, Silva) considera que para el dolo eventual no basta con conciencia de la mera posibilidad, que será lo característico de la imprudencia consciente, pero sí basta con la conciencia o representación de la probabilidad, o sea de un determinado grado elevado de posibilidades, de producción del hecho típico (otros, como Frisch o Jakobs, utilizan un concepto similar, el de conciencia de un cierto grado de riesgo o peligro, o, como Laurenzo, el de conciencia de un peligro concreto y directo de lesión; próximas también las fórmulas del “tomar en serio” de Stratenwerth, o del “contar con” de Welzel, e igualmente, aunque dando más importancia a la propia situación objetiva abarcada por el dolo, las formulaciones de Herzberg, de la conciencia de un “comportamiento peligroso cualificado”, a saber, de un “peligro no cubierto, resguardado o asegurado”, o la de Bottke exigiendo representación de un “riesgo típico intolerable”, no paralizables mediante actuación). En cambio, y al igual que la teoría de la posibilidad, sostiene que no es preciso en absoluto para el dolo eventual el consentir, aceptar o conformarse como elemento volitivo; según unos como excepción para el dolo eventual, y según otros porque tampoco el dolo en general requiere voluntad (así sucede, según éstos, en el dolo directo de 2º grado, de tal manera que entre éste y el dolo eventual sólo habría una diferencia del grado de posibilidades –todas en el dolo directo de 2º grado, bastantes en el dolo eventual– de las que se tiene conciencia).

Dentro de la teoría de la probabilidad –o del peligro o riesgo– hay divergencias, por una parte, en cuanto al grado de probabilidad que ha de representarse el 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 (representación de la) probabilidad sostiene que si el sujeto cree, no sólo posible, sino muy posible –probable– el hecho o el resul-

¹² En Función de la pena y teoría del delito, 1979, 52 s.; pero posteriormente (PG, 3ª, 1990, 264 ss.; 5ª, 1998, 248 ss.), pasa a defender una teoría mixta o ecléctica.

tado, hay dolo eventual aunque confíe en que no se produzca, aunque acabe por descartarlo (no aceptarlo). Pero, al igual que ocurría con la teoría de la posibilidad, también aquí hay versiones que consideran que si el autor, pese a ser inicialmente consciente de la peligrosidad o probabilidad, confía en que no se produzca el hecho, no tiene un auténtico “juicio, válido para él”, del peligro o la probabilidad (Jakobs), no tiene una vinculación personal, una “visión para sí”, no “parte para sí” del peligro o riesgo (Frisch), o no se “toma en serio”, no “cuenta con” (Stratenwerth o Welzel) la producción del hecho, o no se representa un riesgo no cubierto o asegurado (Herzberg), un riesgo intolerable en cuanto no paralizante (Bottke).

d) Estas teorías de la representación (de la posibilidad o de la probabilidad), en la medida en que se defienden *en su forma pura, no son aceptables por prescindir totalmente del elemento volitivo*, necesario para cualquier clase de dolo —también para el dolo directo de segundo grado, en que, como se vio, el sujeto necesariamente acepta la producción del hecho— y necesario por ello también para el dolo eventual, no sólo por coherencia sistemática con las formas de dolo directo, sino además porque el elemento volitivo, aunque sea en su forma menos intensa, es lo que materialmente fundamenta la diferencia de desvalor —subjetivo y objetivo— de la acción frente a la imprudencia.

Por una parte, si el autor, por mucho que se represente la posibilidad o incluso la probabilidad de realizar el hecho típico, no acepta esa eventualidad porque confía con un mínimo —aunque erróneo— fundamento (lo que ya veremos que normativamente hay que exigir para que la confianza sea más que un deseo) en su no producción, p. ej. si el automovilista que por prisa va a irrumpir en un paso de peatones cuando cruzan varias personas, es consciente de la alta peligrosidad de su acción, pero pese a todo confía arriesgadamente en su habilidad como conductor para esquivar y no atropellar a ninguna, no cumple el mínimo de desvalor de acción propio del dolo, por lo que es injusto considerar y castigar como dolosa —como hacen las versiones estrictas de estas dos teorías— una conducta que se aleja totalmente del dolo directo y cuyo desvalor de acción corresponde claramente a la imprudencia (es imprudencia consciente). Por otra parte y a la inversa, si, aunque sean no muy altas las posibilidades de producción del hecho, el sujeto acepta esa eventual producción, sin descartarla ni intentar evitarla, lo correcto es calificar esa decisión de la voluntad como dolo eventual, y no como mera imprudencia consciente, como pretendería la teoría de la probabilidad (la objeción no afecta en este caso a la teoría de la posibilidad, pues para ella hay también dolo eventual en ese caso, aunque con la incorrecta fundamentación de que basta con la conciencia de la posibilidad).

Además, la teoría de la *probabilidad* presenta el grave inconveniente de la *imprecisión* a la hora de fijar el grado de posibilidades que ha de represen-

tarse el sujeto (con la dificultad adicional por tanto de un juicio subjetivo, no del grado objetivo de peligro) para marcar la frontera entre la conciencia de lo simplemente posible y la de lo probable, y por tanto entre la imprudencia consciente y el dolo eventual; si los casos extremos (conciencia de un 1-10% de posibilidades, por un lado, y por otro, del 80-95%) serían fácilmente clasificables, los juicios sobre porcentajes intermedios y próximos (p. ej. entre un 40 y un 60% de posibilidades) ya no está tan claro dónde encuadrarlos, ni se ve clara la justicia de atribuirlos a una categoría y no a la otra. Y por lo demás, las dificultades probatorias de la representación del grado de peligro por parte del sujeto y de su juicio más o menos aproximado serán como mínimo no inferiores a las que se atribuyen —como crítica— a la comprobación de la existencia o no de consentimiento. En cuanto a la teoría de la *posibilidad*, no supone estos inconvenientes de imprecisión y dificultad de prueba, pero precisamente porque se limita a exigir para el dolo eventual conciencia de la simple posibilidad de producción del hecho, *exigencia tan mínima que es totalmente inadmisble*: el dolo eventual ya no supondría ni siquiera —como en la teoría de la probabilidad— una zona intermedia (la conciencia de la probabilidad) entre el conocimiento de la seguridad y el de la mera posibilidad, y con ello se suprimiría —innecesaria e inadecuadamente— la imprudencia consciente.

e) Por el contrario, las versiones no puras o estrictas de las dos teorías de la representación, que ya se han visto, acaban llegando a resultados concordantes con la teoría del consentimiento, por lo menos con su versión restringida de la confianza mínimamente fundada, y que me parecen correctos. Pero, aparte de que así se desnaturalizan las teorías de la representación, en el fondo estas versiones, como destaca Rodríguez Montañés¹³, no son más que un intento de considerar como elemento simplemente cognitivo o intelectual —eso sí, bajo la forma especial de un juicio de valor o toma de posición— el hecho de confiar/no confiar en la no producción del resultado, descartarlo/aceptarlo, cuando esas tomas de posición se pueden explicar más exactamente y con más claridad como decisiones o resoluciones de voluntad. En cualquier caso, la discusión acaba siendo prácticamente nominal (en el mismo sentido Roxin¹⁴).

4. Teoría del sentimiento o de la indiferencia

Para esta teoría (M.E. Mayer, Engisch o, en nuestra doctrina, Muñoz Conde combinándola con la del consentimiento) hay dolo eventual si el sujeto muestra un sentimiento, actitud subjetiva o disposición de ánimo de no impor-

¹³ *Delitos de peligro*, 1994, 88-103.

¹⁴ Cfr. ROXIN, AT, 3ª, 1997, § 12 nm. 66 (PG, 2ª, 1994, § 12 nm. 61); igual LACKNER, StGB, 1995, § 15 27.

tarle, 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.

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 a una decisión de voluntad, que es lo que cuenta: Por una parte, el sentimiento de indiferencia no es incompatible con una imprudencia, p.ej. temeraria, en que el sujeto confíe en no producir el hecho; y a la inversa, puede haber dolo, eventual o incluso directo, en que el sujeto no sea indiferente, sino sensible, preocupado o disgustado por la producción del hecho.

5. Teorías mixtas o eclécticas

Actualmente son frecuentes los intentos de unir o combinar las dos principales teorías, del consentimiento y de la probabilidad, mediante fórmulas mixtas o eclécticas (p. ej. Blei, Bockelmann/Volk, Eser, Jescheck, Stratenwerth, Mir -PG-, Bacigalupo, Zugaldía), como exigir que el sujeto se tome en serio, de verdad cuente con la posibilidad, sea consciente 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 (salvo cuando no haya probabilidad sino mera posibilidad), sino de considerar que, si el sujeto considera realmente probable (o posible pero en concreto) 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 concibe como realmente probable, no cuenta con él, no se lo toma en serio.

Como se ve, con esto se pretende un notable acercamiento o incluso coincidencia entre las teorías del consentimiento y de la representación, fundamentalmente en su variante de la probabilidad; máxime cuando algunas fórmulas de la teoría de la probabilidad o próximas a ésta, como hemos visto, en el fondo hacen esta combinación.

Sin embargo, *no siempre es posible la coincidencia de criterios y resultados* entre las teorías del consentimiento y de la probabilidad. En primer lugar, aunque este supuesto no se suele destacar por las teorías mixtas, el sujeto puede ser consciente 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 consciente 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.

Si pese a todo en un caso así las teorías mixtas siguen afirmando que, ante tal confianza infundada del sujeto que conoce la gran peligrosidad y su incontabilidad, éste realmente no considera probable o no se toma en serio la posibilidad del hecho, ello supone forzar totalmente y desnaturalizar los conceptos conciencia de la probabilidad o tomarse en serio. Y si, en cambio, como es más frecuente, los partidarios de las teorías mixtas sólo niegan la conciencia de la probabilidad o el tomarse en serio cuando el sujeto actúa con una confianza mínimamente fundada en poder evitar el hecho, como defiende la teoría restringida del consentimiento, que es la más correcta, entonces ciertamente se llega en ese punto a una aceptable coincidencia de resultados con esta teoría, pero forzando aún algo los conceptos conciencia de la probabilidad y tomarse en serio —sobre todo el primero—, que no son estrictamente necesarios ni decisivos para el dolo eventual, sino sólo un indicio del mismo.

6. Concepción correcta: teoría restringida del consentimiento o aceptación

En las últimas décadas se ha extendido bastante la que se puede denominar “teoría restringida del consentimiento o de la aceptación”, defendida bien como tal o dentro de una teoría mixta, y que considero la correcta¹⁵. La misma supone que, por las razones ya indicadas (por coherencia con las otras formas de dolo directo y para distinguirse con suficiente fundamento material, por su más grave desvalor de acción, de la imprudencia consciente), el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento (o fórmulas similares) de la eventual producción del hecho, pero que mediante una *valoración objetivo-normativa* se puede restringir lo que se entiende por aceptación/no aceptación. La restricción más usual e importante consiste en considerar que la aceptación (o consen-

¹⁵ En mis trabajos he ido pasando de la teoría pura de la aceptación (así, igual que en ocasionales pronunciamientos anteriores, todavía en RDCir 1986, 321 = DPCir, 1990, 165) a la teoría restringida de la aceptación, exigiendo una mínima base racional en la confianza (planteándola en RDCir 1990, 102; defendiéndola en PJ 23, 1991, 94 = El DP ante las nuevas formas de delincuencia, 1993, 196; Curso PG I, 1996, 426 s.).

timiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho –considerando que esa confianza meramente subjetiva no es una auténtica confianza, sino una esperanza o deseo jurídicamente irrelevante–, sino que *la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente*, aunque errónea, en que no se produzca el hecho¹⁶.

Por otra parte, y aunque no se suele destacar en este contexto el paralelismo o simetría, en el extremo opuesto una restricción objetivo-normativa de la voluntad conduce igualmente a afirmar que sólo hay un deseo (o un sentimiento) jurídicamente irrelevante y no auténtica voluntad (para el dolo directo de primer grado no un auténtico pretender conseguir, y para el dolo eventual no una auténtica aceptación o consentimiento) cuando el sujeto es consciente de que hay sólo unas posibilidades tan mínimas y remotas que la acción es inadecuada (desde el punto de vista de la imputación objetiva) para producir un eventual resultado típico.

En ambos casos, pero sobre todo en el más importante a efectos de dolo eventual, el de la confianza totalmente infundada, la pertenencia del dolo al injusto típico, con la consiguiente valoración objetivo-general de todos sus elementos justifica que se haga esa valoración objetiva y consiguiente restricción del elemento volitivo del dolo eventual. Así como en el elemento intelectual hemos visto que, por esas mismas razones sistemáticas y materiales de la inclusión del dolo en el injusto, ha de haber un conocimiento de todos los elementos objetivos que fundamentan la prohibición, o sea, un dolo objetivamente malo (es decir, desvalorado jurídicamente con carácter objetivo-general), que para el hombre medio ideal supone también lógicamente el conocimiento de la prohibición, aunque el autor concreto pueda no tener, por un error de prohibición, conciencia de la antijuridicidad ni por tanto *dolus malus* en sentido subjetivo, así también ha de operarse con una valoración jurídica objetivo-general del elemento volitivo. Por eso, para excluir la auténtica aceptación (jurídicamente relevante), lo que cuenta no es la mera esperanza o confianza irracional y puramente subjetiva en la no pro-

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

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 (p.ej. si el sujeto no hace la menor comprobación de si el testimonio que presta es cierto o no, o 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 (p.ej. 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.

7. Gravedad y punición del dolo eventual; compatibilidad con la tentativa

a) El dolo eventual supone, en cuanto a desvalor (subjetivo y objetivo) de acción, una gravedad del injusto algo menor que las formas de dolo directo, al ser también menos intensa la voluntad, y además inferior la peligrosidad *a priori* que en el dolo directo de 2º grado –donde hay conciencia de la seguridad de producción del hecho– y que en el directo de 1º grado por regla general –ya que en éste el sujeto pone todo de su parte para lograr el fin–. Ello puede ser tenido en cuenta en los tipos que no distinguen clases de dolo mediante la determinación de la pena: en general, porque el art. 66,1ª CP ya indica que se tenga en cuenta “la mayor o menor gravedad del hecho”, donde también está incluida la gravedad del desvalor de la acción, y en casos de notable disminución de la misma por haber escasa probabilidad y aceptarse a disgusto la eventual producción del hecho, porque puede apreciarse incluso una atenuante analógica (art. 21,6º) en su significado a otras atenuantes de disminución del injusto (en el CP actual analogía de significado con las causas de justificación incompletas, mientras que en el CP 1944

¹⁶ Así p.ej., ENGELH, Untersuchungen, 1930, 176 s. (desde la teoría de la indiferencia: 186 ss.); KÜPPER, ZStW 100 1988, 766, 774 s.; SCHROTH, NSZ 1990, 325; JuS 1992, 7 (con ulteriores citos); Luzón Peña, PJ 23, 1991, 94; Curso PG I, 1996, 426 s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, 1994, 62 ss.; MAQUEDA, ADPCP 1995, 436. Pero tb. se defiende ese criterio desde teorías cognoscitivas: p.ej. SILVA, ADPCP 1987, 657, LL 1988-3, 972; LAURENZO, Dolo y conocimiento, 1999, 274 ss.; Bustos/Hormazábal, Lecciones DP, II, 1999, 182 s. Y también coinciden materialmente con ese criterio defensores de diversas posiciones que p. ej. distinguen entre simple deseo y voluntad –Welzel, Strafrecht, 1969, 68 s.– o entre mera esperanza y confianza –como ROXIN, AT, 3ª, 1997 (PG, 2ª, 1994), § 12 nm. 27 s., exigiendo para la segunda capacidad de control o evitación (así tb. v.gr., CORCOY, ADPCP 1985, 971; Herzberg, cit. en bibl.; Díaz Pita, El dolo eventual, 1994, 290 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, 3ª, 1998, 304 ss.) u otros fundamentos objetivos.

además se podía apreciar analogía específica con la atenuante de preterintencionalidad del art. 9,4ª)¹⁷. Y excepcionalmente, en algunos tipos la menor gravedad frente al dolo directo ya es tenida en cuenta por la propia ley, castigando sólo la comisión con dolo directo, o al menos creando un tipo agravado para el supuesto de dolo directo y otro más benigno para el de dolo eventual.

Ahora bien, en cualquier caso el dolo eventual es auténtico dolo y distinto y más grave que la imprudencia, consciente o inconsciente, como reconocen jurisprudencia y doctrina dominantes (sólo una opinión muy minoritaria –Rguez. Muñoz, Ferrer, Rguez. Devesa, Bello Landrove y de lege ferenda, Eser o Weigend– lo trata como imprudencia grave). Pues, como ya he indicado, con la aceptación o consentimiento, tanto el desvalor subjetivo de la acción que en definitiva implica una decisión contra el bien jurídico en circunstancias objetivamente prohibidas por el Derecho, como el desvalor objetivo de la acción, su peligrosidad, que generalmente aumenta en comparación con la misma actuación imprudente por el hecho de que el sujeto acepta, no descarta y no intenta evitar el resultado o hecho típico, son sustancialmente el desvalor de la acción propio del dolo, cualitativa y cuantitativamente más grave que el de la imprudencia.

b) Siendo así, lo consecuente es considerar que, tanto conceptualmente como por razones materiales, es compatible la tentativa (y su punición) con el dolo eventual¹⁸, al igual que es punible la tentativa con dolo directo y a diferencia de lo que sucede con la imprudencia, donde la ley no castiga la “tentativa” o conducta peligrosa sin consumación (salvo que excepcionalmente la tipifique como delito de peligro).

Ahora bien, en el CP español se tropieza con el –posible– obstáculo formal de la redacción legal concreta, que parece más bien limitar la tenta-

¹⁷ Defendían precisamente la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad en el CP anterior, MIR, Preterintencionalidad y límites del art. 50 del CP, RJCat 1979, 99; Notas al Tratado de DP de Jescheck, 1981, 427 (aquí distinguiendo casos de aplicación del art. 50, de la atenuante de preterintencionalidad y de la atenuante analógica a ésta); CORCOY, ADPCP 1985, 972, n. 50 (sólo apuntándolo); BUSTOS, *Manual PG*, 4ª, 1994, 290 s., 360, partiendo de que el dolo eventual es culpa consciente agravada y equiparada penológicamente al dolo; en BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones DP*, II, 1999, 186 s., sigue partiendo de esa posición, pero ya no defiende la atenuación. La STS 24-10-1989, A 7744, propone de lege ferenda para el dolo eventual un tratamiento intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente.

¹⁸ Así la doc. dom. alemana (cfr. FARRÉ, *La tentativa*, 1986, 78 s.; TAMARIT, ADPCP 1992, 519 ss., exponiendo tb. que la doc. italiana está más dividida) y española: ANTÓN ONECA, DP I, 1949, 408; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/R. Mourullo, Coment I, 1972, 96, 125; JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado DP, VII, 1977, 899; FARRÉ, *La tentativa*, 1986, 94 s.; ADPCP 1986, 263 ss.; SILVA, LL 1988-3, 973 ss.; LUZÓN PEÑA/DE VICENTE/DÍAZ, RJCstLM 7 1989, 363 ss.; LUZÓN PEÑA, DPCir, 1990, 239 ss.; *Curso PG I*, 1996, 428; VIVES/OTROS, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tirant, 1989, 63 ss., 69 ss.; COBO/VIVES, *PG*, 5ª, 1999, 728, n. 69; MIR, *PG*, 5ª, 1998, 343; asimismo TS 7-3-1981, A 1228; 30-1-1982, A 187; 17-6-1982, A 3543; 20-9-1989, A 12345. En contra, TAMARIT, ADPCP 1992, 534 ss. (con múltiples argumentos); BUSTOS, en Bustos/Hormazábal, *Lecciones DP*, II, 1999, 183, 186 s.; *Manual PG*, 4ª, 1994, 290 s., 360, porque sostiene que el dolo eventual es estructuralmente culpa consciente agravada y equiparada sólo penológicamente al dolo.

tiva a la actuación con dolo directo, al hablar el art. 16.1 de realizar todos o parte de los “actos que objetivamente deberían producir el resultado” (como ya sucedía en el art. 3,2º y 3º CP 1944: “actos de ejecución que *deberían* [o debieran] producir” el delito). Para salvar ese obstáculo habrá que acudir a una interpretación amplia para el dolo eventual, entendiendo que la tentativa inacabada o acabada consiste en realizar actos de ejecución que, en caso de realizarse la eventualidad aceptada (en caso de concretarse el peligro en dirección lesiva), deberían producir como resultado el delito.

Bibliografía

Sobre el dolo en general: Antolisei, PG, 1991, 302 ss.; Antón Oneca, DP I, 1949, 197 ss.; Bacigalupo, Principios DP, PG, 4ª, 1997, 223 ss.; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 10ª, 1995, 418 ss.; Bettiol/P.Mantovani, PG, 1986, 503 ss.; Blei, AT, 1983, 112 ss.; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Leipzig, Engelmann, t. II: Schuld, Vorsatz, Irrtum, 1ª, 1877/2ª ed., 1-2, 1914-1916 (reimpr., Aalen, Scientia Vlg., 1965); Bockelmann/Volk, AT, 1987, 68 ss.; Boscarelli, PG, 1991, 79 ss.; Bricola, Dolus in re ipsa, Milano, 1960; Bustos, Manual PG, 1994, 277 ss.; Bustos/Hormazábal, Lecciones DP, II, 1999, 59 ss., 181 ss.; Cerezo, Curso PG II, 6ª, 1998, 123 ss.; Cobo/Vives, PG, 5ª, 1999, 615 ss., 619 ss.; Contento, Corso, 1994, 333 ss.; Córdoba Roda, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, Barcelona, Bosch, 1962, 62 ss.; Coment I, 1972, 17 ss.; Correia, DCr I, 1993, 367 ss.; Cuello Calón, PG, 1980, 439 ss.; Cuello Contreras, DP español, PG I, 2ª, 1996, 505 ss.; Donna, TDP 2, 1995, 91 ss.; Dreher/Tröndle, StGB, 1993, § 15, 2 ss.; Englisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin, Liebmann, 1930 (reimpr. München, Aalen, Scientia Vlg., 1964); Eser/Burkhardt, AT, 1992, 71 ss.; DP, 1995, 139 ss.; Fernández Carrasquilla, DP II, 1989, 255 ss.; Fiandaca/Musco, PG, 1995, 305 ss.; Fiore, PG, 1993, 211 ss.; Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW 10 1898, 169 ss.; StGB, 1931, § 59 (179 ss.); Freund, AT, 1998, 217 ss.; Frisch, Vorsatz und Risiko, Köln, Heymanns, 1983; Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung, GdS f. Meyer, 1990, 533 ss.; Gehrig, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen, Berlin, Duncker & Humblot, 1986; Gimbernát, Introducción, 1979, 44; Gropp, AT, 1998, 141 ss.; Hassemer, Kennzeichnen des Vorsatzes, GdS f. Armin Kaufmann, 1989, 289 ss. (= Los elementos característicos del dolo, trad. Díaz Pita, ADPCP 1990, 909 ss.); Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, Göttingen, Schwartz, 1981; Hruschka, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, FS f. Kleinknecht, 1985, 191 ss.; StR, 1988, 1 ss., 211 ss.; Jaén Vallejo, en: López Barja/Rodríguez Ramos,

CP, 1990, 7 ss.; *Jakobs*, AT, 1991, 8/1 ss.; *Jescheck*, Tratado PG, 1981, 394 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª, 1996, 289 ss.; *Jiménez de Asúa*, Tratado, V, 3ª 1976, 305 ss., 1106 ss.; *Kargl*, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, Frankfurt, Peterlang, 1993; *Kindhäuser*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984), 1 ss.; *Köhler*, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, 285 ss.; AT, 1997, 149 ss.; *Kühl*, AT, 2ª 1997, 71 ss.; *Lackner*, StGB, 1997, § 15, 1 ss.; *Landecho/Molina*, PG, 5ª, 1996, 262 ss.; *Laurenzo Copello*, Dolo y conocimiento, Valencia, Tirant, 1999; *Lenckner*, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, 1890 ss.; *LK*, 1994, § 15, § 16, 74 ss.; v. *Liszt*, Lb, 1919, 163 ss.; Tratado II, 3ª, 409 ss.; v. *Liszt/Schmidt*, Lb, 1932, 252 ss.; *Luzón Cuesta*, Compend PG, 10ª, 1998, 79 ss.; *Luzón Domingo*, Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal, Barcelona, Hispano-Europea, 1960, I, 123 ss., 269 ss.; DP TS I, 1964, 88 ss.; *Luzón Peña*, Curso PG I, 1996, 400 ss.; *Luzón Peña/de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo*, ¿Conductores suicidas o conductores homicidas?, RJCstLM 7 1989, 361 ss. (también en Luzón Peña, Derecho Penal de la Circulación: DPCir, 2ª, 1990, 235 ss.); *Mantovani*, PG, 1992, 318 ss.; *Manzini*, Tratado II, 1948, 156 ss.; Trattato I, 1981, 773 ss.; *Maurach*, Tratado I, 1962, 301 ss.; *Maurach/Zipf*, 1992, AT I, 301 ss.; PG I, 1994, 374 ss.; *H. Mayer*, AT, 1953, 145 ss., 245 ss.; AT StGB, 1967, 116 ss.; *M.E. Mayer*, AT, 1915, 257 ss.; *Mezger*, Tratado II, 3ª, 1957, 102 ss.; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, 52 ss., 80 ss.; El error como causa de exclusión del injusto y/o la culpabilidad en Derecho español, LL 1991-1, 1030 ss.; ; Conocimiento y voluntad en el dolo, CuadDJ 1994 (Elementos subjetivos de los tipos penales); PG, 3ª 1990, 253 ss., 5ª, 1998, 238 ss.; *Moner Muñoz*, El dolo y su control en el recurso de casación, CuadDJ 1994 (Elementos subjetivos de los tipos penales); *Muñoz Conde/García Arán*, PG, 3ª, 1998, 295 ss.; *Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1951; *Octavio de Toledo/Huerta*, PG, 1986, 119 ss.; *Otto*, AT, 1992, 67 ss.; *Padovani*, DP, 1993, 242 ss.; *Pagliari*, PG, 1993, 265 ss.; *Paredes Castañón/De Vicente/Díaz y García Conlledo*, Argumentación y prueba en la determinación del dolo (Comentario a la STS 24-10-1989), PJ (en prensa); *Picotti*, Il dolo specifico. Un indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali, Milano, Giuffrè, 1993; *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, Wien, Springer, 1964; *Queralt*, El dolo y el conocimiento de la antijuricidad, CuadDJ 1994 (Elementos subjetivos de los tipos penales); *Quintano*, Curso I, 1963, 277 ss.; *Quintero/Morales/*

Prats, Manual PG, 1999, 333 ss.; *Ragués Vallès*, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (Comentario a la STS 24-11-1995), ADPCP 1996, 795 ss.; El dolo y su prueba en el proceso penal, pról. Silva Sánchez, Barcelona, J.M. Bosch, 1999; *Rodríguez Devesa*, PG, 1994, 459 ss.; *Rodríguez Mourullo*, en Córdoba, Coment I, 1972, 28 ss.; *Rodríguez Ramos*, Compendio PG, 1988, 206 ss.; *del Rosal*, Tratado II, 1972, 99 ss.; *Ross*, Über den Vorsatz, Baden-Baden, Nomos, 1979; *Roxin*, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 197 ss.; AT I, 1997 (PG 1994), § 12; *Rudolphi*, SK I, 6ª, 1995, § 16, 1 ss.; *Sainz Cantero*, Lecciones, 1990, 673 ss.; *Samson*, StR I, 1988, 27 ss.; Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, 449 ss.; *Schewe*, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems in medizinisch-psychologischer Sicht, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1972; *Schlehofer*, Vorsatz und Tatabweichung, Köln, Heymanns, 1996; *Schmidhäuser*, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, Tübingen, Mohr, 1968; AT Lb, 1975, 391; AT Stb, 1984, 200 ss.; Strafrechtliche Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, FS f. Oehler, 1985, 135 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, StGB, 25ª, 1997, § 15, 6 ss.; *Schröder*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes, FS f. Sauer, 1949, 297 ss.; *Schroth*, Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form dolus eventualis, NSTZ 1990, 324 ss.; Vorsatz und Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale, Frankfurt, Lang, 1994; *Schüler-Springorum*, Der natürliche Vorsatz, MSchKrim 1973, 363 ss.; *Schumann*, Zur Wiederbelebung des voluntativen Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989, 427 ss.; *Silva Sánchez*, Aproximación al DP contemporáneo, Barcelona, J.M. Bosch, 1992, 400 ss.; Probleme der Zurechnung bei impulsivem Handeln, JRE 2 1994, 505 ss.; *Spendel*, Zum Begriff des Vorsatzes, FS f. Lackner, 1987, 167 ss.; *Stratenwerth*, AT, 1981, 93 ss.; PG, 1982, 92 ss.; *Struensee*, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 1990, 20 ss.; Dolo de causar y causalidad putativa (trad. de Serrano y Gzlez. de Murillo), ADPCP 1990, 933 ss.; *Tassi*, Il dolo, Milano, Cedam, 1992; *Torío*, Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas, CuadDJ 1994 (Elementos subjetivos de los tipos penales); *Trejo/Serrano/Fuentes/Rodríguez/Cortez*, PG, 1992, 267 ss.; *Tröndle/Fischer*, StGB, 49ª, 1999, § 15, 1 ss.; *Ventura Püschel*, Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales (Comentario a la S 20-5-1992 Trib. Militar Territorial 1º de Valencia), PJ 29-1993, 161 ss.; *Volk*, Dolus ex re, FS f. Arth. Kaufmann, 1993, 611 ss.; *Welzel*, Lehrbuch, 1969, 64 ss.; PG, 1987, 94 ss.; *Wessels/Beulke*, AT, 28ª, 1998, 210 ss.; *Zaffaroni*, Tratado

III, 1981, 295 ss.; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Berlin, Duncker & Humblot, 1973.

Sobre dolo eventual: Además de la general de la Secc. 3ª: v. *Bar*, Dolus eventualis?, ZStW 18 1898, 534 ss.; *Bello Landrove*, El dolo eventual en España (reflexiones para un debate), JD 32, 1998; *Bottke*, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, en: Schünemann/Pfeiffer (eds.), Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, 171 ss.; Rechtsfragen beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, AIFO 1989, 468 ss.; *Brammsen*, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes. Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?, JZ 1989, 71 ss.; *Bustos Ramírez*, El principio de culpabilidad en el AP de CP, DJ 37/40 1983, 80 ss.; Política criminal y dolo eventual, RJCat 1984, 309 ss.; *Cunestrari*, Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose, Milano, Giuffrè, 1999; *Corcoy Bidasolo*, En el límite entre dolo e imprudencia (Comentario a la STS 28-10-1983), ADPCP 1985, 961 ss.; *Cuello Contreras*, Acción, capacidad de acción y dolo eventual, ADPCP, 1983, 77 ss.; *Díaz Pita*, El dolo eventual (prólogo Muñoz Conde), Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; *Eser/Burkhardt*, DP, 1995, 157 ss.; *Farré Trepas*, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, ADPCP 1986, 257 ss.; La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia, Barcelona, Libr. Bosch, 1986, 77 ss.; *Feijóo Sánchez*, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo, CPC 1998, 269 ss.; *Frank*, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW 10 1898, 169 ss.; StGB, 1931, 190; *Frish*, Vorsatz und Risiko, Köln, Heymanns, 1983; Offene Fragen des dolus eventualis, NSTZ 1991, 23 ss.; *Geppert*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatzes und bewußter Fahrlässigkeit, Jura 1986, 610 ss.; *Gimbernat*, ¿Cuándo se “conoce” la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párr. del art. 489 bis CP?, RDCir 1969, 1 ss. = Acerca del dolo eventual, Estudios, 3ª, 1990, 240 ss.; Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación paricidio-asesinato), ADPCP 1990, 421 ss.; *Hassemer*, Kennzeichnen des Vorsatzes, GdS f. Arm. Kaufmann, 1989, 289 ss. (= Los elementos característicos del dolo (trad. Díaz Pita), ADPCP 1990, 909 ss.); *Herzberg*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249 ss.; Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten, JuS 1987, 777 ss.; Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids, NJW 1987, 1461 ss.; Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirm-

tem Geschlechtsverkehr, NJW 1987, 2283 ss.; Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der fahrlässigen und der vorsätzlichen Straftat, JZ 1987, 536 ss.; Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung von bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, 573 ss.; *Hillenkamp*, Dolus eventualis und Vermeidewille, GS f. Arm. Kaufmann, 1989, 351 ss.; v. *Hippel*, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Leipzig, Hirzel, 1903; Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA III, 1908, 373 ss.; *Jakobs*, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, de Gruyter, 1972; Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikte bei Risikogewöhnung, FS f. Bruns, 1978, 31 ss.; *Jeschke*, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, Freiburg im Br., 1965; *Arm. Kaufmann*, Der dolus eventualis im Deliktaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 1958, 64 ss. (= El dolo eventual en la estructura del delito -trad. Suárez Montes-, ADPCP 1969, 185 ss.); *Kindhäuser*, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 1984, 1 ss.; *Köhler*, Vorsatzbegriff und Bewußtseinform des Vorsatzes, GA 1981, 285 ss.; Die bewußte Fahrlässigkeit, Heidelberg, Carl Winter, 1982; *Küpper*, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 1988, 758 ss.; *Lacmann*, Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ZStW 31 1911, 142 ss.; Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes, GA 1911, 109 ss.; *Luzón Peña*, Dolo eventual o directo en lesiones, daños y atentado. Concurso ideal de infracciones imprudentes. Comentario a la STS 28-5-1986, RDCir 1986, 320 s. (= DPCir, 1990, 159 ss.); Nota a STS 22-3-1989. Dolo (eventual) en la omisión de socorro agravada, RDCir 1990, 101 s.; Problemas de la transmisión y prevención del sida en el DP español, PJ 1991-23, 87 ss. (vers. ampliada en: El DP ante las nuevas formas de delincuencia, Consejo Gral. Poder Judicial/Centre d'Estudis Jurídics i Formació Espec., Barcelona, 1993, 187 ss.); *Luzón Peña/de Vicente Remesal/Díaz y García Conlledo*, ¿Conductores suicidas o conductores homicidas?, RJCstLM 7 1989, 361 ss. (también en *Luzón Peña*, DPCir, 1990, 235 ss.); *Mapelli Caffarena*, El dolo eventual en el asesinato, ADPCP 1989, 431 ss.; *Maqueda Abreu*, La relación “dolo de peligro”-“dolo (eventual) de lesión”. A propósito de la STS 23-4-1992 “sobre el aceite de colza”, ADPCP, 1995, 419 ss.; *H. Mayer*, AT, 1953, 250 ss.; AT StuB, 1967, 120 ss.; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, 52 s.; PG, 1990, 261 ss.; *Philipps*, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW 85 1973, 27 ss.; *Prittitz*, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, 427 ss., 486ss.; *Rodríguez Montañés*, Delitos de peligro, dolo e imprudencia (prólogo Luzón Peña), Madrid, Univ. Complutense/

Centro de Estudios Judiciales, 1994; en: Paredes/Rodríguez Montañés, El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, Valencia, Tirant, 1995, 203 ss.; Problemas de responsabilidad por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones sobre el "caso de la colza", en Mir/Luzón Peña (coords.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, 263 ss.; *Roxin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, 53 ss.; AT, 1994, 356 ss.; *Schmidhäuser*, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305 ss.; Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH ..., GA 1958, 161 ss.; Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, Tübingen, Mohr, 1968; Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit), JuS 1980, 241 ss.; Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, FS f. Oehler, 1985, 135 ss.; *Schönke/Schröder/Cramer*, StGB, 1991, § 15, 72 ss.; *Schröder*, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes, FS f. Sauer, 1949, 297 ss.; *Schroth*, Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form dolus eventualis, NSTZ 1990, 324 ss.; Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1992, 1 ss.; *Schumann*, Zur Wiederbelebung des voluntativen Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989, 427 ss.; *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?, JR 1989, 89 ss.; *Silva Sánchez*, Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad, ADPCP 1987, 647 ss.; Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida", RJCstLM 7 1989, 453 ss. (= LL 1988-3, 970 ss.); *Stratenwerth*, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 1959, 51 ss.; *Tamarit Sumalla*, La tentativa con dolo eventual, ADPCP 1992, 515 ss.; *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Berlin, Duncker & Humblot, 1972; *Zugaldía Espinar*, La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual, ADPCP 1986, 395 ss.

LIBERTAD, RESPONSABILIDAD JURÍDICA Y GENES

Prof. Dr. Ferrando Mantovani

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Florencia

1. La permanente antinomia: "libertad-necesidad".

El Derecho Penal es el sector del Derecho humanamente más rico, pero también el más inquietante puesto que en el mismo revive el conflicto existencial del hombre entre la irrenunciable idea de la propia libertad interior y la consciencia de los inevitables condicionamientos.

Es así que las Ciencias criminales oscilan permanentemente entre esos dos polos opuestos de la "responsabilidad" y de la "irresponsabilidad" del reo. Este es un reflejo natural del perenne problema del "indeterminismo" y del "determinismo", que desde siempre ha preocupado a la Antropología filosófica; no permite comprobación empírica definitiva y es irresoluble, porque está fijado en la perenne antinomia entre las dos categorías —la libertad y la necesidad— del pensamiento humano. Pensamiento que, no pudiendo salir de sí mismo y juzgar, con sus mismos instrumentos, sobre su validez, y atender a una total introspección, reproducirá siempre, a través de su mismo conocimiento, tal irresoluble e inherente antinomia.

Escuela Clásica, Escuela Positiva, Tercera Escuela, Nueva Defensa Social, Neoclasicismo, constituyen —como es sabido de todos— las pendulares respuestas al mencionado problema: con los consiguientes extremismos del "derecho penal de la responsabilidad moral-pena" y del "derecho penal de la peligrosidad social-medidas de seguridad". Así como con las mediaciones de compromiso del "derecho penal dualista de la responsabilidad-pena y de la peligrosidad-medidas de seguridad" y del "derecho penal unitario de la responsabilidad graduable-tratamiento individualizado".