

# La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

*La noticia de la muerte de mi querido maestro, don José Antón Oneca, me sorprendió a mi regreso de un coloquio internacional celebrado en el Instituto de Derecho Penal extranjero e internacional, de Friburgo en Br., en los días 19 al 21 de febrero. Para contribuir al fascículo que le dedica el ANUARIO, en recuerdo y homenaje a sus grandes cualidades humanas y extraordinaria valía científica, remito el texto de la comunicación que presenté en aquel coloquio internacional. A don José Antón Oneca le debo no sólo gran parte de mi formación, sino la perseverancia en mi labor docente e investigadora en un momento muy crítico de mi carrera universitaria.*

La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos no se deriva necesariamente, según los penalistas españoles, de la estructura finalista de la acción humana. En este sentido se han manifestado tanto los adversarios —Rodríguez Devesa (1), Rodríguez Mourullo (2)— como los defensores —Córdoba Roda (3) y yo mismo— de la doctrina de la acción finalista. Por mi parte, mantuve ya esta tesis en mi artículo «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en 1961 (4).

---

(1) J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid 1979, págs. 54-5.

(2) GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, Santiago de Compostela 1965, págs. 21 y ss., y *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1977, págs. 256-7.

(3) Véase CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 59 y ss., 85 y ss., y 93 y ss.

(4) Véase J. CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1961, págs. 3 y ss., y después en la nota 3 a mi traducción de *El nuevo sistema del Derecho penal*, de HANS WELZEL, Barcelona, Ariel, 1964, páginas 14 y ss., y en *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, "Nuevo Pensamiento Penal", año 1, núm. 2, págs. 222-3.

La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos no depende, a mi juicio, de la estructura finalista de la acción humana, sino de otros argumentos dogmáticos: el reconocimiento de otros elementos subjetivos de lo injusto (5); la punición de la tentativa, especialmente de la tentativa inidónea, prevista en el párrafo segundo del artículo 52 del Código penal español (6); la utilización, en algunos tipos, de verbos que hacen referencia a una actividad inequívocamente finalista (7); la concepción de las normas jurídico-penales como normas de determinación (mandatos y prohibiciones) y de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación (8). La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos depende, por consiguiente, en último término, de la concepción de lo injusto que inspire cada Código penal.

En la moderna Ciencia del Derecho penal española ha encontrado cada vez una mayor aceptación la tesis de que el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos en nuestro Código penal (9). Ningún eco ha hallado hasta ahora, sin em-

(5) En este sentido, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4.<sup>a</sup> ed., C. F. Müller Verlag, 1971, pág. 231; BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1957, pág. 63; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlín 1969, pág. 61; y CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 93-4.

(6) El conocido argumento de la tentativa, de Welzel, expuesto en *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., pág. 61 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 62 y ss. Véase un detenido análisis crítico de las objeciones de Mezger al argumento de la tentativa de Welzel, en mi artículo, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, fasc. 1.<sup>o</sup>, págs. 60 y ss.

(7) En este argumento basaba v. Weber, la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos; véase v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., 1948, págs. 54 y ss., y ya antes en *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, págs. 11-12.

(8) Véase, en este sentido, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., Duncker-Humblot, Berlín 1978, págs. 188 y ss., y especialmente págs. 192-3; y SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pág. 58.

(9) Véase, por ejemplo, CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 79-80, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, I, Barcelona, Ariel, 1962, págs. 301 y ss. y 370 y ss., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, págs. 93 y ss.; GIMBERNAT (que deduce la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos de la función de motivación de los tipos penales), *El sistema del Derecho Penal en la actualidad. Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976, págs. 93 y ss., especialmente pág. 96; R. F. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, Barcelona, Ariel, 1965, págs. 48 y ss. y *El delito de allanamiento de morada*, separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, Reus, 1968, págs. 33 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, Bosch, 1971, págs. 143 y ss. y *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976; y SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 58 y *Función de la pena y teoría del delito en el*

bargo, la tesis de la doble posición del dolo; es decir, de que el dolo sea por un lado un elemento subjetivo de lo injusto y por otro, una forma de la culpabilidad, en cuanto expresión de una disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho, como estiman Gallas, Jescheck y Wessels (10). En contra de la doble posición del dolo se ha manifestado hasta ahora únicamente, sin embargo, de un modo expreso, Muñoz Conde: «Ideas como éstas pueden conducir a una relativización peligrosa del sistema... Ciertamente puede ser un hecho, desde el punto de vista político-criminal, relevante para varias categorías delictivas, pero el encuadramiento sistemático de ese hecho debe llevarse a cabo en una categoría que pueda aprehenderlo en su totalidad. Si la categoría no puede cumplir esa misión, debe ser modificada y si, por estar dotada de un contenido preciso y determinado, no fuera esto posible, el hecho debe incluirse en otra categoría». «Volver a incluir estos elementos» (el dolo y los restantes elementos subjetivos de lo injusto) «en la culpabilidad me parece una complicación innecesaria y una falta antisistemática... Lo que no se puede hacer es querer incluir un mismo hecho en dos categorías sistemáticas distintas, pues entonces, ¿para qué sirven las clasificaciones y distinciones sistemáticas?» (11).

La doble posición del dolo no se ve impedida, a mi juicio, por obstáculo alguno en el plano ontológico. Cabe preguntarse únicamente si es necesario considerar de nuevo al dolo como forma de la culpabilidad, pues, como afirman Welzel y Hirsch, el dolo, como elemento de lo injusto es ya, en cuanto presupuesto del juicio de reproche, un elemento de la culpabilidad (12).

La respuesta depende, sobre todo, del problema político-criminal del tratamiento del error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. De «lege lata», en el Código penal español vigente, la exclusión de la pena de los delitos dolosos resulta en estos casos imposible. En nuestro Código

---

*Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, páginas 50 y ss.

(10) Véase GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la "Z. Str. W.", tomo 67, Walter de Gruyter, Berlín 1955, pág. 46; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 194 y 347-8; y WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg-Karlsruhe 1978, pág. 32.

(11) Véase MUÑOZ CONDE, Introducción a su traducción de *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1972, págs. 12 y ss. Muñoz Conde se refiere a la tesis de Roxin, que asigna también al dolo una doble función, como elemento subjetivo de lo injusto y como elemento de la culpabilidad, pero partiendo en ambos casos de un mismo concepto del dolo; véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2.<sup>a</sup> ed., 1973, págs. 42-3, y *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, "Z. Str. W.", tomo 74, 1962, fasc. 3, pág. 554.

(12) Véase WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 101-2, y HIRSCH, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9.<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, 1974, introducción al artículo 51, núm. 160.

penal, según el número 1.º del artículo 9.º, cuando falta alguna de las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación, reguladas en el artículo 8.º, se aprecia una atenuante (eximente incompleta). La jurisprudencia y la doctrina exigen, para la apreciación de la eximente incompleta, que concurren los elementos esenciales de la causa de justificación respectiva (13). En la legítima defensa, por ejemplo, se consideran esenciales los requisitos de la agresión ilegítima y de la necesidad de la defensa y como inesenciales —para la apreciación de la atenuante— que la defensa no vaya más allá de lo necesario para rechazar la agresión y la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (14). De acuerdo con esta interpretación, si el autor cree erróneamente que concurren todas las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, pero en realidad falta un elemento inesencial, no queda excluida *la pena del delito doloso*, sino que se aprecia una circunstancia atenuante. La atenuación de la pena es, según el artículo 66, obligatoria —por consiguiente, no tiene un carácter meramente facultativo— y de una magnitud considerable. Se aplica la pena inferior en uno o dos grados. En el homicidio doloso (art. 407), por ejemplo, en lugar de la pena de reclusión menor (doce años y un día a veinte años), la de prisión mayor (seis años y un día a doce años) o la de prisión menor (seis meses y un día a seis años). Este es el criterio mantenido constantemente por nuestro Tribunal Supremo (15). Cuando se trata, sin embargo, de un error vencible sobre uno de los elementos esenciales de una causa de justificación, el Tribunal Supremo condena por delito culposo (16). En realidad el Tribunal Supremo debería seguir en estos casos el mismo criterio, fijado por la ley, que en los supuestos de error sobre un elemento inesencial de una causa de justificación.

(13) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 325 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 2.º, 18.ª ed., Barcelona Bosch, 1981, págs. 575 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, pág. 24, y *Comentarios al Código Penal, I*, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 410 y 268 y ss., y las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1934 (A. 113), 28 de octubre de 1965 (A. 4856), 23 de mayo de 1966 (A. 2536) y 20 de febrero de 1978 (A. 460).

(14) Esta es opinión unánime en la doctrina; véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 326-7; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, IV*, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, 1961, págs. 159 y 204 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, págs. 84-5 y 110-1; y las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1973 (A. 2904), 2 de julio de 1973 (A. 2950) y 30 de noviembre de 1974 (A. 1487).

(15) Véase, por ejemplo, las Sentencias de 10 de noviembre de 1975 (A. 4122), 18 de junio de 1975 (A. 2893), 21 de mayo de 1975 (A. 2156), 27 de enero de 1958 (A. 107), 12 de diciembre de 1978 (A. 3948), 30 de abril de 1980 (A. 1512) y 19 de junio de 1980 (A. 2764).

(16) Véase, por ejemplo, las Sentencias de 23 de mayo de 1975 (A. 2327), 16 de junio de 1977 (A. 2747), 23 de noviembre de 1977 (A. 4401) y 21 de abril de 1980 (A. 1459).

En el Proyecto de Código penal español de 1980 (17) no se regula de un modo expreso el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. Se ha confiado la solución de este problema, como en la República Federal Alemana, a la doctrina y la jurisprudencia. En los párrafos primero y segundo del artículo 20 se regula el error sobre un elemento del tipo y en el párrafo tercero del mismo artículo, el error de prohibición, de acuerdo con la teoría de la culpabilidad. Queda sin resolver la cuestión de si el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición.

Una aplicación analógica de la regulación del error sobre un elemento del tipo en los supuestos de error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, como ha sido sugerida en Alemania especialmente por Gallas, Stratenwerth, Baumann y Dreher (18), o una simple remisión a la regulación del error sobre un elemento del tipo para determinar la pena aplicable, de acuerdo con la opinión de Jescheck, Wessels y Zipf (19) no es posible, a mi juicio, en el futuro Código penal español. En el párrafo 1.º del artículo 27 está prevista la apreciación como atenuante, de la causas de justificación incompletas y la situación seguirá siendo, por tanto, en este sentido, la misma que en el Código penal vigente; es decir, se mantendrá la pena del delito doloso y se apreciará únicamente, aunque *de modo obligatorio*, una circunstancia atenuante. En el artículo 81 se prevé la disminución obligatoria de la pena en un grado (y no en dos, porque en el Proyecto de Código penal las penas previstas en las diversas figuras delictivas son muy inferiores a las del Código penal vigente).

En el plano de los principios soy también de la opinión de que una equiparación del error sobre un elemento del tipo y el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no es justa. Si el autor tiene conocimiento de la concurrencia de todos los elementos del tipo, esto debe servirle de estímulo, como señala Welzel (20), para cerciorarse de la presencia efectiva de las circunstancias que sirven de base a las causas

---

(17) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, "Boletín Oficial de las Cortes Generales", Congreso de los Diputados, I, Serie A, 17 de enero de 1980, núm. 108-I.

(18) GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, pág. 46, nota 89; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 2.ª ed., págs. 152 y ss., (núms. 494 y ss.); BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Verlag E. y W. Gieseck, Bielefeld, 1975, página 433; y DREHER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Festschrift für E. Heinitz, págs. 224 y ss.

(19) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., págs. 375-6; WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., págs. 85 y 89. y ss.; y Zipf, en MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, 5.ª ed., 1977, págs. 555-6.

(20) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., págs. 168-9, y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 118.

de justificación. La atenuación *obligatoria* de la pena, que el Proyecto de Código penal español de 1980 prevé también en la regulación del error de prohibición, en el párrafo tercero del artículo 20, puede paliar el criticado rigor de la teoría pura de la culpabilidad. Por otra parte, con esta solución se evitan las lagunas en la punibilidad que se producen de un modo necesario con la teoría de la culpabilidad restringida en todo Código penal, como en el futuro Código penal español, en que rija el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos.

A la regulación del error de prohibición en el Proyecto de Código penal español de 1980 se le podría objetar, sin duda, que en caso de un error de prohibición fácilmente vencible (ceguera jurídica) resultaría injusta una atenuación obligatoria de la pena del delito doloso. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, en definitiva, el autor actúa en estos casos sin conciencia de la antijuridicidad y que estos supuestos tienen una menor relevancia desde el punto de vista político-criminal, que los supuestos normales de error de prohibición, en los que la aplicación, aunque sólo sea facultativa, de la pena íntegra del delito doloso sería injusta.