

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular

[A propósito de la SAP Granada de 8 de noviembre de 1999 (Pte. Flores-Domínguez), «inicio» de una línea constante de nuestra jurisprudencia menor](*)

JUAN CARLOS HORTAL IBARRA
Profesor Asociado
Universidad de Barcelona(**)

I

1. *«Son hechos probados que el día 15 de marzo de 1998, Rafael Antonio C. R., de 29 años de edad, que prestaba servicios retribuidos por cuenta de «Colgra Dos SL» con la categoría profesional de peón,*

(*) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; Arp: Aranzadi-Repertorio Penal; CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DF: Disposición Final; FJ: Fundamento Jurídico; GA: Goldammers Archiv für Strafrecht; Jur: Fondo Jurisprudencial Aranzadi; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LH: Libro Homenaje; LL: Revista Jurídica la Ley; LO: Ley Orgánica; MFC: Manuales de Formación Continua (CGPJ); Pte: Ponente; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED); RJ: Repertorio de Jurisprudencia; RL: Relaciones Laborales; RPCP: Revista Peruana de Ciencias Penales; RPJ: Revista del Poder Judicial; RDS: Revista de Derecho Social; SAP: Sentencia Audiencia Provincial; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia Tribunal Supremo; TL: Temas Laborales; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(**) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación BJU 2001-3381 de la DGICYT: «Tendencias político-criminales en Europa».

como procediese a engrasar los engranajes de un cilindro de un horno de secado de la fábrica de aceite que la citada empresa explota en el término municipal de Atarfe, fue atrapado por la mano, causándole la muerte por aplastamiento y sección del cuerpo. La operación la realizaba el fallecido poniendo la grasa con la mano en los dientes del cilindro, que se hallaban en movimiento y sin elementos de protección, de forma que el propio movimiento repartía la grasa a los engranajes. El movimiento del cilindro se realiza mediante dos engranajes dentados con diámetros aproximados de 3 metros y 0,35 metros respectivamente. El motor que los acciona y el engranaje motriz se encuentran montados sobre un basamento rectangular de fábrica de ladrillo con una altura de 30 centímetros sobre el nivel del suelo de la nave. El punto de encuentro de los engranajes se sitúa a 65 centímetros sobre el basamento y a una distancia de 60 centímetros del lado perpendicular al cilindro. La tarea de engrase la tenía encomendada habitualmente por el encargado de mantenimiento de la fábrica, Miguel D. C., de 37 años de edad. Tal tarea, (al igual que la desarrollada de forma habitual por el resto de sus compañeros)(1), la desempeñaba con conocimiento de los gerentes de la empresa, Antonio Luis M. V., Víctor M. G., y Manuel H. F. Rafael Antonio se encontraba casado con Nieves M. D., con la que tenía dos hijos, Leila, de cuatro años y Lucas, de dos meses. La empresa tenía concertada con la entidad aseguradora Zurich Internacional, SA una póliza de seguro de responsabilidad civil con un límite de cincuenta millones de ptas por siniestro y otro límite por víctima de diez millones de ptas».

2. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de una falta de imprudencia leve con resultado de muerte previsto en el art. 621.2 CP, reputando autores de la misma al encargado y a los tres gerentes de la empresa, solicitando para todos ellos la imposición de una pena de multa de cuarenta días con una cuota diaria de 5.000 ptas. Por su parte, la acusación particular calificó los hechos relatados como constitutivos de un «delito de imprudencia grave con resultado de muerte» (art. 142) y de un delito contra la seguridad en el trabajo del art. 316 CP (tipo doloso) o, alternativamente, del art. 317 CP (tipo imprudente); considerando autores a los mismos sujetos y solicitando la imposición de una pena de un año de prisión por el delito de homicidio por imprudencia grave y con relación al delito contra la seguridad

(1) Si bien no aparece dicha mención en el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, sí que se hace referencia a la misma en el FJ 2.º donde se afirma expresamente que los tres gerentes de la empresa imputados tenían conocimiento de dicha práctica tanto por parte del trabajador «accidentado» como por el resto de sus compañeros.

dad en el trabajo, respectivamente, un año de prisión y multa de seis meses (art. 316 CP) y una pena de prisión de cuatro meses y otros cuatro de multa (art. 317 CP).

3. La Audiencia Provincial de Granada, a mi juicio incorrectamente, calificó los hechos probados únicamente como constitutivos de una falta de homicidio por imprudencia leve (art. 621.2 CP), no aplicando el delito contra la seguridad en el trabajo ni en su modalidad dolosa (art. 316) ni en su modalidad imprudente (art. 317), argumentando, respectivamente, que los sujetos imputados no querían poner en peligro concreto al trabajador fallecido, y que la imprudencia no podía ser calificada como grave, tal y como exige el art. 317 CP. Por su parte, tras analizar el recurso de casación presentado por la acusación particular y por la defensa de los tres gerentes condenados (2), el Tribunal Supremo casó, a mi juicio acertadamente, la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Granada (3), calificando los hechos probados como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave (art. 142 CP), estimando, con relación al delito contra la seguridad en el trabajo, que podría haberse aplicado un concurso ideal de delitos si se hubiera constatado fehacientemente que las operaciones de engrase eran realizadas habitualmente por otros operarios además del trabajador finalmente «accidentado» (4).

(2) STS 22-12-01 (RJ. 2002\4433, Pte. MÓNER MUÑOZ).

(3) El TS conoce en segunda instancia del presente supuesto gracias a la reforma operada al art. 14 LECr por medio de la DF 1.ª de la LO 10/1995, del Código Penal, en la que se atribuyó el enjuiciamiento de las causas por delitos menos graves, esto es, los que llevan aparejada una pena privativa de libertad entre 6 meses y 3 años a los Juzgados de lo Penal, lo cual, contribuyó a incrementar las causas de las que hasta ese momento conocían las Audiencias Provinciales en primera instancia (causas por delitos con penas de prisión superiores a 6 años), y consiguientemente, los casos que eran enjuiciados en segunda instancia por el TS a través de la interposición del correspondiente recurso de casación. Esta situación cambió diametralmente tras la reforma operada al art. 14 LECr por parte de la Ley 36/1998, de 10 de noviembre, en la que se estableció como línea de separación competencial entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales los delitos castigados con penas privativas de libertad de cinco años. Modificación que ha impedido al TS conocer las causas por el delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto al tener prevista una pena de 6 meses a 3 años, su enjuiciamiento se sustancia en primera instancia ante los Juzgados de lo Penal y en segunda instancia ante las Audiencias Provinciales a través de la resolución de los correspondientes recursos de apelación. Ello explica la inexistencia en la actualidad de resoluciones del TS en las que se aplica el delito contra la seguridad en el trabajo, hecho que contribuye, a su vez, a «fomentar» la presencia en nuestra jurisprudencia menor de interpretaciones divergentes en relación a los distintos elementos que integran los tipos previstos en los arts. 316-317 CP.

(4) «... Sólo en el caso de que se diera valor fáctico a las aseveraciones de que esa labor de engrase la realizaban también otros operarios de la fábrica, contenida

4. La resolución judicial que ha motivado la realización del presente trabajo se enmarca en una línea jurisprudencial especialmente significativa, en la que, a mi juicio erróneamente, se califican los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo a título imprudente (art. 317 CP), cuando concurren los requisitos necesarios para imputarlo a título doloso (art. 316 CP)(5). Dicha línea jurisprudencial viene avalada por un importante sector doctrinal, que considera que la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasa necesariamente por la incriminación de la imprudencia, por cuanto en aquellos supuestos en que el «empresario» sabe que no ha facilitado los medios de protección necesarios a sus trabajadores, no lo hace con la intención de poner en peligro concreto la vida, integridad física y salud de estos últimos, sino con el fin de reducir los costes y, por consiguiente, no se le puede imputar el delito contra la seguridad en el trabajo a título doloso.

5. Aquella conclusión no es compartida en la presente investigación. A mi juicio, cuando el «empresario» tiene conocimiento de que no ha facilitado a sus trabajadores las medidas de protección necesarias para garantizar su seguridad en el desarrollo de su prestación laboral y sabe que, como consecuencia de dicho incumplimiento, está poniendo en peligro su vida, integridad física o salud, la conducta no le es imputable a título imprudente, sino, precisamente, a título doloso, en la medida en que no controla el riesgo laboral y éste tampoco puede ser controlado por los propios trabajadores, al carecer de los medios de protección adecuados para ello. De ahí que, contrariamente a la opinión mayoritaria, entiendo que la incriminación de la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo no resulta imprescindible para garantizar la eficacia de la intervención penal en este sector del ordenamiento jurídico-laboral.

en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, se podrían considerar infringidas las normas de previsión de riesgos ya que la muerte de Rafael Antonio no agotó la posible producción de otros resultados lesivos derivados de la situación de peligro en la que se encontraban los otros trabajadores que engrasaban los cilindros debiendo entenderse entonces la existencia de un concurso ideal de delitos, pero no acreditado tal extremo debidamente, el motivo debe perecer...» (FJ 3º).

(5) En este sentido, entre otras, SSAP Granada 22-03-02 (Arp. 2002\345, Pte. Martínez López); Valencia 11-04-03 (Jur. 2003\218084, Pte. Ferrer Gutiérrez); Alicante 15-05-02 (Jur. 2002\188783, Pte. Jiménez Morago) y Álava 22-10-03 (Arp. 2003\437; Pte. Guerrero Romeo). Las dos primeras resoluciones, junto a la sentencia que ha motivado la realización del presente trabajo, serán analizadas en el epígrafe (VI).

6. Esbozado, siquiera sucintamente, el planteamiento doctrinal que está en la base de esta línea jurisprudencial y la tesis que sostengo al respecto, a continuación expondré y rebatiré, en primer lugar, los argumentos sobre los que la doctrina mayoritaria sustenta la necesidad de la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo, destacando el importante papel que juega el concepto de dolo en dicha aseveración (II). A renglón seguido, analizaré, siquiera brevemente, las teorías más significativas elaboradas por la doctrina con relación a la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente (III), exponiendo la posición que estimo más acertada al respecto (IV). Acto seguido, examinaré la incidencia que, a mi juicio, tiene el concepto de dolo en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general, y en la delimitación del dolo en el delito contra la seguridad en el trabajo en particular (V). A continuación, analizaré la sentencia que ha dado pie al presente trabajo y otras dos resoluciones judiciales dictadas por nuestra jurisprudencia «menor» en las que, nuevamente, de forma incorrecta, se imputa el delito contra la seguridad en el trabajo a título imprudente, cuando los hechos deberían haber sido imputados a título doloso (VI). Finalizaré el presente trabajo realizando algunas reflexiones a modo de conclusión (VII).

II

1. La incriminación de la imprudencia en el artículo 317 CP constituye, sin lugar a dudas, una de las modificaciones más aplaudidas por la doctrina jurídico-penal con relación a la protección penal de la seguridad en el trabajo. Tanto los autores que se ocuparon del derogado artículo 348 bis *a*) ACP, precedente legal del actual artículo 316 CP, como los autores que han analizado el vigente artículo 317 CP han coincidido al señalar que la eficacia de la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral pasa necesariamente por la incriminación de la comisión imprudente. Dos son los argumentos que han esgrimido para fundamentar dicha conclusión: *a*) en primer lugar, estiman que la «realidad» criminológica nos indica que la mayor parte de los «accidentes laborales» tienen su origen en conductas imprudentes (6); *b*) en segundo lugar, algunos autores consi-

(6) En este sentido, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, p. 259, quien en su tesis doctoral ya defendió la necesidad de incriminar tanto la modalidad dolosa como la imprudente, argumentando que de lo contrario se restaría eficacia a la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral. Posición esta que ha sido asumida por la mayoría de los autores que

deran que la mayor dificultad para probar la concurrencia del dolo en el marco de los delitos de peligro concreto aconseja inculpar la modalidad imprudente (7).

2. El primero de los argumentos esbozados no lo comparto, por cuanto considero que no se puede justificar la necesidad de inculpar la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo sobre la base de una «realidad» criminológica no corroborada por medio de estudio empírico alguno. Ciertamente, ninguno de los autores que ha defendido su inculpar sobre la base de este argumento ha aportado las investigaciones criminológicas en las que se ha constatado la «realidad» en virtud de la cual la mayor parte de los «accidentes laborales» son imputables a título imprudente. Es más, esta supuesta «realidad» topa frontalmente con la realidad propia de nuestros Tribunales, donde se puede constatar cómo, paulatinamente, las sentencias condenatorias con relación al delito contra la seguridad en

hasta la fecha se han ocupado de la protección penal de la seguridad en el trabajo, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2001, pp. 401 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, p. 663; GARCÍA ARÁN, «La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Derecho penal del trabajo y Derecho administrativo sancionador*, (Terradillos Basoco coord.), Cádiz, 1992, p. 30; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 202 y 410; PÉREZ MANZANO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *RL 1997-I*, p. 302; TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al nuevo Código Penal* (Quintero Olivares dir.) (3.ª ed.), Pamplona, 2004, p. 1628; TERRADILLOS BASOCO, «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *TL (50) 1999*, p. 182; EL MISMO, *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, p. 96; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Barcelona, 2001, p. 101. En la misma línea, se pronuncia la jurisprudencia, entre otras, la SAP Castellón 3-09-02 (Arp. 2002/642, Pte. Ibáñez Solaz) en la que se apunta lo siguiente: «... Y no puede desconocerse desde el punto de vista de la política criminal un dato cierto, cual es el incremento de la siniestralidad laboral, imputable la mayor parte de las veces a conductas omisivas e imprudentes, no dolosas, lo que ciertamente permite suponer que de no haberse recurrido a la protección penal de las conductas que nos ocupan probablemente la protección de la seguridad sería inexistente...» (FJ 3.º).

(7) En este sentido, se pronuncia AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, p. 402, quien mantiene que la mayor dificultad probatoria del dolo en relación a la imprudencia radica en el hecho de que «... conlleva –el dolo– un elemento subjetivo que pertenece a la intención del sujeto difícil de exteriorizar...»; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 410, quien añade cómo esta dificultad probatoria se acentúa en aquellos ilícitos penales que, como el delito contra la seguridad de los trabajadores, se cometen en el marco de la empresa, donde las sucesivas delegaciones impiden el conocimiento del riesgo por parte de los sujetos que ocupan los puestos jerárquicamente superiores.

el trabajo se imputan no sólo a título imprudente (art. 317 CP), sino, incluso, a título doloso (art. 316 CP).

3. Sin embargo, ¿por qué razón la doctrina, de forma casi unánime, continúa afirmando que la mayor parte de los comportamientos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales son imprudentes? Pues bien, ello se debe al hecho de que, a mi juicio, la doctrina mayoritaria «confunde», no sé si consciente o inconscientemente, el plano propio del delito contra la seguridad en el trabajo y los delitos de homicidio y/o lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 CP). En efecto, cuando la doctrina defiende, mayoritariamente, que es necesario incriminar la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo, argumentando que la mayor parte de los «accidentes laborales» son imputables a título imprudente, en el fondo, están pensando en las muertes y lesiones imputables a la infracción imprudente del deber general de seguridad impuesto al «empresario» (8), y no en la lesión de la seguridad y confianza de los trabajadores imputable al incumplimiento doloso de la obligación de facilitar los medios de seguridad necesarios (9).

4. Tampoco estoy de acuerdo con el segundo de los argumentos que defiende por un sector de la doctrina. Y ello por varias razones:

4.1. En primer lugar, porque de mantener, tal y como sostiene Aguado López, que la incriminación de la imprudencia se justifica en atención a la mayor dificultad de prueba que comporta el elemento volitivo «propio» del tipo doloso, debería defenderse, consecuentemente, la sustitución del actual sistema cerrado de incriminación de la imprudencia por el derogado sistema abierto, por cuanto en casi todos los delitos resulta especialmente complejo probar la «intención» del sujeto en el momento de cometer el hecho típico.

4.2. En segundo lugar, porque, en mi opinión, los autores que mantienen la necesidad de incriminar la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo, argumentando cuán difícil

(8) En este sentido, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, p. 402, quien señala «... la mayoría de accidentes laborales son imprudentes, pues así lo demuestra la realidad jurisprudencial, donde prácticamente todas las sentencias aplican los delitos de homicidio o lesiones imprudentes por infracción de normas de seguridad e higiene y sólo alguna, excepcionalmente, apunta al dolo eventual...».

(9) Mientras que la totalidad de las muertes y lesiones que tienen lugar en el ámbito del trabajo son constitutivas de un delito de homicidio y/o lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 CP, respectivamente) o una falta de homicidio y/o lesiones imprudentes (arts. 621.2 y 621.1 y 3 CP, respectivamente), la mayoría de las puestas en peligro de la vida, integridad física y salud de los trabajadores son constitutivas de un delito contra la seguridad en el trabajo doloso y no imprudente, tal y como sostiene, a mi juicio erróneamente, la doctrina mayoritaria.

resulta probar la «intención» del autor, «confunden» o «mezclan» la problemática propia de la prueba de este elemento del dolo con la intención o móvil que mueve al autor a lesionar el bien jurídico-penalmente protegido en este delito. Ciertamente, dichos autores sostienen que las conductas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales son imputables a título imprudente, porque cuando el «empresario» no facilita a sus trabajadores los medios de protección necesarios no lo hace con la «intención» de poner en peligro grave su vida, integridad física y salud, sino con el fin de reducir los costes de la empresa o, en otras palabras, con el objeto de aumentar sus beneficios económicos (10). Este planteamiento resulta incorrecto, por cuanto, como ha señalado Corcoy Bidasolo, el móvil o intención que mueva al sujeto a realizar el comportamiento típico carece de relevancia jurídico-penal, excepto en aquellos supuestos en que el tipo contiene un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo (11), lo cual no es el caso del delito contra la seguridad en el trabajo.

4.3. En tercer lugar, y fundamentalmente, porque dicho argumento trae causa de una determinada concepción del dolo que en la actualidad está siendo objeto de una profunda revisión por parte de un relevante sector de la doctrina jurídico-penal. En efecto, el argumento en virtud del cual resulta necesaria la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo, sobre la base de la mayor dificultad que entraña la prueba del elemento volitivo «consustancial» al tipo doloso, únicamente resulta operativo para los autores que parten de una concepción «clásica» de dolo, esto es, para aquellos autores que entien-

(10) En este sentido, se pronunció LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 105, quien en relación al derogado artículo 348 bis a) ACP mantuvo lo siguiente «... *Ambas actitudes, dolosa e imprudente, en relación con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, pueden darse, sin duda, en los responsables de la organización del trabajo que infringen la normativa de seguridad e higiene con peligro para sus subordinados. Estimo, sin embargo, que la segunda es ampliamente predominante. Las razones, dejando al margen otras motivaciones de tipo ético de indudable relevancia, pertenecen al propio discurso de la empresa en una sociedad de libre mercado. Las consecuencias económicas del accidente son normalmente mayores y más difícilmente calculables que las que implica la adopción de las medidas de evitación...*». Planteamiento este igualmente compartido por AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, pp. 393 y 402, quien en relación a los vigentes artículos 316 y 317 CP sostiene «... *La conducta del empresario responde al modelo imprudente: el empresario no persigue directamente la puesta en peligro del trabajador; sino que sus fines son distintos: reducir los costes de la empresa, aumentar el rendimiento laboral...*».

(11) En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 292 ss., quien lo ilustra a través del ejemplo del delito de cohecho dónde resulta del todo irrelevante que el que solicita la dádiva lo haga con el fin de obtener un beneficio económico o con el objeto de desprestigiar a la Administración.

den que concurre una conducta dolosa cuando quien actúa tiene conocimiento de que está realizando los elementos de un tipo penal (elemento cognitivo) y quiere hacerlo (elemento volitivo)(12). Sin embargo, dicho argumento carece de virtualidad para los autores que, a mi juicio acertadamente, prescinden de la voluntad como elemento definidor del dolo, concibiéndolo, únicamente, como conocimiento del riesgo típico y para los que la voluntad estriba en actuar conociendo el riesgo(13).

(12) Tanto en la dogmática española como alemana la doctrina se muestra mayoritariamente favorable al mantenimiento del elemento volitivo en el concepto de dolo. En este sentido, entre otros, en la doctrina española, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pp. 300 ss.; LUZÓN PEÑA, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, MFC (4), Madrid, 1999, pp. 120 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Jiménez Villarejo dir.), CDJ, Madrid, 1995, p. 27; MONGE FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, 1998, pp. 257 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 59 ss.; LA MISMA, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del “caso de la colza” (1.ª parte)», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (Mir Puig/Luzón Peña coords.), Barcelona, 1996, pp. 278 ss.; TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, (Jiménez Villarejo dir.), CDJ, Madrid, 1995, p. 174; en la doctrina alemana, entre otros, KÜPER, «Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch», *GA* 1987, p. 508; ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, (tomo I), traducción y notas a cargo de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997, pp. 424 ss.; SCHROTH, «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», *Jus*, 1992, p. 4.

(13) En la actualidad cada vez son más los autores que prescinden del elemento volitivo en la definición del dolo, construyendo la delimitación dolo y/o imprudencia sobre la base del conocimiento o desconocimiento que posee el sujeto sobre el riesgo típico. En este sentido, en la doctrina española, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, (5.ª ed.) Madrid, 1998, pp. 227 ss.; CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *ADPCP*, 1985, pp. 970 ss.; LA MISMA, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 282 ss.; la misma, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», *ADPCP*, 1996, pp. 301 ss.; la misma, *Delitos de peligro...*, p. 115; FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo», *CPC*, (65) 1998, pp. 277 ss. y 298 ss.; LAURENCO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, pp. 239 ss.; la misma, «Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento», *RPCP*, (11-12) 2002, pp. 332 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos», *RPJ*, (48) 1997, p. 299; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998, p. 170; PÉREZ DEL VALLE, «Sociedad de riesgos y reforma penal», *RPJ*, (43-44) 1996, pp. 68 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, p. 651, nota 17; el mismo, «Recensión al trabajo de Schünemann, Die deutschsprachige Strafwissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars

5. Ciertamente, si analizamos detenidamente las opiniones de aquellos autores que, en el ámbito del delito contra la seguridad en el trabajo, han defendido la necesidad de la incriminación de la modalidad imprudente, puede comprobarse cómo todos ellos conciben el dolo como «conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo» (14). Ahora bien, si en contra de la doctrina mayoritaria, asumiéramos una concepción puramente cognoscitiva del dolo, llegaríamos a la conclusión de que resulta innecesaria la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 317 CP), por cuanto los supuestos que la doctrina, de forma unánime, califica como imprudentes, en realidad, son imputables a título doloso.

6. El importante papel que juega la definición del dolo en la incriminación de la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo justifica, precisamente, el análisis, siquiera breve, de las diferentes posiciones que, en la actualidad, mantiene la doctrina jurídico-penal con relación a la delimitación del dolo eventual y la imprudencia, por cuanto dicha delimitación ha marcado la discusión en torno al concepto general de dolo (15).

und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985», *ADPCP*, 1987, pp. 545 ss.; el mismo, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 401 ss.; en la doctrina alemana, entre otros, HERZBERG, «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal» (Castiñeira Palou trad.), en *Problemas jurídico-penales del SIDA*, (Mir Puig ed.), Barcelona, 1993, pp. 172 ss.; KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, (96) 1984, p. 22; JAKOBS, *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, (Cuello Contreras/Serrano González trads.), Madrid, 1995, pp. 315 ss.

(14) La doctrina mayoritaria considera que concurre el tipo doloso contenido en el artículo 316 CP en aquellos supuestos en que el sujeto activo tiene conocimiento de que está infringiendo las normas de prevención de riesgos laborales y que ello comporta un grave riesgo para la vida y la salud de los trabajadores y quiere o, cuanto menos, acepta la concurrencia de ambos elementos típicos (dolo eventual). En este sentido, se pronuncian, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 257; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, pp. 387 ss.; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995* (Vives Antón coord.), (vol. II), Valencia, 1996, p. 1567; PÉREZ MANZANO, *RL*, 1997-I, p. 301; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 98.

(15) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 269, quien ya en su tesis doctoral calificó al dolo eventual como la «clase básica de dolo» en la medida en que contiene todos los elementos esenciales del mismo; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 17 y 234 ss.; la misma, *RPCP*, (11-12) 2002, p. 331; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 402, quien considera igualmente que el dolo eventual «... puede llegar a contemplarse como arquetipo de dolo...»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pp. 51 ss.; en la doctrina alemana, entre otros, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, pp. 496 ss.; KINDHÄUSER, *ZStW*, (96) 1984, p. 30.

III

1. La delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente comporta importantes consecuencias prácticas. En efecto, mientras la imputación del hecho típico a título imprudente (consciente) determina siempre la imposición de una pena inferior a la prevista para el tipo doloso e, incluso, la impunidad, en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, han acogido un sistema cerrado para la incriminación de la imprudencia, la atribución del hecho típico a título de dolo eventual determina la imposición de la pena propia del tipo doloso y, consiguientemente, su equiparación, a efectos punitivos, con el dolo directo de primer y de segundo grado.

2. Esta discrepancia o desigualdad a efectos punitivos entre los supuestos de dolo (eventual) e imprudencia (consciente), junto a la inexistencia en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno de una definición legal de dolo (16), está en la base de: a) los planteamientos de los autores que, *de lege ferenda*, reclaman la necesidad de imponer una pena inferior en los supuestos en que el hecho es imputable a título de dolo eventual (17); b) las propuestas de los autores que cuestionan la operatividad de la «tradicional» tripartición del dolo (directo de primer grado, consecuencias necesarias y eventual) (18); y c) está en el origen del enorme interés que ha des-

(16) Definición legal de dolo que sí que existe en el ordenamiento jurídico-penal italiano y austríaco.

(17) En este sentido se sitúan todos aquellos autores que han defendido la posibilidad de tomar en consideración la intención del sujeto o la certeza del sujeto en la realización del hecho típico como elemento agravatorio en la individualización de la pena efectuada por el Juez, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 972; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 313; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General (I)*, Madrid, 1996, pp. 427 ss.; el mismo, «Dolo...», p. 141; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 28. En contra se ha pronunciado RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 180 ss., nota 472, quien apunta cómo dicho planteamiento puede adquirir una mayor relevancia en el marco del ordenamiento jurídico-penal alemán, en la medida en que el § 46.II StGB impone al Juez la obligación de tomar en consideración, a la hora de determinar la pena, «los objetivos y móviles del autor, así como la actitud y voluntad que se manifiesten en el hecho...». Opinión, sin embargo, que contrasta con la mantenida en otro trabajo posterior, «Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio», *ADPCP*, 1997, p. 812, nota 54, en el que afirma, con carácter general, que el lugar más idóneo en el que deben tomarse en consideración las motivaciones del autor «... es el momento de determinación judicial de la pena...».

(18) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 231; LAURENZO COPELLO, «Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo», LH-TORÍO LÓPEZ, Granada, 2000, pp. 423 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 51 y 177 ss., quien, a mi juicio, muy atinadamente se ha pronunciado expresamente a favor de la desaparición de la clasificación tripartita

pertado y sigue despertando en la doctrina científica y jurisprudencial la cuestión relativa a la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente). Interés este que ha dado lugar a la aparición, en los últimos cien años, de una multiplicidad de teorías. Teorías que si bien tenían como principal objetivo fijar las fronteras que separaban ambas figuras, han acabado, *de facto*, configurando el concepto global de dolo.

3. Estas teorías pueden sistematizarse, a grandes rasgos, en cuatro grandes grupos: *a)* «teorías volitivas», *b)* «teorías de la representación», *c)* «teorías eclécticas», y *d)* «teorías cognitivo-normativas». Teorías que en modo alguno serán analizadas exhaustivamente en el presente trabajo por superar con mucho los objetivos del mismo, sino que, por el contrario, únicamente prestaré atención a aquellas teorías que, a mi juicio, han adquirido una especial significación en cada uno de los grupos enumerados: *a)* «teoría del consentimiento o de la aprobación»; *b)* «teoría de la probabilidad»; *c)* «tomar en serio», «conformarse» y «aceptar»; y *d)* «conocimiento del riesgo típico».

4. La teoría de la voluntad o, más correctamente, las «teorías de la voluntad» (19) («*Willenstheorien*») constituyen la posición tradicional tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia. Los partidarios de la «teoría de la voluntad» exigen para imputar el hecho a título doloso que el sujeto conozca (elemento cognitivo) y quiera (elemento volitivo) la realización de los elementos del tipo. Las «teorías de la voluntad» se caracterizan por situar al elemento volitivo como elemento distintivo entre el comportamiento doloso (eventual) e imprudente (culpa consciente). En efecto, si bien en ambos supuestos el sujeto se «representa» la posibilidad de la realización del hecho típico (20), el sujeto que actúa imprudentemente, a diferencia de quien actúa dolosamente, «no quiere» el resultado. Ello explica el que sea

del dolo, y ello no sólo porque a efectos prácticos la concurrencia de uno u otro no tiene consecuencia jurídica alguna, sino porque ello resulta coherente con la asunción de una concepción puramente cognoscitiva del dolo en el que la «intención» o la «voluntad» no aportan absolutamente nada. En contra de este último se ha pronunciado CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General*, (3.ª ed.), Madrid, 2002, p. 676, quien en modo alguno considera que pueda prescindirse de la clásica tripartición del dolo «... pues ellas... ayudan a representarnos el juego de los elementos constitutivos del dolo en diversas tipologías de casos...»; en la doctrina alemana, entre otros, FRISCH, *Vorsatz...*, p. 496; PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 63 ss.

(19) Por cuanto, como ha puesto de relieve en nuestra doctrina, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 271, no existe una única teoría de la voluntad o una sola teoría de la representación, sino una multiplicidad de variantes.

(20) Los partidarios de la «teoría de la voluntad» no niegan la necesidad de que concurra el elemento cognitivo para poder imputar el hecho típico a título doloso, por

precisamente en el seno de las teorías volitivas donde adquiere todo su sentido la clásica tripartición del dolo, porque las diferencias entre el dolo de primer grado, de segundo grado y el dolo eventual se establecen en atención a la mayor o menor intensidad del elemento volitivo (21).

5. Ciertamente, en atención a la mayor o menor intensidad del elemento volitivo, la doctrina mayoritaria distingue tres clases de dolo: el dolo de primer grado, el dolo de segundo grado y el dolo eventual. En el dolo directo de primer grado el sujeto busca intencionadamente la producción del resultado típico, esto es, emprende la acción con la finalidad de realizar el hecho típico en cuestión (matar, dañar, lesionar...), de ahí que se le denomine igualmente como dolo de intención (22). En esta clase de dolo se produce un claro predominio del elemento volitivo sobre el cognoscitivo, hasta el punto de que la doctrina mayoritaria sostiene que cuando el sujeto actúa intencionadamente carece de importancia el grado de peligro que haya advertido el sujeto en el momento de emprender la acción. Es más, en opinión de la doctrina mayoritaria, el dolo directo constituye el paradigma o el supuesto más genuino del comportamiento doloso (23), lo cual explica por qué hasta la fecha nadie se ha cuestionado el que merezca ser sancionado con la pena propia del tipo doloso.

6. Por el contrario, en el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, el conocimiento del autor se erige en el elemento determinante, de tal forma que se imputan a título doloso todos los supuestos en que, si bien el sujeto no «quiere» el resultado típico, es consciente de que su conducta comportará necesaria y/o inevitablemente la realización del tipo en cuestión (24). En estos supuestos, pese

cuanto el conocimiento constituye el presupuesto sobre el que se determina la concurrencia de la voluntad característica del tipo doloso.

(21) En este sentido, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, Madrid (3.ª ed.), 1992, p. 85; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, (5.ª ed.), Valencia, 1999, p. 624; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 123; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 184 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, p. 396.

(22) En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, (7.ª ed.), Barcelona, 2004, p. 265; el mismo, «Conocimiento...», p. 19; CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 965; la misma, *El delito imprudente...*, p. 269; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 186 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 44 y 178 ss.

(23) En este sentido, *vid.*, por todos, MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 19. De otra opinión, LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 236, quien niega expresamente que el dolo directo constituya el supuesto «prototípico» y las otras dos formas (dolo de segundo grado y dolo eventual) «*meras extensiones de aquél...*».

(24) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 965; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 188; LUZÓN PEÑA, *Curso...*

a que el sujeto en puridad no quiere el resultado típico, la doctrina mayoritaria entiende que merecen el mismo tratamiento que los casos en que actúa intencionadamente, por cuanto, en su opinión, quien actúa con la certeza o la seguridad de que con su comportamiento va a producir necesariamente un determinado resultado típico, en cierta manera, también lo «quiere» (25). En efecto, a fin de respetar la definición tradicional de dolo como «conocer y querer los elementos objetivos del tipo», la doctrina mayoritaria establece la presunción de que en todos aquellos supuestos en que el sujeto actúa con el pleno conocimiento de que su conducta conllevará el resultado típico «quiere», o cuanto menos «acepta», la concurrencia del mismo, cuando en realidad, en modo alguno, puede afirmarse que los «quiera» o «acepte» (26).

7. Sin embargo, es en la categoría del dolo eventual en la que se proyectan la carencias propias de la clásica definición de dolo como «conocimiento y voluntad de realización del tipo», por cuanto en los supuestos de dolo eventual, a diferencia de lo que sucede, respectivamente, en el dolo directo de primer y de segundo grado, el sujeto ni «quiere» la realización del hecho típico ni tiene la certeza o la seguridad de que su conducta determinará necesariamente la concurrencia del mismo (27). Ciertamente, con la categoría del dolo eventual la

p. 415; el mismo, «Dolo...», p. 126; MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 265; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 46; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 396; en la doctrina alemana, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Olmedo Cardenete trad.), Granada, 2002, p. 320; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 423 ss.; WELZEL, *Derecho penal alemán* (11.^a ed.) (Bustos Ramírez/Yáñez Pérez trads.), Santiago de Chile, 1993, p. 81.

(25) En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 625; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 20; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOSILDO, *Derecho penal: Parte general* (2.^a ed.), Madrid, 1986, p. 128; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 416.

(26) En este sentido, CORCOY BIDASOLO, quien en la que constituyó su tesis doctoral, *El delito imprudente...*, p. 271, ya puso de relieve la incoherencia que suponía el que la doctrina mayoritaria exigiera la presencia del elemento volitivo en el dolo directo de primer grado y en el dolo eventual y, simultáneamente, estimaran suficiente en relación al dolo de segundo grado que el sujeto advirtiera la inevitabilidad del resultado típico. En parecidos términos se expresa RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 47, quien considera, siguiendo en este punto a PUPPE, que tras la equiparación de las categorías del dolo de primer y segundo grado «... se oculta una cierta manipulación de conceptos». Ponen en tela de juicio, igualmente, el papel de la voluntad en el dolo directo de segundo grado, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (3.^a ed.), 1990, pp. 256 ss.; MORSELLI, «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADPCP*, 1991, pp. 887 ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires 1991, p. 158.

(27) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 21 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 189; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 47 ss.

doctrina jurídico-penal trata de resolver, de forma satisfactoria, todos aquellos supuestos en que, si bien el sujeto no actúa con la voluntad de realizar el tipo penal, la gravedad de la conducta llevada a cabo merece la sanción propia de la infracción dolosa, resultando a todas luces insuficiente la pena asignada a la infracción imprudente (28).

8. Y es, precisamente, en este punto en el que empiezan las divergencias en el seno de la doctrina científica, puesto que mientras unos autores se decantaron por mantener la tradicional definición de dolo como «conocimiento y voluntad del hecho típico», exigiendo una forma de «voluntad» que permitiera diferenciar el dolo (eventual) de la imprudencia (culpa consciente) y justificara, consiguientemente, la imposición de una pena más grave («teorías volitivas»)(29). Un segundo grupo de autores, por el contrario, defendió la posibilidad de solucionar estos supuestos límite, prescindiendo del elemento volitivo, imputando el hecho a título doloso (eventual) en aquellos casos en que se hubiera representado como posible o probable el acaecimiento del resultado típico («teorías de la representación»), lo cual, *de facto*, comportaba la superación de la definición general de dolo como «conocer y querer el resultado típico»(30).

9. De entre todas las formulaciones elaboradas por la doctrina jurídico-penal para considerar que el sujeto «ha querido» en los supuestos límite dolo eventual-culpa consciente, adquirieron un papel preponderante las expresiones «aprobar» y «consentir», de ahí que, tradicionalmente, «las teorías de la voluntad» se hayan agrupado, respectivamente, en torno a la denominada «teoría de la aprobación» («*billigungstheorie*») y, especialmente, en torno a la «teoría del con-

(28) En este punto, la doctrina jurídico-penal coincide al señalar cómo la sanción propia del tipo imprudente resulta del todo insuficiente para castigar determinadas conductas que, pese a no ser intencionales, resultan especialmente graves. En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 22; GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca...», p. 247; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 128; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 48 ss; TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, pp. 540 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 397.

(29) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 49 y 61, notas 73 y 111, quien señala, siguiendo en este punto a FRISCH, que las teorías de la voluntad necesitan ampliar y flexibilizar el elemento volitivo porque parten de la idea de que todos los supuestos y, por consiguiente, también los casos límite, el dolo equivale a «conocer y querer la realización del tipo», esto es, proceden deductivamente.

(30) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 22 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 49, quien apunta, muy acertadamente, como la eliminación del elemento volitivo en los supuestos de dolo eventual no casaba con la definición general de dolo, de ahí que un tercer grupo de autores se cuestionara la propia fórmula «... *negando que para el dolo haga falta, siempre y en todo caso, querer la realización del tipo...*».

sentimiento» («*Einwilligungstheorie*»)(31). Los partidarios de la «teoría del consentimiento» consideran que el sujeto «quiere» el resultado típico y, consiguientemente concurre dolo (eventual) y no imprudencia (consciente), en aquellos supuestos en que, pese a haberse representado como posible su acaecimiento, internamente lo «consiente», «aprueba» o «acepta»(32).

10. Sin embargo, ¿cuándo puede afirmarse, en su opinión, que el sujeto «consiente» o «aprueba» internamente el resultado típico y, por tanto, actúa dolosamente (dolo eventual)? Para resolver este complejo problema los defensores de esta posición adoptaron las dos fórmulas elaboradas por Reinhard Frank: a) la denominada primera fórmula o fórmula hipotética de Frank en base a la cual se considera que concurre el consentimiento preciso para atribuir el hecho a título de dolo eventual cuando, pese a haberse representado el sujeto la realización del tipo como segura, hubiera actuado igualmente; b) la llamada segunda fórmula o fórmula positiva de Frank en virtud de la que se estima que concurre el consentimiento necesario para imputar el hecho a título doloso (eventual), cuando habiéndose representado como posible la realización del tipo, el sujeto se dice así mismo «*con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actúo*»(33).

11. La teoría del consentimiento ha sido objeto de numerosas y merecidas críticas por parte de la doctrina científica. En primer lugar, la doctrina se ha mostrado especialmente crítica con respecto a la primera de las fórmulas de Frank, a la que se le ha reprochado el hecho de que determine la existencia de dolo partiendo de una mera relación ficticia e irreal: ¿qué habría hecho el autor de haber sabido con seguridad que el resultado se va a producir?(34). En segundo lugar, se ha

(31) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 61 ss.

(32) Es necesario poner de relieve, sin embargo, que actualmente la «teoría del consentimiento», en su formulación clásica (actitud interna frente al resultado), no es defendida prácticamente por ningún autor en nuestra doctrina (únicamente la sigue manteniendo SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona [3.ª ed.], 1990, pp. 677 ss.), y ha sido abandonada por nuestro TS, quien en la actualidad se ha decantado por la asunción de las teorías mixta y cognitiva. En este sentido se pronuncian, respectivamente, FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 294, nota 64, quien mantiene que las «... *“las teorías hipotéticas del consentimiento”... carecen ya de relevancia en el panorama doctrinal actual...*»; y LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 153 ss., quien señala cómo la teoría del consentimiento tradicionalmente acogida por nuestro TS se encuentra «... *hoy en franco retroceso*».

(33) Sobre estas fórmulas, *vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 266 ss.

(34) En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 629; DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 174; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 295; GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca...», p. 252; JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 330 ss.;

criticado a los partidarios de la teoría del consentimiento el hecho de que a la hora de definir el elemento volitivo propio del dolo eventual hayan utilizado meros «sucedáneos de la voluntad» en lugar de auténticos conceptos volitivos tal y como, en el plano teórico, exigen en todas las formas dolosas (35). En tercer lugar, se le reprocha a la teoría del consentimiento el hecho de que no resuelva de forma satisfactoria los casos en que el resultado acaecido no se corresponde con la finalidad que movió al sujeto al emprender la acción (36). Y en cuarto lugar, algunos autores han criticado el hecho de que la teoría del consentimiento impide la imputación del resultado típico a título doloso (eventual) en aquellos supuestos en que, pese a que el sujeto es consciente del elevado riesgo que para con el bien jurídico-penal comporta la realización de su conducta, no «quiere» que el mismo finalmente se produzca o bien, simple y llanamente, no se ha podido probar su consentimiento o aprobación con respecto al mismo, lo cual, por otra parte, será lo habitual (37).

12. Precisamente, esta necesidad de castigar con una mayor pena los supuestos en que, a pesar de no haber «deseado» la concurrencia del resultado típico, el sujeto posee un elevado conocimiento del riesgo que conlleva su conducta, está en el origen de las posiciones de los autores que fundamentan la imputación del hecho a título doloso (eventual), en base al conocimiento que tiene el sujeto acerca de la peligrosidad de su comportamiento para con el bien jurídico-penalmente protegido: las denominadas «teorías de la representación» (38). Los defensores de las «teorías de la representación» («*Vorstellungstheorien*»), a diferencia de los partidarios de las «teorías de la voluntad», se muestran contrarios a admitir la necesidad de

HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002, pp. 68 ss.; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 131; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, *Derecho penal...*, p. 131; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 64; SANCINETTI, *Teoría...*, p. 164.

(35) En este sentido, entre otros, KINDHÄUSER, *ZStW*, (96) 1984, p. 23; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 65; el mismo, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (comentario a la STS 24-11-95, Pte. Delgado García)», *ADPCP*, 1996, p. 799, nota 4.

(36) En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 630; DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 174 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, pp. 297 ss.; HAVA GARCÍA, *La imprudencia...*, pp. 67 ss.; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», pp. 131 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 267; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 398, quienes traen a colación los clásicos casos de «los mendigos rusos» y de «la caseta de tiro» propuestos, respectivamente, por Löffler y Lacmann.

(37) Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 171; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 75 ss.

(38) Vuelvo a utilizar el plural, en la medida en que, como muy bien ha puesto de relieve en nuestra doctrina FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 271, no existe una sola teoría de la representación, sino un cúmulo de variantes.

un elemento volitivo en la definición del dolo eventual, construyendo la delimitación entre la imputación dolosa e imprudente, en atención al mayor o menor grado de conocimiento que el sujeto tiene sobre la peligrosidad de su acción. Los partidarios de estas teorías abandonan la idea de mantener la «clásica» definición del dolo como «conocer y querer los elementos del tipo objetivo» en los denominados casos fronterizos o límite, esto es, en los supuestos incluidos tradicionalmente en el ámbito del dolo eventual (39).

13. En este sentido, los defensores de la teoría probabilidad («*Wahrscheinlichkeitstheorie*»), variante más extendida de las «teorías de la representación», fijan la frontera entre el dolo (eventual) y la imprudencia en atención al mayor o menor grado de probabilidad con que el sujeto se ha representado la concurrencia de la conducta típica. En los casos en que el sujeto se ha representado como probable la realización del tipo se le imputa a título doloso. Por su parte, en los supuestos en que se haya representado la conducta típica como algo improbable o escasamente probable se le imputará, únicamente, a título imprudente (40). En efecto, como ha puesto de relieve en nuestra doctrina Gimbernat Ordeig, el papel central que, en el planteamiento defendido por los partidarios de la teoría del consentimiento, ocupaba la actitud interna del sujeto en relación al resultado típico, ha pasado a ocuparlo, en el planteamiento esgrimido por los partidarios de la teoría de la probabilidad, la representación que el sujeto tiene sobre la peligrosidad de la conducta típica (41).

14. Si bien la teoría de probabilidad soluciona, satisfactoriamente, los supuestos en que fallaba estrepitosamente la teoría del consentimiento en su versión de la primera fórmula de Frank, esto es, los casos en que el resultado acaecido resulta contrario a la finalidad que movió al sujeto al emprender la acción, ha sido igualmente objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina científica (42). En primer lugar, se le ha reprochado a esta teoría el hecho de que no soluciona

(39) Manteniendo, por el contrario, la definición general de dolo en relación a los supuestos en que concurre dolo directo de primer y segundo grado. En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 90 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 66 y 68.

(40) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 95 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 25; el mismo, *Derecho penal...*, p. 262; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TÓCILDO, *Derecho penal...*, p. 132; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 67; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 397.

(41) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca...», pp. 251 ss. En el mismo sentido, entre otros, MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 24; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 67.

(42) Hasta el punto de que ha señalado en nuestra doctrina RAGUÉS I VALLÈS, *el dolo...*, p. 71, nota 151, que únicamente se muestran partidarios con la teoría de la

adecuadamente los supuestos en que, si bien el sujeto se representa como poco probable la consecución del resultado típico, actúa con la intención de producirlo, tal y como sucede en el denominado «Caso Tyren», en el que un tirador inexperto dispara a matar a una persona que se encuentra a una gran distancia con una escopeta mal calibrada, y, pese a ello, consigue su objetivo (43). En segundo lugar, se ha criticado la incapacidad que ha mostrado la teoría de la probabilidad para delimitar de forma clara las fronteras entre el dolo y la imprudencia, poniendo de relieve algunos autores la arbitrariedad e inseguridad a la que conduce la utilización de fórmulas tan imprecisas como la diferenciación entre probabilidad y posibilidad, o el establecimiento de un determinado porcentaje que, en la práctica, difícilmente puede concretarse (44). En tercer lugar, otra de las críticas que se dirige contra la teoría de la probabilidad toma como base los supuestos en que el sujeto advierte como muy poco probable la producción del resultado, confiando irracionalmente en que todo irá bien, y el conocido caso de la «ruleta rusa», en el que un sujeto apunta a la sien con un revolver que únicamente tiene en su tambor una bala (45). Y en cuarto lugar, y como no podía ser de otra manera, los autores que siguen defendiendo la necesidad de mantener un elemento volitivo en la definición general de dolo reprochan a los partidarios de la teoría de la probabilidad el que fijen la frontera entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), exclusivamente, sobre la base de la mayor o menor probabilidad que el sujeto se ha representado, argumentando que la voluntad

probabilidad Mayer y Ross, autores a los que en España DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 98, y en Alemania ROXIN, *Derecho penal...*, p. 435, añaden a Schumann y Joerden.

(43) En este sentido, entre otros, FRISCH, *Vorsatz...*, p. 12; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 69.

(44) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 273, 277 y 288; FEJOO SÁNCHEZ, *CPC (65)*, 1998, p. 328; en la doctrina alemana, entre otros, FRISCH, *Vorsatz...*, p. 20; JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 327, nota 47.

(45) En estos supuestos se afirma que la aplicación estricta de la teoría de la probabilidad permite únicamente la imputación del hecho típico a título imprudente, lo cual, en términos de merecimiento de pena, resulta inadmisibles. Así, en el primero de ellos no es posible imputar el resultado típico a título doloso (eventual) porque el sujeto, aunque irracionalmente, se representa como muy improbable e, incluso, imposible la concurrencia del mismo. Por su parte, en el segundo, resulta evidente que el sujeto advirtió que lo más probable era que no se produjera la muerte de la persona a quien apuntaba, por cuanto únicamente existía un 17 por 100 de probabilidades de que ésta tuviera lugar (uno sobre cinco). En este sentido se pronuncian, respectivamente, ROXIN, «Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und Bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1964, p. 60, quien apunta cómo en estos supuestos la aplicación de la teoría de la probabilidad acaba primando a los sujetos más irreflexivos; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 71 y 80, en particular, nota 188.

debe exigirse en todas las formas de dolo y, consiguientemente, también en el dolo eventual, y que su presencia fundamenta el mayor desvalor del tipo doloso frente al tipo imprudente y, por tanto, la imputación de una pena más elevada (46).

15. Las críticas vertidas contra las teorías del consentimiento y de la probabilidad explican por qué, en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia se han decantado, de forma mayoritaria (47), por la adopción de un criterio mixto en el que se imputa el hecho a título doloso (eventual) en los supuestos en que el sujeto, además de conocer el peligro que conlleva su conducta (elemento cognoscitivo), se «conforma», se «resigna», o cuanto menos «acepta» las posibles consecuencias que su realización comporta (elemento volitivo). Respondiendo, por el contrario, a título imprudente (consciente) en los casos en que, pese a ser consciente de la peligrosidad que entraña su conducta, decide realizarla confiando en que el resultado típico no tendrá lugar. Los autores que acogen este planteamiento construyen la deli-

(46) Si bien, como muy acertadamente han apuntado algunos autores, el gran mérito de la teoría de la probabilidad frente a la teoría del consentimiento radica, precisamente, en la crítica que sus partidarios han dirigido al mantenimiento de los elementos volitivos y/o emocionales como criterios fundamentales en la delimitación del dolo y la imprudencia. En este sentido, entre otros, FEJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, pp. 328 ss.; JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 327, nota 47, quien concluye «... el núcleo de verdad en la teoría de la probabilidad reside en dirigirse contra las teorías de la disposición, que descuidan la dirección a favor de la actitud»; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 169; quien destaca el papel que ha jugado la teoría de la probabilidad en la consolidación de la línea jurisprudencial que, en la actualidad, ha relativizado la importancia del elemento volitivo en favor del cognoscitivo; MIR PUIG, «Conocimiento...», pp. 24 ss., en particular, nota 26, quien apunta cómo dicha teoría ha trazado el camino de las nuevas posiciones que en la actualidad construyen la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente en atención preferentemente al elemento intelectual: conocimiento suficiente de la peligrosidad de su conducta; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 71 y 88, quien también ha destacado el papel que ha cumplido la teoría de la probabilidad en las nuevas concepciones puramente cognitivas que en la actualidad son defendidas por un amplio sector de la doctrina jurídico-penal alemana y española.

(47) En efecto, en opinión de varios autores, las teorías eclécticas o mixtas constituyen actualmente la posición dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así lo entienden, entre otros, FEJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, pp. 292, nota 56, y 315 ss., quien señala que el TS. al igual que la doctrina científica, ha ido paulatinamente acogiendo una «... «posición ecléctica» que palia la relevancia del elemento volitivo otorgándole gran importancia a lo que el autor conoce (de acuerdo con los topoi “tomar en serio” o “confiar en la no producción del resultado”...»»; HAVA GARCÍA, *La imprudencia...*, p. 66; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 161 ss., quien considera que es la perspectiva «... más usual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo...»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 103 ss., quien atribuye el éxito de esta postura al hecho de que «formalmente» sus partidarios respetan la tradicional definición general de dolo como «conocer y querer».

mitación entre ambos títulos de imputación sobre la base del elemento cognitivo «tomar en serio el peligro» (48), aunque siguen manteniendo el componente volitivo, elemento que plasman a través de las expresiones anteriormente citadas.

16. Ahora bien, ¿constituye esta postura un avance con respecto a las tradicionales teorías de la probabilidad y del consentimiento? A mi juicio, puede afirmarse que constituye un avance, por cuanto, a diferencia de la primera, quien «toma en serio el peligro» realiza una valoración sobre la cualidad del mismo, de tal forma que la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) no se fundamenta, únicamente, en atención a un criterio cuantitativo, tal y como proponen los partidarios de la teoría de la probabilidad. Y también representa un progreso en relación a la teoría del consentimiento, en la medida en que si bien los partidarios de las «teorías eclécticas» exigen igualmente un elemento volitivo en la definición del dolo eventual, a diferencia de ésta, no lo determinan atendiendo a la actitud interna o emocional que adopta el sujeto con respecto al resultado típico, esto es, no lo dotan de un contenido «psicologizante», sino que, en el momento en que analizan la racionalidad o irracionalidad de la confianza, lo someten, *de facto*, a un proceso de objetivización o normativización, alejándose de esta manera de la caracterización general del dolo como «conocer y querer» de la que «teóricamente» parten.

17. Ciertamente, como muy acertadamente ha señalado Ragués i Vallès, al proyectar dichos autores el elemento de la confianza sobre el elemento volitivo y no sobre el elemento cognoscitivo (49), se les plantea el problema adicional de cómo resolver los casos en que, aunque el sujeto se ha representado un determinado grado de peligro en su conducta, no desdeñable, decide continuar confiando en que la realización del tipo no tendrá lugar. En estos supuestos una aplicación consecuente de su planteamiento permitiría únicamente su imputación a título imprudente, lo cual, desde una perspectiva político-criminal, resulta

(48) Expresión acuñada por STRATENWERTH, «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW*, (71) 1959, pp. 51 ss., que ha tenido una amplia acogida tanto en la doctrina alemana como española. Muy próxima a dicha expresión se encuentra la elaborada por WELZEL, *Derecho penal...*, pp. 81 ss., quien fundamenta la imputación del hecho típico a título doloso (eventual) y/o imprudente (consciente), respectivamente, a partir de la dualidad «contar con» y «confiar en».

(49) Tal y como sostenían WELZEL, *Derecho penal...*, pp. 81 ss., y STRATENWERTH, *ZStW*, (71) 1959, p. 64, quienes al vincular la posible confianza del autor con el elemento cognoscitivo podían fundamentar su imputación únicamente a título imprudente (consciente) y no dolosa (eventual) en aquellos casos en que dicha confianza había impedido al sujeto representarse adecuadamente la peligrosidad que en concreto conllevaba su conducta.

insatisfactorio, por cuanto se acaba privilegiando a los sujetos «demasiado» optimistas en detrimento de los más juiciosos o cautos (50).

18. Precisamente la necesidad de responder a los inconvenientes que, a efectos de merecimiento de pena, plantean estos supuestos es la que está en el origen de los planteamientos de aquellos autores que establecen limitaciones objetivas a la confianza, distinguiendo, de esta forma, los supuestos en que al concurrir una confianza racional o razonable se excluye el dolo (eventual), de los casos en que, por el contrario, estamos ante una mera esperanza o deseo que no impide la imputación del hecho a título doloso. Ésta es la posición, por ejemplo, que en nuestra doctrina defiende Luzón Peña, quien ha elaborado la denominada «teoría restringida del consentimiento o de la aprobación», en virtud de la cual «... la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho..., sino que la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho...» (51).

19. Luzón Peña no construye la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), atendiendo a la subjetividad del

(50) En esta línea se sitúan en España autores como MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 269, quien señala «... es posible que el sujeto esté convencido de que, pese a la peligrosidad estadística que advierte en la acción, en su caso no va dar lugar al delito. Tal convicción podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba..., pero también en motivos irracionales, como la superstición, aunque el Juez no podrá partir de esto último, salvo que existan pruebas que lo confirmen...»; el mismo, «Conocimiento...», p. 32. Y en Alemania autores como FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 215 ss., quien también excluye la concurrencia del dolo en los casos en que el sujeto confía irracionalmente en una buena salida pese a representarse de forma correcta el riesgo que la realización de su conducta comporta, posición que, a diferencia de Mir Puig, mantiene no desde una perspectiva «voluntativa», sino, eminentemente, cognoscitiva. Se muestran especialmente críticos en nuestra doctrina con el planteamiento defendido por Frisch, entre otros, LAURENZO COPPELLO, *Dolo...*, pp. 230 ss., quien considera que esta solución no puede asumirse por aquellos que como ella parten de una teoría pura del conocimiento; y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 62 ss. y 88, en particular, nota 239.

(51) Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso...*, p. 426; el mismo, «Dolo...», p. 139. Planteamiento que es asumido por su discípula RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 62 ss.; la misma, «El delito de peligro del artículo 346 CP. Dolo de peligro y dolo de lesión», en *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 214 ss. En parecidos términos se expresa MAQUEDA ABREU, «La relación “Dolo de peligro”-“Dolo (eventual) de lesión”». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 “sobre el aceite de colza”, *ADPCP*, 1995, p. 436, quien reserva el ámbito de la culpa (consciente) «... para aquellos casos de representación errónea de una posibilidad de evitación del resultado que sean «creíbles» o, si se prefiere, capaces de generar en el autor una confianza racional y realista en su no producción, gracias al control que cree tener de la situación».

sujeto, sino que fundamenta la relevancia (racional) o irrelevancia (irracional) jurídico-penal de la confianza recurriendo a dos criterios eminentemente objetivo-normativos como son el grado de conocimiento que sobre el riesgo posee el sujeto y las posibilidades reales que tiene de controlarlo (52). Sin embargo, esta forma de proceder resulta criticable, por cuanto, como ha puesto de relieve un significativo sector doctrinal (53), la utilización de criterios objetivo-normativos no casa en los planteamientos de los autores que, como el aquí analizado, siguen concibiendo el dolo en atención a la vertiente interna del sujeto, esto es, en función de lo que el autor se representa y quiere (54).

20. Pese a que los partidarios de las denominadas teorías eclécticas destacan, en el plano teórico, el especial protagonismo que adquiere el elemento volitivo en la delimitación de los comportamientos dolosos (eventual) e imprudentes (consciente), en el plano práctico, no dotan a dicho elemento de contenido alguno, sino que acaban infiriendo su concurrencia, única y exclusivamente, del grado de conocimiento que el sujeto tiene sobre el peligro que conlleva su conducta. En efecto, el componente emocional-volitivo descrito por medio de las expresiones «conformarse», «resignarse» o «aceptar» carece de virtualidad alguna, esto es, no deja de ser una mera declaración de intenciones (55). De hecho, esta insustancialidad del elemento

(52) Cfr. LUZÓN PEÑA, quien afirma «... Esa confianza con un mínimo de 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...». En parecidos términos se expresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 63 ss.; la misma, «El delito...», pp. 216 ss., quien concluye «... en definitiva, el Ordenamiento jurídico penal otorga eficacia excluyente del dolo a la confianza sólo por debajo de ciertos niveles o condiciones de riesgo, en los que éste es mínimamente controlable y el sujeto confía (erróneamente) en la posibilidad de controlarlo...».

(53) En este sentido, LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 282, quien concluye el análisis de la postura defendida por Luzón Peña afirmando «... tampoco las teorías volitivas están exentas de la tan temida "objetivización" del dolo»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 107, nota 266, quien no entiende la crítica que Rodríguez Montañés realiza al planteamiento objetivista de Herzberg cuando dicha autora estima «correcto y necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto».

(54) Cfr. LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 139, para quien el dolo eventual «... requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento...». En la misma línea, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 64, quien, de forma expresa, admite que «... esta objetivización que aquí se propone no supone, sin embargo, la renuncia a la referencia subjetiva, sino tan sólo el establecimiento de ciertos límites a la misma: lo relevante para el dolo sigue siendo lo que efectivamente el sujeto se representa y quiere...».

(55) En este sentido, se pronuncian en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1996, p. 303, nota 39, quien ha puesto de relieve cómo, pese

volitivo en la definición general de dolo y en la determinación del dolo eventual, en particular, está en la base de los planteamientos de los autores que niegan su necesidad, construyendo la delimitación entre el dolo y la imprudencia, en exclusiva, sobre el elemento cognoscitivo: las denominadas teorías cognitivas.

21. En efecto, ante la superficialidad del elemento volitivo, los partidarios de las denominadas «teorías cognitivas» optan por reformular la definición general de dolo, rechazando, de forma expresa, el «querer» en la definición general de dolo (56), y ello en base al siguiente razonamiento: no tiene sentido mantener el elemento volitivo en la definición del dolo cuando se comprueba que su concurrencia se infiere, en exclusiva, de la representación que del peligro tiene el sujeto en el momento en que decide actuar, esto es, cuando el elemento cognoscitivo constituye el único indicador a partir del que se deduce que el sujeto se ha «conformado», «resignado» o «aceptado» el resultado típico.

22. En la actualidad, como ya he apuntado, cada vez son más los autores que prescinden de la voluntad en la conceptualización del dolo

a que un amplio sector de la jurisprudencia se muestra contraria a prescindir del elemento volitivo en el dolo, acogiendo, consiguientemente, los postulados de la «teoría ecléctica», en la práctica, ante la imposibilidad de probar dicho elemento, fundamenta la concurrencia del dolo en base, únicamente, al conocimiento o desconocimiento que el sujeto tenía sobre el peligro que conlleva su conducta, esto es, atendiendo, exclusivamente, al elemento cognoscitivo; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 166 ss., quien, en relación a la jurisprudencia que, de forma mayoritaria, ha acogido los postulados de la teoría ecléctica, destaca la divergencia que supone el hecho de que, teóricamente, se exija el elemento volitivo en el dolo y se utilice la «representación de un alto nivel de riesgo como indicador» para determinar su existencia; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 84, 104 ss., 122 ss. y 157, quien pone de relieve la poca sustantividad que cabe atribuir a expresiones tales como «conformarse», «resignarse» o «aceptar», las cuales, en su opinión, se encuentran muy alejadas del auténtico «querer» exigido en la definición general de dolo; en la doctrina alemana, entre otros, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 638, quien concluye cómo después de un análisis detenido de tales expresiones uno llega a la conclusión que el único dato que se toma en consideración para determinar la concurrencia del elemento volitivo recae sobre el «... hecho de que el autor haya llevado a cabo una actuación peligrosa para la vida con conocimiento del peligro...»; KINDHÄUSER, *ZStW*, (96) 1984, pp. 23 ss., quien considera que en modo alguno puede equipararse el «conformarse» al «querer».

(56) El rechazo a todo elemento volitivo en la definición del dolo y su fundamentación, en exclusiva, sobre el elemento cognoscitivo constituyen, en opinión de la doctrina mayoritaria, los rasgos comunes característicos de las llamadas «teorías cognitivas». En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 89; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 299, nota 71 *in fine*; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 88 ss.; PAREDES CASTAÑÓN/DÍAZ Y GARCÍA/DE VICENTE REMESAL, «Argumentación y prueba en la determinación del dolo (comentario a la STS de 24 de octubre de 1989, PTE. GARCÍA ANCOS), *RDPC*, (8) 2001, p. 334.

y fijan las fronteras entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) en base, respectivamente, al conocimiento o desconocimiento que tiene el sujeto sobre el peligro que comporta su conducta (57). Esta «nueva» posición doctrinal tiene su origen en los planteamientos defendidos en Alemania por Schröder y, especialmente, por Schmidhäuser (58), quien, en opinión de la doctrina, constituye uno de los autores que más se ha esforzado en negar la autonomía del elemento volitivo en la configuración del tipo doloso (59). Ciertamente, en el desarrollo de los actuales planteamientos cognoscitivistas, defendidos por un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, ha jugado un papel fundamental el criterio elaborado por Schmidhäuser a fin de delimitar el dolo y la imprudencia: representación del peligro concreto (dolo) *versus* representación del peligro abstracto (imprudencia) (60).

23. De hecho, el planteamiento de Schmidhäuser se encuentra en la base de la tesis elaborada años más tarde por Frisch, cuya obra ha jugado, a su vez, un importante papel en la adopción de la perspec-

(57) *Vid. supra* nota 13.

(58) Puede encontrarse una descripción de las tesis elaboradas por ambos autores en los trabajos de DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 90 ss; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 73 ss. y 90 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 54 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 433 ss.

(59) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 98 ss., quien se muestra contraria a las teorías cognitivas propugnadas por dichos autores no sólo porque traen consigo una extensión del ámbito del dolo en detrimento de la imprudencia consciente, sino también porque, en su opinión, la voluntad constituye el único elemento que permite diferenciar nítidamente el dolo (eventual) de la imprudencia (consciente); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 58 ss., quien también se muestra especialmente crítica con las teorías estrictamente cognitivas, por cuanto, además de ampliar en demasía el ámbito del dolo, determinan la «... *confusión de delitos de lesión y de peligro y la práctica inaplicabilidad de estos últimos...*»; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 434, con ulteriores referencias bibliográficas, quien, si bien muestra su desacuerdo con dichas teorías a las que califica de «... *demasiado intelectualistas*», concluye que, en el fondo, las posiciones defendidas por dichos autores no discrepan de la suya, sino que, únicamente, aportan «... *otra interpretación y otra terminología...*».

(60) Cfr. SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, pp. 310 ss.; el mismo, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventualis” und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, pp. 249 ss. Idea con la que resuelve casos límite como el planteado en el conocido supuesto de la «conducción vertiginosa» o «conductor rasante» («*rasanter Autofahrer*»): en el que un sujeto que conduce a gran velocidad por una estrecha carretera invadiendo el carril contrario y sin disponer de visibilidad alguna impacta con otro vehículo cuyo conductor muere. En este supuesto considera Schmidhäuser que debe imputarse el resultado de muerte únicamente a título imprudente, por cuanto, aunque en abstracto el sujeto se ha representado la posibilidad de su producción, en su concreta situación dicho sujeto no creyó que finalmente se produjera el resultado de muerte.

tiva cognoscitivista por parte de un destacado sector de nuestra doctrina científica y jurisprudencial. En efecto, como ha puesto de relieve Ragués i Vallès, el planteamiento esbozado por ambos autores converge en dos puntos: *a)* en primer lugar, los dos exigen que el sujeto tome conciencia de la peligrosidad que en concreto comporta su conducta para lesionar el bien jurídico-penalmente protegido; y *b)* en segundo lugar, ambos autores niegan la posibilidad de imputar el hecho típico a título doloso en los casos en que el sujeto confía, erróneamente, que su conducta no resulta idónea para lesionar dicho bien jurídico, por cuanto entienden que ello impide al sujeto representarse correctamente el riesgo que su conducta comporta (61).

24. Frisch construye su posición acerca del dolo sobre la base de tres ideas fundamentales (62). En primer lugar, y en sintonía con los postulados de la teoría de la imputación objetiva, concibe el dolo como conocimiento del riesgo típicamente relevante, negando, autonomía propia al elemento volitivo en dicha definición (63). En segundo lugar, considera, en contra de la opinión mayoritaria, que el conocimiento no debe abarcar el resultado, sino, únicamente, el comportamiento típico (64). En tercer lugar, acoge la idea de la decisión en contra del bien jurídico como criterio fundamentador de la mayor

(61) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 94.

(62) Para una descripción más detallada de la tesis elaborada por FRISCH puede consultarse, en la doctrina española, los trabajos realizados por DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 113 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 227 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 93 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 83 ss.; en la doctrina alemana, entre otros, ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, (BACIGALUPO SAGGESE/CANCIO MELIÁ trads.), Madrid, 1995, pp. 167 ss.; KÜPER, GA 1987, pp. 479 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 439 ss.

(63) Cfr. FRISCH, *Vorsatz...*, p. 264 ss., para quien la voluntad no constituye un elemento propio del concepto general de dolo sino de la acción. En este sentido, se han pronunciado, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, p. 303; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 293; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 545; del mismo autor, *Aproximación...*, p. 401, quien estima igualmente que la «... voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes.»; en la doctrina alemana, entre otros, HERZBERG, JZ 1988, pp. 573 ss.; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, p. 21.

(64) Cfr. FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 95 ss. En la misma línea, se han pronunciado en la doctrina española y alemana, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1996, pp. 305 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento...», pp. 26 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, «El dolo y el conocimiento de la antijuricidad», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, (JIMÉNEZ VILLAREJO dir.), CDJ Madrid 1994, p. 41; RAGUÉS I VALLÈS, ADPCP 1997, p. 809. En contra, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 134 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 303, nota 78; KÜPER, GA 1987, p. 503; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 249 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 87 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 441.

penalidad del dolo con respecto a la imprudencia, de tal forma que el sujeto toma una decisión en contra del bien jurídico en los casos en que, pese a que conoce que su conducta es idónea en concreto para lesionar un bien jurídico-penal, actúa (65).

25. La construcción elaborada por FRISCH ha tenido, como ya he adelantado, una importante acogida tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia del TS. Efectivamente, en la actualidad, un significativo número de autores niega, en nuestra doctrina, autonomía propia a la voluntad en la definición general de dolo y defiende que las fronteras entre el dolo y la imprudencia deben fijarse, únicamente, atendiendo al conocimiento o desconocimiento que el sujeto tiene sobre el riesgo que en concreto entraña su conducta para el bien jurídico-penalmente protegido (66). A juicio de estos autores, se imputa el hecho típico a título doloso en los casos en que el sujeto actúa pese a que dispone de datos suficientes para conocer el peligro que comporta su conducta para el bien jurídico protegido, mientras que se imputa el hecho a título imprudente en los supuestos en que, si bien el sujeto conoce en abstracto el peligro que comporta su conducta, carece de

(65) Cfr. FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 98 ss. y 498. Pese a que la idea de la «decisión en contra del bien jurídico» fue elaborada por ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 424 ss., como criterio básico sobre el que resolver, en particular, la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, ha sido utilizada por otros autores para determinar, en general, el concepto de dolo y para fundamentar el mayor castigo de las conductas dolosas en relación con las imprudentes. En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 300 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 302 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 239 ss.; HASS.EMER, «Los elementos característicos del dolo», (DÍAZ PITA trad.), ADPCP 1990, pp. 915 ss.

(66) En efecto, ha crecido el número de autores que utilizan el elemento cognoscitivo como único criterio de delimitación entre ambos títulos subjetivos de imputación. En este sentido, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 228, para quien el «... *el dolo... sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo...*»; CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, p. 303, para quien la diferencia entre los delitos dolosos e imprudentes radica «... *en el distinto contenido del conocimiento que tiene el sujeto respecto del “concreto peligro” creado por su conducta...*»; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 278 ss., 293, 298 y 301, quien concluye «... *La distinción entre el dolo e imprudencia reside, pues, únicamente en el aspecto intelectual. La modalidad de imputación no depende de lo que el autor quiera o persiga o su posición anímica frente a un posible resultado...*»; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 248, para quien «... *la esencia del delito doloso debe fijarse en la realización de una conducta a pesar de conocer el peligro concreto de lesión del bien jurídico...*»; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO/HUERTA TOLCILDO, *Derecho penal...*, p. 134, para quienes la diferencia entre los comportamientos dolosos e imprudentes estriba «... *en el mayor o menor grado de peligro apreciado por el sujeto ex ante, en su conducta...*»; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 545, donde mantiene que el conocimiento constituye el elemento esencial en el dolo; EL MISMO, *Aproximación...*, p. 401.

los datos necesarios para conocer la concreta eficacia lesiva de su comportamiento. Ello explica por qué, a continuación, alguno de estos autores califica los comportamientos imprudentes como supuestos de error de tipo (67) y justifica la imposición de una pena más grave para los comportamientos dolosos, argumentando que constituyen un atentado más directo contra la vigencia de la norma y ello requiere una respuesta más contundente por parte del Derecho (68).

26. Sin embargo, esta «nueva» concepción del dolo ha trascendido del plano puramente teórico al plano práctico, motivando un cambio de orientación en la jurisprudencia, dónde, paulatinamente, ha ido ganando terreno la perspectiva cognitiva en detrimento de la clásica aproximación voluntativa representada por la teoría del consentimiento o de la aprobación. En este paulatino acercamiento de la jurisprudencia hacia la perspectiva cognoscivista han jugado un papel fundamental los siguientes elementos. En primer lugar, la asunción, directa o indirecta, de la teoría de la probabilidad como criterio de concreción, en muchas ocasiones único, de la tesis ecléctica o mixta, mayoritariamente seguida por nuestros Jueces y Tribunales (69). En segundo lugar, la configuración del dolo en los delitos de omisión (en especial en los delitos de comisión por omisión), donde, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han restado relevan-

(67) En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 971; la misma, *El delito imprudente...*, p. 288, para quien «... el desconocimiento del peligro es siempre «desconocimiento de una circunstancia objetiva que concurre en la situación», por lo que se trata de una modalidad de error de tipo...»; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 300, quien concluye «... el no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo...»; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, pp. 26 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 290 ss., quien, siguiendo en este punto a Kindhäuser, considera que la imprudencia (consciente) constituye un supuesto en que «... el sujeto supone erróneamente que el hecho está bajo control y el resultado se evitará...»; SANCI-NETTI, *Teoría...*, p. 200.

(68) En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 311 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 243 ss., en particular nota 23; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 42 ss.; el mismo, ADPCP 1997, pp. 805 ss., nota 42; quienes acogen en este punto el planteamiento defendido por JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 312; quien fundamenta la mayor penalidad de los comportamientos dolosos acudiendo a la teoría de la prevención general positiva.

(69) En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 316, nota 108, GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato), ADPCP 1990, pp. 422 ss., donde ya puso de manifiesto como si bien, nominalmente, la jurisprudencia acude a la teoría del consentimiento para determinar la concurrencia del dolo eventual en los delitos contra la vida, «... lo cierto es.. que en realidad y de hecho, la teoría que aplican... es la de la probabilidad...»; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 169; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 428.

cia al elemento volitivo, reconociendo que el conocimiento de la infracción por el garante es suficiente para determinar la imputación del hecho típico a título doloso (70). Y en tercer lugar, ha adquirido un especial protagonismo la conocida sentencia del «caso del aceite de colza» (71), por cuanto, no en vano, constituye la primera resolución en la que el TS, partiendo de los postulados propios de la teoría de la imputación objetiva, se concibe el dolo en términos puramente cognoscitivos (72).

27. Ahora bien, siendo muy notable la influencia que ha ejercido la sentencia de la colza en las posteriores resoluciones dictadas por nuestros Jueces y Tribunales (73), debe precisarse que, en la actualidad, la perspectiva cognoscivista no se ha impuesto en nuestra jurisprudencia, sino que junto a la misma siguen existiendo numerosas sentencias en las que, siquiera formalmente, se exige la concurrencia del elemento volitivo a través de la fórmula suavizada o relativizada del «conformarse o el resignarse» con la producción del resultado típico (74).

(70) En este sentido, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, pp. 227 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 299, nota 71 y 320, quien apunta como dicha configuración tiene su origen en el mayor contenido normativo que la doctrina mayoritaria dota a los delitos de omisión con respecto a los delitos de acción; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 170, donde pueden encontrarse algunas referencias jurisprudenciales.

(71) STS 23-04-92 (RJ 6783/1992, Pte. Bacigalupo Zapater, FJ 3.º). Puede consultarse una sucinta exposición de los hechos en el trabajo de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza» (1.ª parte), en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*», (MIR PUIG/LUZÓN PEÑA, coords.), Barcelona, 1996, pp. 263 ss.

(72) Varios son los autores que han destacado especial protagonismo que ha adquirido la sentencia del «caso del aceite de colza» en la asunción de la teoría cognitiva en nuestra jurisprudencia. En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 318 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 170 ss.; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, pp. 430 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Problemas...», pp. 275 ss.; TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa...», pp. 169 ss.; si bien estos dos últimos autores, a diferencia de los anteriores, se muestran especialmente críticos con la «objetivización» o «normativización» del dolo defendida en dicha resolución.

(73) En este sentido, asumen directa o indirectamente, la concepción del dolo configurada en la sentencia del «caso de la colza», entre otras, las SSTS 24-01-01 (RJ. 2001\404, Pte. Granados Pérez, FJ 5.º); 6-06-00 (RJ. 2000\4159, Pte. Martín Canivell, FJ 3.º); 22-01-01 (RJ. 2001\457, Pte. Granados Pérez, FJ 2.º); 19-10-01 (RJ 2001\9379, Pte. Conde-Pumpido Tourón, FJ 4.º); 27-02-04 (RJ. 2004\1446, Pte. Granados Pérez, FJ 2.º).

(74) En este sentido, se pronuncian, entre otras, la STS 19-10-01 (RJ. 2001\ 9379, Pte. Conde-Pumpido Tourón) y el ATS 10-10-03 (RJ. 2003\7465, Pte. MAZA MARTÍN).

28. La posición de aquellos autores que como Frisch definen el concepto de dolo desde una perspectiva exclusivamente cognoscivista, prescindiendo, de forma expresa, de la voluntad como elemento autónomo, ha sido objeto de duras críticas por parte de un importante sector doctrinal. En primer lugar, se le reprocha a los planteamientos cognoscitivistas, defendidos entre otros por FRISCH, el hecho de que traen consigo una ampliación del ámbito del dolo en detrimento de la imprudencia (75), por cuanto al pivotar el concepto de dolo sobre el elemento intelectual, los supuestos tradicionalmente incluidos en el marco de la imprudencia consciente, pasan a formar parte del tipo doloso (eventual) (76). En segundo lugar, se le ha reprochado concretamente a la postura de Frisch el hecho de que no haya llevado hasta sus últimas consecuencias el planteamiento cognoscivista del que parte a la hora de definir el concepto de dolo (77). En tercer lugar,

(75) En este sentido, se pronuncia, en nuestra doctrina, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 130 y 137, para quien la posición de FRISCH «... supone... una ampliación de la punición de los delitos dolosos...». Conclusión ésta que no comparten FEIJÓ SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 325, nota 121, quien entiende que constituye una «crítica fácil» que si bien puede dirigirse contra las «viejas teorías cognitivas» como la defendida por SCHRÖDER no puede extenderse a aquellas posiciones como la de FRISCH que han acogido los postulados de la teoría de la imputación objetiva; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 433, nota 39, para quien el planteamiento de FRISCH comporta, contrariamente, una ampliación de la imprudencia consciente, por cuanto excluye la concurrencia de dolo en los supuestos en que el sujeto confía, incluso irracionalmente, en que la conducta cuya peligrosidad conoce no determinará la lesión de un bien jurídico.

(76) En efecto, uno de los principales reproches que se ha dirigido a la teoría de la posibilidad propugnada en Alemania por SCHRÖDER y SCHMIDHÄUSER es que el concepto de dolo que propugnan determina la desaparición de la culpa consciente y la inclusión de la misma en el ámbito del dolo. En este sentido, en la doctrina alemana, entre otros, STRATENWERTH, ZStW (71) 1959, pp. 51 ss.; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 165; en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 172; DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 108.

(77) En efecto, un significativo sector doctrinal considera que, si bien el citado autor construye la delimitación entre el dolo y la imprudencia en atención al conocimiento o desconocimiento que del riesgo típico tiene el sujeto, confiere relevancia al elemento volitivo en el momento en que niega la concurrencia de dolo en los supuestos en que el sujeto, pese a conocer el peligro concreto que conlleva su conducta para el bien jurídico-penalmente protegido, confía, irracionalmente, en que ello no derivará en lesión alguna. En este sentido, en la doctrina española, entre otros, FEIJÓ SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 279, nota 26, quien destaca la fractura que supone en el planteamiento de FRISCH la negación del dolo en los supuestos en que, pese a que el sujeto conoce el peligro típico, confía irracionalmente en una buena salida; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 229 ss., quien, si bien estima acertada la propuesta de FRISCH de tomar en consideración la valoración que el sujeto realiza sobre el peligro que conlleva su conducta, se muestra crítica con su extensión a los supuestos en que el sujeto confía, sin fundamento alguno, en que nada pasará o no realiza ninguna valo-

algunos autores sostienen que la adopción de un planteamiento cognoscivista en el que se prescinde del elemento volitivo y se concibe el dolo como «conocimiento del riesgo típico», comporta como consecuencia lógica la superposición o identificación de las figuras del «dolo de peligro concreto» y «dolo eventual de lesión» y la confusión de los «delitos de peligro» y los «delitos de lesión», lo cual, en la práctica, determina la inaplicación de estos últimos, en la medida en que «*toda puesta en peligro de la vida o la integridad implicaría ya una tentativa de homicidio o de lesiones*» (78). Por último, apunta en nuestra doctrina Ragués i Vallès, que las teorías de corte intelectualista, entre las que se sitúa la elaborada por Frisch, no resuelven satisfactoriamente los supuestos en que el sujeto no se ha representado la idoneidad de su conducta para lesionar un bien jurídico-penal en una situación en que cualquier persona lo habría advertido, ni en los casos en que el sujeto ha creado, de forma consciente, un riesgo que supera de forma mínima el riesgo permitido (79).

ración al respecto, por cuanto, en su opinión, ello acerca el planteamiento del autor a «... las tradicionales posturas partidarias de centrar la esencia del dolo en un posicionamiento interno frente a la realización del tipo...»; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 90, para quien la tesis de FRISCH no ha cambiado nada, por cuanto, en su opinión, a través del criterio de la «toma de posición personal del autor» dicho autor acaba reconduciendo el elemento volitivo del dolo al elemento cognitivo; en la doctrina alemana, entre otros, ESER/BURKHARDT, *Derecho penal...*, p. 168, quienes apuntan como el «conocimiento cualificado» («partir para sí») exigido por FRISCH no es más que un «equivalente funcional» del elemento volitivo requerido por otras teorías; HERZBERG, JZ 1988, p. 636; PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», ZStW (103) 1991, pp. 9 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 440, para quien el planteamiento de FRISCH, en realidad, no difiere de la posición tradicional, por cuanto, acaba incluyendo la voluntad en el elemento cognoscitivo.

(78) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 136; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 433 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 95 y 173 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 58 y 89 ss., con ulteriores referencias bibliográficas. Sin embargo, como expondré a continuación, esta conclusión, únicamente, resulta «lógica» para aquellos autores, entre los cuales no se encuentra FRISCH, que defienden la autonomía del elemento volitivo en la definición del dolo, la inclusión del resultado como elemento a abarcar por el conocimiento del sujeto y la configuración de los «delitos de peligro» como un mero adelantamiento de la línea de protección de los bienes jurídico-penales individuales (vida e integridad física).

(79) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 168 ss. A juicio de este autor, en el primer grupo de casos, aunque, en la práctica la solución parece inaceptable, una aplicación coherente de los postulados cognoscivistas conduce a la imputación del hecho a título imprudente, en la medida en que el sujeto no se ha representado el riesgo que conllevaba su conducta. Por otra parte, en el segundo grupo de supuestos, aunque la imposición de la pena propia del tipo doloso resulta excesiva, a su juicio, una aplicación consecuente de las teorías cognitivas conduce a la imputación del hecho a título doloso, por cuanto el sujeto se ha representado el riesgo que para el

IV

1. Como habrá podido deducirse a lo largo de la exposición de las diferentes posturas existentes en relación a la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), me he adherido a la posición de aquellos autores que rechazan la autonomía del elemento volitivo en la definición general de dolo y construyen la imputación a título doloso e imprudente, en atención, respectivamente, al conocimiento o desconocimiento que el sujeto posee acerca del peligro que comporta su conducta para con el bien jurídico-penalmente protegido. A mi juicio, son varios los argumentos que fundamentan una definición del dolo en términos cognoscitivos y no voluntativos.

1.1. En primer lugar, si bien en nuestro CP no se ha incluido, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos (80), una definición legal del dolo, si encontramos, por el contrario, en la regulación del error de tipo vencible (art. 14.1 CP), un argumento de Derecho positivo sobre el que puede sustentarse la configuración intelectual del dolo aquí defendida. En efecto, del citado precepto se infiere que únicamente pueden imputarse a título doloso aquellos hechos típicos abarcados por el conocimiento del sujeto. Lo cual, *a sensu contrario*, significa que en los supuestos en que el sujeto yerra en relación a alguno de los diferentes elementos que configuran la infracción penal en cuestión el hecho sólo puede ser imputado a título imprudente (81). El hecho de que nuestro CP no haga referencia alguna al elemento volitivo nos «obliga», cuanto menos, a cuestionarnos hasta qué punto resulta acertado fijar las fronteras entre el dolo y la imprudencia en base al mismo (82).

bien jurídico-penalmente protegido comportaba su conducta, privilegiando, de esta forma, a los autores optimistas o irracionales en detrimento de los pesimistas o escrupulosos.

(80) Así en el CP italiano se ha previsto expresamente una definición del dolo y de la imprudencia en su art. 43 cuyo tenor es el siguiente «*Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione... è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o impericia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.*».

(81) En este sentido, se han pronunciado en nuestra doctrina, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, p. 303; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 278; LAURENZO COPELLO, RPCP (11-12) 2002, p. 323; la misma, *Dolo...*, pp. 15 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 28 ss.

(82) Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 278-279. De otra opinión, LAURENZO COPELLO, RPCP (11-12) 2002, p. 323, quien matiza que este argumento de

1.2. En segundo lugar, pese a que el elemento volitivo no juega papel alguno en la configuración del llamado dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, la doctrina se muestra unánime a la hora de calificar dichos supuestos como dolosos. Lo cual me suscita la siguiente reflexión: resulta del todo punto incoherente sostener que la voluntad constituye un elemento autónomo en la definición de dolo cuando se constata que una de sus formas, el dolo de segundo grado, se configura, única y exclusivamente, en base al conocimiento que el sujeto tiene sobre el riesgo que conlleva su conducta para la indemnidad del bien jurídico-penal protegido. En efecto, si bien los defensores de la definición clásica del dolo intentan salvar dicho obstáculo presumiendo que quien emprende una conducta con el pleno conocimiento de que conducirá, necesariamente, a la realización del tipo, «quiere», o cuanto menos «acepta» su concurrencia, no pueden superar el hecho incontestable de que, en puridad, el sujeto ni lo «quiere» ni lo «acepta».

1.3. En tercer lugar, considero, «contradictorio» que en el plano teórico se defienda la autonomía del elemento volitivo en la definición general del dolo, cuando en la práctica jurisprudencial diaria, no se le dota de contenido alguno y se infiere directamente del conocimiento que sobre el riesgo típico tiene el sujeto (83). Ciertamente, la imputación subjetiva constituye uno de los ámbitos de la teoría del delito en el que se percibe con mayor claridad el «divorcio» existente entre la dogmática y la práctica (84), en la medida en que las teorías del dolo

Derecho positivo no constituye un límite infranqueable para aquellos autores que sostienen que la «voluntad» constituye el criterio determinante en la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente).

(83) Sin embargo, a mi juicio, este proceder de la jurisprudencia resulta, en cierta manera, «lógico», por cuanto la «voluntad» no se puede probar en el proceso penal, excepto en aquellos supuestos, por otra parte muy poco frecuentes, en los que el sujeto confiesa que realmente conocía y quería la realización del tipo. Aseveración esta última que ha de ser necesariamente matizada, por cuanto si bien, históricamente, se ha afirmado que la confesión constituye la única prueba directa para determinar la voluntad que tenía el sujeto en el momento de emprender la acción típica, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha restado eficacia jurídico-penal a dicha confesión, argumentando que constituye un indicio más que es preciso probar en el proceso a fin de determinar la culpabilidad del sujeto. Para un análisis más detallado del papel que ocupó y ocupa la confesión del acusado en la determinación de los elementos subjetivos del delito, *Vid.*, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 232 ss., en el que pueden encontrarse numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales.

(84) En mi opinión, la dogmática no debe dar la espalda a la práctica, entre otras cosas, porque la razón que justifica su existencia es, precisamente, la posibilidad de aportar soluciones teóricas a los problemas que se suscitan en la realidad diaria. Lo contrario convierte a la dogmática en un puro ejercicio de estilismo carente de valor alguno. En este sentido, la doctrina científica ha puesto de relieve, con carácter general, tanto la necesidad de que las construcciones dogmáticas se orienten a la solución

elaboradas por la doctrina científica no pueden ser aplicadas por nuestra jurisprudencia, y cuando se aplican, en muchas ocasiones, son «manipuladas» con el fin de acomodarlas al supuesto de hecho enjuiciado, y consiguientemente, se acaban desnaturalizando (85). En este sentido, resulta paradigmática la aplicación que, de la teoría del consentimiento, han realizado nuestros Jueces y Tribunales, quienes, ante la imposibilidad de probar el elemento volitivo y sus sucedáneos («aceptar», «resignarse»...), lo han acabado infiriendo del elemento cognoscitivo (86). En definitiva, me parece más coherente sostener un concepto cognitivo cuya realidad puede verificarse en el proceso penal, que una caracterización volitiva del mismo cuya constatación en el proceso resulta del todo punto imposible.

2. Dicho esto, cabe preguntarse entonces qué papel ocupa la «voluntad» en la definición general de dolo. Pues bien, en mi opinión, la voluntad no constituye, tal y como sostiene la doctrina mayoritaria, un elemento constitutivo de la definición general de dolo, sino que, en la línea apuntada por un importante sector doctrinal, constituye un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos y a los imprudentes (87). Es por ello que, a mi juicio, la distinción entre las categorías del

de los problemas prácticos, como la estrecha relación existente entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112; MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», DP 1978, pp. 304 ss.; MIR PUIG, «Dogmática creadora y Política criminal», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1994, p. 25; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 193 ss. En contra, se han pronunciado, entre otros, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, (vol. I) Valencia, 1997, pp. 71 ss.; MORSELLI, ADPCP 1991, p. 900, quienes consideran que las cuestiones prácticas no tienen por qué incidir en la configuración teórica de los conceptos.

(85) En efecto, como muy acertadamente ha apuntado RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 202, resulta imposible valorar la dimensión que debe otorgarse a un concepto de dolo determinado si no se toma en consideración, con carácter previo, el modo en que se aplica en la realidad práctica.

(86) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 202 ss., cuestión ésta que ya fue apuntada por CORCOY BIDASOLO en la que constituyó su tesis doctoral, *El delito imprudente...*, pp. 264 y 278 ss., donde constató como ante la imposibilidad de probar en el proceso penal dicho elemento volitivo, la jurisprudencia se decantaba por la utilización de criterios que nada tienen que ver con dicho elemento.

(87) En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1985, p. 545; el mismo, *Aproximación...*, p. 401; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 266; la misma, ADPCP 1996, p. 303; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, p. 115; FELJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 310; ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001, p. 189, nota 483, quien se adhiere expresamente al planteamiento esgrimido por su maestro el profesor SILVA SÁNCHEZ.

dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) no debe construirse sobre la base del elemento volitivo, sino, como ya he apuntado, en atención al conocimiento o desconocimiento que en el supuesto de hecho concreto tenía el sujeto en relación al riesgo típico creado o no controlado.

3. En efecto, mientras que en los comportamientos dolosos el sujeto posee un conocimiento «exacto» del peligro que supone su conducta para con el bien jurídico-penal protegido, en los comportamientos imprudentes el sujeto desconoce el verdadero y efectivo alcance del riesgo creado o no controlado con su conducta, configurándose de esta forma como un supuesto de error de tipo. Este mayor conocimiento justifica, precisamente, la imposición a los comportamientos dolosos de una pena más elevada a la prevista para los imprudentes, no sólo porque suponen una mayor peligrosidad para con los bienes jurídico-penales protegidos, sino, especialmente, porque constituyen una negación directa de la norma y su reestablecimiento exige una respuesta más contundente por parte del ordenamiento jurídico (88).

4. La asunción de un concepto puramente cognoscitivo del dolo, como el aquí defendido, no conlleva, necesariamente, una ampliación del ámbito del tipo doloso en detrimento del tipo imprudente, tal y como sostienen algunos autores en nuestra doctrina (89), por cuanto dicha conclusión parte de una premisa incorrecta: la identificación del elemento cognoscitivo como conocimiento de la posible producción de un resultado lesivo. En efecto, podría sostenerse que la negación del elemento volitivo trae consigo una expansión del dolo eventual a expensas de la imprudencia consciente, y consiguientemente, la desaparición de ésta última, siempre y cuando se partiera de la premisa de que en ambos casos el nivel de conocimiento exigido coincide.

5. Sin embargo, tal y como ya he expuesto, ello no es así, desde el momento en que la distinción entre los comportamientos dolosos e imprudentes, y por tanto, su diferente penalidad, se construye, respec-

(88) Ciertamente, de entre los diversos argumentos utilizados por la doctrina para fundamentar la mayor penalidad de los comportamientos dolosos con respecto a los imprudentes (identificación de la sociedad con los autores imprudentes; mayor control del riesgo por parte del autor doloso y, consiguientemente, mayores posibilidades de evitación del resultado típico; el comportamiento doloso en tanto expresión de una decisión en contra del bien jurídico; mayor peligrosidad de los comportamientos dolosos para con los bienes jurídico-penales protegidos), adquieren una especial importancia el criterio de aquellos autores que vinculan la imposición de una pena mayor a los comportamientos dolosos con las necesidades preventivo generales de la sociedad, por cuanto en ellos, en mi opinión, se pone de relieve la distinta trascendencia que posee el conocimiento del sujeto en la fundamentación del dolo.

(89) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 107 ss.; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 433; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 58.

tivamente, en atención al desigual conocimiento que tiene el sujeto sobre el riesgo que ha creado o no controlado con su conducta: mientras que en los primeros el sujeto tiene un conocimiento exacto y preciso del peligro que comporta su conducta, en los segundos, pese a que el sujeto conoce, en general, el riesgo que está creando, el error en el que incurre no le permite valorar en toda su extensión el alcance concreto del mismo (90). La caracterización de la imprudencia como un supuesto de error de tipo no sólo nos permite fijar las fronteras entre el dolo y la imprudencia, sino que, con respecto a ésta última, permite garantizar un espacio propio tanto a la imprudencia consciente como a la inconsciente (91).

6. Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que el sujeto tiene un conocimiento exacto, esto es, concreto, del riesgo creado o no controlado con su conducta, y consiguientemente, se le puede imputar el resultado típico a título doloso? En este punto, de entre todos los indicadores o criterios barajados por la doctrina y la jurisprudencia para verificar la concurrencia del elemento cognoscitivo [la llamada *poena naturalis* (92), el sector en el que se enmarca la conducta (93), la proximidad y/o intensidad del ries-

(90) En parecidos términos, se pronuncian, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 267 ss., quien ya en su tesis doctoral apuntó que el contenido del elemento cognoscitivo es distinto en los tipos dolosos y los imprudentes; LA MISMA, ADPCP 1996, pp. 303 ss.; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, pp. 34 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 287 ss.; LA MISMA, RPCP (11-12) 2002, pp. 334 ss.; PAREDES CASTAÑÓN/DÍAZ y GARCÍA/DE VICENTE REMESAL, RDPC (8) 2001, pp. 337 y 341, quienes si bien, teóricamente, no rechazan la presencia del elemento volitivo en la definición general de dolo, en la práctica, construyen la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) a partir de elemento cognoscitivo.

(91) En la imprudencia inconsciente el error en el que incurre es tal que no le permite, ni tan siquiera, tomar conciencia del riesgo que está creando o no controlando con su conducta.

(92) Se afirma que en los supuestos en que el propio sujeto que crea el riesgo sufre en su persona las consecuencias del mismo se presume que no ha actuado dolosamente. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 174, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 358 ss., quien le otorga una especial fiabilidad a la *poena naturalis* pese a no constituir el indicador definitivo en todos los casos; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, p. 408, quien destaca cómo en algunas resoluciones dictadas en relación a las muertes y/o lesiones acontecidas en el tráfico viario, si bien no se dice expresamente, se descarta su imputación a título doloso (eventual) aplicando, precisamente, el criterio de la *poena naturalis*.

(93) En la práctica, el sector en el que se enmarca la conducta constituye uno de los criterios utilizados por la jurisprudencia para determinar la concurrencia de dolo o imprudencia. Así, por ejemplo, aquellos ámbitos en los que existe una cierta habituación a los riesgos, como sucede en el tráfico viario, el trabajo o la medicina, la jurisprudencia se muestra reacia a imputar las muertes y/o lesiones a título doloso. Por el contrario, cuando dichos resultados tienen lugar en el marco de actividades delictivas

go (94) o la personalidad y/o antecedentes del imputado (95)], adquieren un especial protagonismo, en mi opinión, los criterios del control del riesgo y las posibilidades de autoprotección de la víctima (96).

7. Ciertamente, en aquellos supuestos en que el sujeto mantiene un control directo sobre el riesgo o adopta las medidas necesarias para que la víctima lo domine es posible que el sujeto incurra en un error que excluya la imputación del resultado típico a título doloso. Por el contrario, en los casos en que el sujeto no domina directamente el riesgo o no ha interpuesto medida alguna que permita su control por la víctima es más difícil que el primero incurra en un error, y por tanto, se le impute el hecho típico a título imprudente (97). Y ello es así, pre-

(tráfico de drogas, robos..) no tiene ningún reparo en imputarlos a título doloso. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 964; la misma, *El delito imprudente...*, p. 281; la misma, ADPCP 1996, p. 305, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 315; HAVA GARCÍA, *La imprudencia...*, pp. 65 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 32; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos...*, p. 60, nota 124; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, p. 407.

(94) Resulta evidente que en aquellos supuestos en que existe una inminencia de la lesión y/o estamos ante un riesgo especialmente intenso las posibilidades de que el sujeto alegue que no era consciente del riesgo que estaba creando con su conducta son muy inferiores, y por consiguiente, también la posibilidad de que se le impute el hecho típico a título imprudente. A tales efectos, resulta paradigmática la jurisprudencia vertida en relación a la distinción entre el *animus necandi* y el *animus laedendi* a los efectos de calificar los hechos, respectivamente, como constitutivos de una tentativa de homicidio o un delito de lesiones dolosas consumadas, en los que se constata como uno de los criterios para determinar la concurrencia de dolo de matar es precisamente, la intensidad y el número de golpes realizados. En este sentido, apunta FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 362, que mientras que quien golpea dos veces a otra persona en el transcurso de una pelea puede alegar que no se representó la posibilidad de que su oponente muriera, no sucede lo mismo con aquél que golpea sucesivamente en el abdomen a alguien que se encuentra tendido en el suelo; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 62, quien niega toda eficacia a la confianza del sujeto en aquellos supuestos en que estamos ante un riesgo especialmente importante y/o ante un riesgo no controlado por el sujeto que lo genera.

(95) Este criterio resulta especialmente rechazable, por cuanto constituye una manifestación del denostado Derecho penal de autor. Pese a ello, hasta tiempos recientes, era utilizado por el TS en la determinación de la imputación subjetiva, olvidando, de esta forma, que el Derecho penal no debe incriminar y castigar personalidades sino aquellos hechos que lesionan los bienes jurídico-penales más valorados por la sociedad. En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 364; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1990, p. 428; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, pp. 421 ss.

(96) Criterio éste último que, como expondré a continuación, ocupa un lugar preeminente en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo.

(97) En este sentido, tanto la doctrina española como alemana coinciden al destacar la importancia de ambos criterios en la determinación del dolo, entre otros, respectivamente, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, pp. 970 ss.; la misma, *El delito imprudente...*, pp. 173 y 282 ss.; la misma, ADPCP 1996, p. 304 ss.; DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 315 ss.;

cisamente, porque el dominio del riesgo y la interposición de dichas medidas por parte del sujeto pueden llevarle a sobrevalorar su propia capacidad y la de la víctima para controlarlo y, consiguientemente, a desconocer el efectivo alcance del peligro creado con su conducta. Lo cual, en última instancia, impide o, cuanto menos, dificulta la imputación del hecho típico a título doloso (98).

En este sentido, resultan paradigmáticos los supuestos de contagio del SIDA mediante la práctica de relaciones sexuales sin la utilización de preservativo. Ciertamente, el sujeto que, conociendo su enfermedad, mantiene contactos sexuales con otras personas sin informarles de la misma y sin tomar ningún tipo de precaución (concretamente la utilización de preservativo) en modo alguno puede alegar que desconocía el concreto peligro que comportaba su conducta para la salud individual e, incluso, la vida del sujeto y eludir así, respectivamente, la imputación de un delito de lesiones o de homicidio en grado de tentativa (99). Y ello en base a las siguientes razones:

En primer lugar, porque el sujeto, pese a saber que era seropositivo, no adoptó la única medida que habría evitado, en un alto porcentaje, el riesgo de contagio del VIH: la utilización del preservativo en el desarrollo de la relación sexual. En efecto, el hecho de que en tales circunstancias el sujeto esperara o deseara que no tuviera lugar dicho contagio carece de relevancia jurídico-penal, por cuanto la valoración acerca de la posibilidad real de controlar el riesgo creado

FELJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 362 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, p. 419; HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des Objektiven Tatbestandes», JuS, 1986, pp. 254 ss.; el mismo, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», JZ, 1988, pp. 635 ss.; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, pp. 26 ss.; PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», ZStW (103) 1991, p. 33; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 437, quien estima que el criterio de la puesta en práctica de una voluntad de evitación constituye uno de los indicios, si bien no el único, sobre los que puede delimitarse la imputación del hecho típico a título doloso (eventual) o imprudente (consistente).

(98) No me sorprende la importancia que la doctrina ha dado al criterio del control del riesgo y/o la adopción de medidas a fin de evitarlo en la determinación del elemento cognoscitivo, por cuanto no en vano constituyen los indicadores más fácilmente verificables en la práctica.

(99) En aquellos supuestos en que se transmite el virus y se desarrolla, de forma efectiva, la enfermedad del SIDA los hechos pueden ser constitutivos de un delito de lesiones dolosas consumadas, por cuanto se producirá una afectación de la salud individual del sujeto. Por su parte resulta evidente que el desarrollo de la enfermedad como consecuencia de este contacto sexual «desprotegido», esto es, sin preservativo, actualmente puede causar la muerte de la persona que la padece, lo cual de probarse la relación de causalidad y la relación de riesgo (lo cual no siempre resultará fácil, especialmente en los casos en que la víctima ha mantenido coetáneamente relaciones íntimas con otras personas) podría determinar la imputación de un delito de homicidio doloso (eventual). Sin embargo, en la práctica lo que sucederá es que en el momento de su enjuiciamiento posiblemente la persona todavía no haya muerto, de tal forma, que únicamente podrán calificarse los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa.

o la idoneidad de las medidas de protección adoptadas no depende de la opinión del sujeto sino que incumbe al Derecho (100).

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, porque la víctima carecía de los medios necesarios, en este caso, la información precisa para autoprotgerse frente a dicho riesgo de contagio. Al no informar, con carácter previo, de la enfermedad que padecía a la persona con la que quería mantener el contacto sexual, esta última no pudo adoptar, de forma unilateral, la única medida que hubiera garantizado un contacto sexual «seguro» (la utilización del preservativo). Y, lo que resulta más importante, no pudo asumir, libre y voluntariamente, las posibles consecuencias que para con su salud, e incluso, su vida comportaba el mantenimiento de una relación sexual en tales circunstancias (101).

8. Ahora bien, el hecho de que se tome en consideración el conocimiento que del riesgo posee el sujeto no significa que sea él quien evalúe subjetivamente las posibilidades reales que en el caso concreto tiene de controlar el riesgo o la idoneidad de las medidas adoptadas para garantizar su control por la propia víctima sino que, como ya he apuntado, dicha evaluación ha de objetivizarse o normativizarse, de tal forma que sea el propio ordenamiento jurídico-penal el que valore en el supuesto de hecho en cuestión si el sujeto dominaba efectivamente el riesgo o si las medidas interpuestas aseguraban una autoprotección eficaz de la víctima frente al mismo.

En mi opinión, la concreción del elemento cognoscitivo en el dolo no puede condicionarse a lo que «pase por la cabeza» del sujeto en el momento en que crea el riesgo o tiene la obligación de controlarlo, porque de ser así, por ejemplo, en

(100) En este sentido, se pronuncian, con carácter general, tanto los autores que defienden una concepción cognoscitiva del dolo, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, pp. 304 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 281 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 291 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 652, nota 22; como los autores que siguen defendiendo la presencia autónoma del elemento volitivo en la definición general de dolo, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 312 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, pp. 426 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 62 ss.; la misma, «El delito de peligro...», pp. 214 ss.

(101) En este sentido, han destacado la importancia que adquiere la asunción de medidas de protección por parte de la propia víctima en la determinación del dolo, entre otros, HERZBERG, JuS, 1986, pp. 254 ss., quien toma en consideración la propia capacidad de la víctima para evitar el riesgo y el control del riesgo por parte del sujeto que lo crea a fin de determinar la concurrencia de un «riesgo cubierto» y, por consiguiente, no imputable a título doloso; SCHROTH, «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», JuS, 1992, pp. 7 ss.; el mismo, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt, 1994, pp. 119 ss., quien excluye la concurrencia del dolo en aquellos supuestos en que el sujeto confía seriamente en que la víctima o un tercero evitará el resultado lesivo. En contra de este último se ha pronunciado en nuestra doctrina DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 316 ss., quien considera que en modo alguno pueden equipararse, desde un punto de vista normativo, los supuestos en que el sujeto adopta las medidas para evitar el resultado a los casos en que dichas medidas son interpuestas por un tercero o por la propia víctima.

los casos de contagio del SIDA, la persona que transmite dicha enfermedad al mantener contactos sexuales sin preservativo, siempre podría aducir en favor de su imputación a título imprudente: a) que desconocía el peligro que para la vida y/o salud individual de la otra persona comportaba dicha práctica sexual; b) que confiaba que en su caso nada sucedería porque siempre ha sido una persona con suerte o que su vidente se lo ha asegurado en la última de sus consultas; c) o que la «víctima» podría haber sugerido la posibilidad de utilizarlo y si no lo hizo es porque, de alguna manera, asumía las posibles consecuencias negativas que ello podría comportar para su salud individual, e incluso, su vida.

9. Y ello es así, porque el conocimiento relevante a los efectos de la imputación a título doloso no depende, como sostenían los partidarios de la teoría de la probabilidad, exclusivamente del hecho de que el sujeto advierta un determinado grado de probabilidad de que se produzca el resultado (102), sino que depende, fundamentalmente, de la naturaleza objetiva del riesgo creado o no controlado (103). Ciertamente, no es suficiente con que el sujeto se represente en un determinado porcentaje la posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado típico o cualquier clase de peligro, sino que su conocimiento debe tomar como punto de referencia todos y cada uno de los diferentes elementos que configuran el tipo objetivo en cuestión (104). De tal forma que cuánto más delimitada

(102) Si bien es cierto que los defensores de la teoría de la probabilidad pusieron de relieve la superficialidad del elemento volitivo, no es menos cierto que la solución que adoptaron para fijar las fronteras entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), resulta a todas luces demasiado «sencilla». En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1996, pp. 306 ss.; FELIÓ SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 328 ss.

(103) En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1996, pp. 306 ss., quien apunta como, junto al conocimiento del grado de producción del resultado, es necesario tomar en consideración otros factores como son: el valor del bien jurídico-penal protegido, la gravedad objetiva del riesgo y la utilidad social de la actividad en la cual se enmarca la conducta; FELIÓ SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, p. 329, para quien únicamente una adecuada delimitación previa del alcance del tipo en cuestión permite la imputación del hecho típico a título doloso; JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 333 ss., quien considera que en la valoración acerca de la relevancia jurídico-penal del conocimiento adquiere un especial protagonismo «... la importancia del bien afectado y la intensidad del riesgo»; SANCINETTI, *Teoría...*, p. 201, quien concluye «El verdadero problema del dolo eventual es, pues, un problema del "tipo objetivo", y no del "tipo subjetivo", porque todo depende de si esa determinada acción está alcanzada por la norma del delito doloso, desde el punto de vista objetivo».

(104) Cfr. FELIÓ SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, pp. 324 ss. Sin embargo, a diferencia de este último autor, (pp. 303 ss., en particular nota 78 *in fine*), considero que entre dichos elementos no debe incluirse el resultado, por cuanto el dolo únicamente ha de abarcar la conducta típica, esto es, la creación *ex ante* de un riesgo típicamente relevante para lesionar el bien jurídico-penal protegido. En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, (2.ª ed), Barcelona, 1982, pp. 74 ss., en particular nota 103; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*

está la conducta típica resultará más fácil prescindir de la voluntad como elemento autónomo en la definición general del dolo (105).

10. Ello explica, entre otras cosas, por qué, pese a que algunos autores, programáticamente, siguen defendiendo la autonomía del elemento volitivo en la definición general del dolo, prescinden progresivamente del mismo, cuándo analizan el tipo subjetivo en los llamados «delitos de peligro» (106). En este sentido, resulta paradigmática, en nuestra doctrina, la postura mantenida por Rodríguez Montañés, quien si bien propugna la necesidad de mantener la voluntad como elemento autónomo en la imputación del hecho típico a título doloso (107), otorga a la misma un papel testimonial en la delimitación del tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto (108) y omite toda mención a la voluntad cuando acomete el análisis del tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto (109).

11. Ahora bien, ¿por qué defiende un concepto puramente cognoscitivo del dolo cuando analiza el tipo subjetivo en los denominados «delitos de peligro»? La respuesta, a mi juicio, resulta evidente porque, como la propia autora señala, dichos ilícitos inciden en sectores dónde la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada permiten una tipificación más exhaustiva de la norma de cuidado. O en otras palabras, porque inciden en ámbitos de actividad fuertemente reglados en los que la experiencia nos confirma que estamos ante conduc-

pp. 267 ss.; la misma, ADPCP 1996, pp. 305 ss.; la misma, *Delitos de peligro...*, pp. 116 ss.; FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 57 ss. y 95 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ««Aberratio ictus» e imputación objetiva», ADPCP, 1984, pp. 367 ss.; EL MISMO, *Aproximación...*, p. 401.

(105) En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, p. 327, para quien ello explica por qué resulta más evidente la innecesariedad del elemento volitivo en los delitos de mera actividad.

(106) En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, p. 327, en particular nota 124 *in fine*, quien considera que RODRÍGUEZ MONTAÑÉS resuelve a través del elemento volitivo cuestiones que no atañen al tipo subjetivo, sino al tipo objetivo.

(107) Dicha autora se muestra abiertamente contraria con los planteamientos de aquellos autores que construyen la definición de dolo en términos puramente cognoscitivistas y rechazan la presencia del elemento volitivo en la definición general del dolo. En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 58 ss.; la misma, «El delito de peligro...», pp. 206 ss.

(108) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 168, quien concluye «... para afirmar el dolo de peligro basta con que el sujeto decida seguir actuando, pese a la representación del peligro concreto. Ello no significa que se prescinda del elemento volitivo, sino tan sólo que su mínimo exigible viene implícito en la actuación pese a la representación, lo cual puede ser de gran utilidad práctica, sobre todo a efectos probatorios».

(109) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 312, quien sostiene «... Para la comisión dolosa es preciso, por tanto, que el autor sea consciente de la aptitud lesiva de su conducta en los términos descritos en la ley... y para la comisión imprudente, que no lo sea pero hubiera debido y podido serlo...».

tas potencialmente «lesivas» para con los bienes jurídico-penales más valorados por la colectividad (110).

12. Precisamente, esta mayor concreción del riesgo típico objetivo propia de los «delitos de peligro» fundamentaría la asunción de un concepto puramente cognoscitivo de dolo y, en consecuencia, la negación de la voluntad como un elemento autónomo en la definición general del mismo, y explicaría, igualmente, por qué en el marco de los «delitos de peligro» la doctrina se plantea la posible identificación entre las figuras del «dolo eventual de lesión», la imprudencia consciente y el denominado «dolo de peligro» (111). Cuestión que guarda un cierto paralelismo con el rechazo jurisprudencial a admitir el error de prohibición y/o de tipo frente a conductas llevadas a cabo por «profesionales» como, por ejemplo, los técnicos en prevención de riesgos laborales en el ámbito de la seguridad en el trabajo.

V

1. Partiendo de la premisa de que tanto en el «dolo de peligro» como en el «dolo eventual de lesión» el sujeto ha de tomar conciencia del peligro que comporta su conducta para con el bien jurídico-penal protegido, la doctrina se plantea si acaso no estamos ante dos conceptos idénticos (112). Al respecto, entiendo, en la línea apuntada por CORCOY BIDASOLO, que nos encontramos ante dos conceptos distintos en aquellos supuestos en que el conocimiento que tiene el sujeto también lo es, lo cual sucederá en los casos en que el sujeto mantiene el peligro dentro de su ámbito de dominio o ha interpuesto las medidas necesarias para que sea controlado por la propia víctima. Por el contrario, en los supuestos en que dicho peligro se encuentra

(110) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 134 ss.

(111) La expresión «dolo de peligro» únicamente cobra sentido en relación a los denominados «delitos de peligro concreto», por cuanto, como ha puesto de relieve CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 115, 144 ss. y 295 ss., en dichos ilícitos, junto a la lesión del bien jurídico-penal supraindividual (p.e seguridad en el tráfico, seguridad en el trabajo...), es necesario además que se ponga en peligro concreto determinados bienes jurídico-penales individuales (vida, integridad física y salud). En efecto, en los «delitos de peligro concreto», a diferencia de los «delitos de peligro abstracto», concurren dos tipos, un tipo de lesión de un bien jurídico-penal supraindividual y un tipo de tentativa expresamente tipificada de lesión de un bien jurídico-penal individual, en el que se suscita la polémica relativa a la posible identidad entre los conceptos del «dolo de peligro», el «dolo eventual de lesión» y la imprudencia consciente.

(112) Sobre dicha cuestión *Vid.*, la excelente monografía realizada por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 48 ss. y 103 ss., donde dicha autora realiza, respectivamente, un exhaustivo análisis de las diferentes posiciones mantenidas, especialmente en la doctrina alemana, en relación a la identidad entre el «dolo de peligro» y el «dolo eventual de lesión» y el «dolo de peligro» y la imprudencia consciente.

fuera de su control o no ha adoptado medida alguna tendente a garantizar la autoprotección de la víctima los citados conceptos se aproximan muchísimo (113).

2. En efecto, en los supuestos en que el sujeto controla el riesgo o adopta las medidas necesarias para que sea la víctima la que se proteja frente al mismo, el «propio» dominio que el sujeto ejerce sobre el peligro puede conducirle a valorar erróneamente que no está poniendo en peligro concreto el bien jurídico-penal de naturaleza individual (vida, integridad física o salud de la persona), de la misma forma que en la imprudencia consciente el sujeto tiene un conocimiento genérico del riesgo que supone su conducta pero desconoce, debido al control que ejerce sobre el mismo, la idoneidad lesiva concreta que dicho riesgo conlleva para con el resultado de lesión (identificación «dolo de peligro» e imprudencia consciente).

3. Por contra, en los supuestos en que no controla el riesgo o no ha interpuesto medida alguna para que la propia víctima lo domine, ya no puede «confiar racionalmente» en que el resultado no se producirá y, por consiguiente, en caso de que éste finalmente no se produzca, se suscita la cuestión de la posible concurrencia de un concurso de leyes entre el delito de peligro concreto y la tentativa de homicidio y/o lesiones con dolo eventual (114), cuya solución a favor de la segunda está condicionada a la admisión o no de la punición de la tentativa con dolo eventual (115).

4. Y es en este contexto en que cabe enmarcar la problemática relativa a la determinación del dolo en el delito contra la seguridad en

(113) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 296 ss., quien señala en relación al delito de «fraude alimentario», esto es, la llamada responsabilidad penal por el producto, que en aquellos supuestos en que se constate que el fabricante, comerciante o distribuidor tienen conocimiento de la exacta eficacia nociva del producto que están introduciendo en el mercado, en el instante en el que pierden el control sobre el mismo, «existirá un dolo eventual de lesión por cuanto sólo "pueden confiar" en el azar para evitar la lesión de la salud de quien utilice el producto...».

(114) Siempre y cuando, tal y como ha puesto de relieve CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 301 ss., el sujeto tenga un conocimiento exacto de la idoneidad de su conducta para lesionar dichos bienes jurídico-penales individuales y el riesgo creado o no controlado sea especialmente elevado.

(115) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 145 ss. y 297 ss., lo cual significa, tal y como señala dicha autora, que «... el dolo de lesión comprende el dolo de peligro». Sobre la cuestión relativa a la posibilidad de castigar la tentativa con dolo eventual pueden consultarse, entre otros, en nuestra doctrina los trabajos de FARRÉ TREPAT, «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», ADPCP, 1986, pp. 257 ss.; la misma, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona 1986, pp. 77 ss.; TAMARIT SUMALLA, ADPCP, 1992, pp. 515 ss., donde se pueden encontrar numerosas referencias a la doctrina alemana.

el trabajo, por cuanto también se configura como un delito de peligro concreto, en el que junto a la lesión del jurídico-penal supraindividual «seguridad y confianza en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles permitidos», es necesario poner en peligro concreto alguno de los bienes jurídico-penales individuales protegidos, esto es, la vida, la integridad física o la salud de los trabajadores (116). De tal forma que, en mi opinión, concurrirá un delito contra la seguridad en el trabajo doloso en aquellos supuestos en que el sujeto conoce que no ha facilitado los medios de protección necesarios a sus trabajadores y que recae sobre él la obligación de hacerlo (lesión de la seguridad en el trabajo) y, además sabe que, como consecuencia de dicho incumplimiento está poniendo en peligro concreto la vida, integridad física o salud de sus trabajadores (tentativa imprudente de lesión).

5. En mi opinión, la prueba del dolo no plantea excesivos problemas en relación a la lesión del bien jurídico-penal supraindividual «seguridad en el trabajo», por cuanto se parte de la premisa de que todo aquel que tiene trabajadores bajo su dirección y subordinación ha de saber, por sí mismo, o con la ayuda de los trabajadores designados al efecto o de los técnicos que integran el servicios de prevención propio o ajeno, los medios de protección que ha de facilitar a sus trabajadores a fin de garantizar su seguridad y confianza en el desarrollo de su prestación laboral. De tal forma que en los supuestos en que el «empresario» carece, personalmente, de los conocimientos precisos para controlar los diferentes riesgos laborales que se ciernen sobre sus trabajadores, o bien no dispone los recursos necesarios para que dicha tarea sea asumida por quienes, efectivamente, poseen los conocimien-

(116) En efecto, como muy acertadamente ha puesto de relieve en nuestra doctrina CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 115, 145 y 295, en el ámbito de los «delitos de peligro» debe diferenciarse el dolo con respecto a los «delitos de peligro en general», esto es, los delitos en los que se protegen, únicamente, bienes jurídico-penales supraindividuales, del «dolo de peligro», por cuanto éste último sólo tiene sentido en relación a los «delitos de peligro concreto», en los que junto a la lesión del bien jurídico-supraindividual protegido (seguridad en el tráfico, seguridad en el consumo, seguridad en el trabajo...), es preciso que se ponga en peligro concreto bienes jurídicos-penales individuales (respectivamente, la vida, integridad física o salud de los sujetos que participan en el tráfico viario, de los consumidores o de los trabajadores). En parecidos términos, aunque partiendo de una concepción puramente «individualista» de los delitos de peligro, se pronuncia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 41, nota 2 y p. 137, nota 445, quien en relación a la expresión «dolo de peligro» apunta, respectivamente, «... con ella me referiré al dolo en los delitos de peligro concreto, porque sólo en ellos es exigible un auténtico dolo de poner en peligro», «... me refiero con este expresión –puro dolo de peligro– al dolo de peligro sin dolo de lesión, pues éste es el supuesto en el que tienen pleno sentido y efectividad los tipos de peligro...».

tos adecuados a tal efecto (p.e creando un servicio de prevención propio o contratando a un servicio de prevención ajeno), en modo alguno puede alegar, con el fin de eludir la imputación dolosa del delito contra la seguridad en el trabajo, que pensaba que podía controlarlos o que desconocía que con ello estuviera poniendo en peligro concreto la vida, integridad física o salud de sus trabajadores (117).

En este sentido, a mi juicio, se afirma correctamente en la SAP Madrid 18-06-03 (Arp. 2003\773, Pte. Abad Crespo) que «... si una persona que se dedica profesionalmente a la construcción como empresaria, es conocedora de que en la obra de su propiedad los trabajadores están desempeñando sus labores en unas condiciones de seguridad desastrosas, tiene que representarse intelectualmente que de tal reprochable situación de inseguridad se deriva inexorablemente una situación de peligro grave para la integridad física de los trabajadores, por lo que cuando no facilita las medidas necesarias para evitar la situación de peligro, tiene que ser totalmente consciente de que, como consecuencia necesaria de su ilícita omisión, se deriva la situación de peligro; siéndole por ello reprochable subjetivamente el resultado de su conducta a título de dolo, al menos como dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias...».

6. Tampoco la concurrencia del dolo en relación a la puesta en peligro concreto de los bienes jurídico-penales individuales suscita, en principio, especiales problemas de prueba en el delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto, en aquellos supuestos en que se constata que el sujeto es consciente de que no ha facilitado a sus trabajadores los medios de protección necesarios para garantizar su seguridad (equipos de protección individual, formación, información...), en modo alguno, puede alegar que «confiaba racionalmente» en que no se pondría en concreto peligro la vida, integridad física o salud de los mismos, argumentando, entre otras cosas, que así lo creía al no haberse registrado hasta la fecha «accidente» alguno en la empresa o al estimar que los propios trabajadores, dada su experiencia, podrían evitar siempre la puesta en peligro concreto de dichos bienes jurídicos personales, cuando se demuestra que carecían de la información y formación necesaria para ello.

7. En efecto, cómo puede «confiar racionalmente» el «empresario» en que sus trabajadores mantendrán bajo control los diferentes riesgos derivados de su puesto de trabajo, evitando así la puesta en

(117) Y ello es así debido a la menor incidencia que tiene el error en los «delitos de peligro» en relación con los «delitos de resultado». En efecto, como muy bien ha apuntado en nuestra doctrina CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 127 ss., 307 y 313, esta similitud entre la imprudencia (profesional) y el dolo en los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales, viene motivada, precisamente, por las menores posibilidades de admisión del error en el ámbito de los «delitos de peligro» con respecto a los «delitos de resultado».

peligro concreto de su vida, integridad física o salud, cuando se prueba que no les ha proporcionado, previamente, la mínima formación e información necesaria para autoprotegerse, de forma eficaz, frente a los mismos. Por ejemplo, cómo puede «confiar racionalmente» el «empresario» en que la máquina que manipulan a diario sus trabajadores no pondrá en peligro concreto su vida e integridad física, una vez se ha constatado que tenía conocimiento de que la citada máquina carecía de las preceptivas protecciones laterales necesarias para eliminar los riesgos de atrapamiento.

8. En conclusión, en los supuestos en que el «empresario» no ha facilitado a sus trabajadores los medios de protección necesarios para garantizar su seguridad, no puede «confiar», al menos de forma «racional», en que como consecuencia de ello no se pondrá en peligro concreto la vida, integridad física o salud de los mismos, por cuanto, no ejerce un control directo sobre el riesgo laboral creado, ni dicho riesgo puede ser dominado por los propios trabajadores al no disponer de las medidas necesarias para ello. Es más, en los casos en que el riesgo no controlado es especialmente elevado y el «empresario» tiene un conocimiento exacto del peligro que ello supone para dichos bienes jurídicos individuales, se podría plantear, incluso, la posible concurrencia de un concurso de delitos entre el delito contra la seguridad en el trabajo y la tentativa de homicidio y/o lesiones con dolo eventual, en la medida en que el sujeto ya no actuaría con «dolo de peligro» sino con «dolo eventual de lesión». La posible imputación de este último ilícito dependerá, como ya apunté, de si se admite o no la punibilidad de la tentativa con dolo eventual (118).

VI

1. Ahora bien, la posición aquí defendida contrasta con la práctica jurisprudencial donde, hasta la fecha, no se ha dictado ninguna resolución judicial en la que se haya imputado al «empresario» una tentativa o un delito consumado de homicidio y/o lesiones con dolo eventual en los supuestos en que, respectivamente, aun habiéndose constatado el conocimiento concreto que tenía sobre el riesgo laboral no controlado, no se ha producido la muerte ò lesión del trabajador por puro azar o ambos resultados han acabado acaeciendo (119). Y

(118) *Vid.*, *supra*, nota 116.

(119) Es más, la jurisprudencia se plantea la aplicación del delito contra la seguridad en el trabajo normalmente en aquellos supuestos en que se ha producido la muerte o lesión de un trabajador, lo cual podría ser objeto de una doble lectura. En primer lugar, ello podría ser utilizado como un argumento más sobre el que funda-

lo que resulta más importante, a los efectos del presente trabajo, donde se constata como, en numerosas resoluciones, se imputa el delito contra la seguridad, únicamente, a título imprudente (art. 317), cuando, en mi opinión, concurren los requisitos necesarios para imputarlo a título doloso (art. 316 CP) (120). Entre las diversas resoluciones en las que, a mi juicio, se realiza una incorrecta delimitación del tipo subjetivo, quisiera destacar, además de la SAP Granada 8-11-99 (Arp. 1999\4685, pte. Flores-Domínguez), las SSAP Granada 22-03-02 (Arp. 2002\345, pte. Martínez López) y Valencia 11-04-03 (Jur. 2003\218084, pte. Ferrer Gutiérrez).

2. En la primera de las sentencias enumeradas, como ya he expuesto, un trabajador de veintinueve años, con la categoría profesional de peón, muere mientras engrasaba con la mano, los engranajes de un horno de secado, colocando la grasa directamente sobre los dientes de un cilindro desprotegido y en funcionamiento, con el fin de que el propio movimiento del cilindro repartiera la grasa por los engranajes. Pues bien, como ya he adelantado, los hechos deberían haber sido calificados como constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo doloso (art. 316), por cuanto la propia sentencia declara probado que tanto el encargado de mantenimiento como los tres gerentes

mentar la falta de autonomía del delito contra la seguridad en el trabajo con respecto a la protección de los bienes jurídico-penales individuales vida, integridad física o salud. O bien, como estimo más acertado, en segundo lugar, dicha realidad podría llevarnos a pensar que existen poquísimas sentencias en las que se condene a alguien como autor del delito contra la seguridad en el trabajo, quizás, porque, en muchos casos, la Inspección de Trabajo cuando acude a un centro de trabajo y detecta una flagrante conculcación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales no da el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, tal y como establece el art. 3.2 LISOS, este último no realiza la correspondiente imputación del delito contra la seguridad en el trabajo y, por consiguiente, el Juez o Tribunal no puede aplicarlo de forma autónoma. En este sentido, entre otros, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «Prevención de riesgos laborales y Derecho Penal», RPJ (64) 2001, p. 88, quien señala como únicamente se traslada la cuestión al Ministerio Público o al órgano judicial competente para investigarlo cuando el trabajador muere o se ha producido una afectación grave de su salud.

(120) En este sentido, apunta TERRADILLOS BASOCO, «Diez cuestiones en torno a los denominados “delitos laborales”», en *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento interdisciplinar...*, Barcelona, 2000, p. 141, que en aquellos supuestos en que los Tribunales se deciden a inculpar el delito contra la seguridad en el trabajo, mayoritariamente, se decantan por la aplicación de la modalidad imprudente (art. 317), argumentando que «... quien infringe la normativa sobre seguridad no desea atentar contra la vida o la salud de los trabajadores. Sin embargo —continúa el citado autor— tampoco parece aventurado pensar que quien infringe esa normativa y es consciente de la situación de riesgo que genera, reúne todos los requisitos del actuar doloso, ya que el tipo subjetivo del art. 316 requiere sólo el dolo de peligro».

de la empresa tenían conocimiento de que el trabajador engrasaba con sus propias manos los dientes del cilindro en movimiento; sabían que los dientes del cilindro carecían de protección alguna para evitar los riesgos de atropamiento; y conocían que dicha tarea se había encomendado a un trabajador que poseía únicamente la categoría de peón. Es más, la propia sentencia afirma en su FJ 1.º que tanto el encargado como alguno de los compañeros del fallecido testificaron durante el plenario que la operación de engrase la realizaban de forma habitual «lanzando la grasa con una espátula o trozo de madera desde la distancia...».

«... En tal sentido la sala quiere poner de relieve que si bien estima que la infracción de reglas generales de cuidado, cuya función específica es la exclusión de peligros abstractos que la experiencia enseña que pueden conducir a la realización típica, no fundamenta por sí sola la atribución de la responsabilidad penal, siendo preciso que concurra, además, el deber subjetivo de cuidado, deber que, claramente, concurría en la persona del encargado, ocurre que, en el supuesto enjuiciado, también concurría en los directivos, al ser conocedores del riesgo que la labor realizada por ese y otros operarios entrañaba, no obstante lo cual no dieron instrucciones al encargado consistentes en detener el motor ni resguardaron los engranajes para evitar el peligro» (FJ 2.º).

«... A pesar de lo manifestado por el encargado y alguno de los operarios que testificaron en la sesión del juicio respecto del modo que decían ser habitual el realizar la operación de engrase, lanzando la grasa con una espátula o trozo de madera desde la distancia, sobre ser difícilmente creíble, lo cierto es que ninguna de tales herramientas se encontró en el lugar en que el fallecido se encontraba trabajando, y, sin embargo, éste tenía puestos unos guantes, lo que lleva a concluir que el engrase lo hacía directamente con sus manos, poniendo la grasa en los dientes del engranaje, forma que explica, también, que el siniestro se produjera...» (FJ 1.º).

3. En la segunda de las resoluciones citadas un aprendiz de dieciocho años sufre importantes lesiones al ser alcanzado por una de las vigas de hierro que cargaba en un camión mientras manipulaba en solitario una grúa puente de 8 Tm cuya eslinga de tela se rompió. La Audiencia Provincial de Granada calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo por imprudencia grave (art. 317)(121), a pesar de que declara probado que el único imputado, el titular de la empresa, conocía que en la realización de la tareas de carga y descarga se venían utilizando eslingas de tela e, incluso, que algunas de ellas estaban desgastadas por su continuo uso y que el trabajador fallecido, al que le asignó dicha tarea, sólo tenía dieciocho años. ostentaba la categoría profesional de aprendiz v no

(121) En concurso ideal con una falta de lesiones por imprudencia grave (art. 621.1).

había recibido la formación e información precisa para acometer una tarea tan peligrosa en unas condiciones mínimas de seguridad.

«... el empresario inculcado era conocedor (lo había presenciado él mismo más de una vez) de la harta frecuencia con que, ante la falta coyuntural de eslingas y cadenas de hierro y la premura por cargar el camión de turno, eran utilizadas eslingas de tela (alguna incluso en mal estado) para cargar en ellas materiales tan pesados como planchas y vigas de hierro, de gran tamaño con el consiguiente alto riesgo de que, dada su limitada resistencia, pudieran romperse... Precisamente a este tipo de trabajo de carga de camiones en la nave industrial venía dedicándose desde hacía ya algún tiempo, por haberlo así ordenado el empresario, el joven aprendiz... en compañía de otro trabajador, Francisco C., que llevaba ya diez años en la empresa. Se utilizaba para ello una grúa puente de 8 Tm con un mando a distancia y con el gancho de la misma se transportaba hasta el camión la eslinga o braga que soportaba la carga. Desde mes y medio antes de producirse el siniestro... hacía ya esta labor en solitario el referido aprendiz... con la plena anuencia del acusado, no obstante ser consciente éste de la categoría profesional, escasa experiencia (ni siquiera había recibido algún cursillo de formación al respecto) y corta edad de su empleado. Durante ese tiempo cargaba éste más de 10 camiones de promedio diarios; viéndole su jefe, en más de una ocasión, cómo utilizaba eslingas de tela para esos materiales pesados y siempre sin el casco de seguridad, no llamándole la atención por ello...» (FJ 1.º).

4. Por último, en la tercera de las resoluciones enunciadas un trabajador se queda tetrapléjico al caerse desde una altura de 3 metros, mientras cogía, junto a otros dos operarios, el material necesario para realizar el forjado de una nave industrial, no contando ninguno de ellos, en el momento de autos, con los preceptivos equipos de protección individual (cinturones y arneses de seguridad) ni las medidas de protección colectivas (barandilla de seguridad). La Audiencia Provincial de Valencia califica los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad por imprudencia grave (art. 317), pese a declarar probado que los tres sujetos imputados (el propietario de la obra, el arquitecto técnico y el oficial de primera encargado de la ejecución del forjado) conocían que era necesario trabajar en altura para ejecutar el forjado, sabían que los trabajadores no habían recibido información alguna acerca de las medidas de seguridad a adoptar durante la realización del mismo y que no se habían tomado las medidas precisas para utilizar los cinturones de seguridad en el desarrollo de dicha tarea.

«... todos ellos eran conocedores de la exigencia de tarea en altura para la ejecución del forjado, y, así mismo, eran conocedores de la ausencia de información concreta de los trabajadores en medidas de seguridad para la ejecución del forjado en altura y de la ausencia de medidas adecuadas para poder hacer uso de los cinturones de seguridad al ejecutar las tareas del forjado...».

VII

1. La defensa a ultranza de la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo no casa, «en teoría», ni con el afán mostrado por la doctrina y la jurisprudencia al destacar que la imputación dolosa del delito contra la seguridad requiere únicamente la concurrencia de dolo eventual, ni con la afirmación de que esta última constituye, incluso, la forma de incriminación subjetiva característica en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo. Y digo «en teoría» porque, en la práctica, dicho planteamiento resulta coherente con el concepto volitivo del que parten, por cuanto es precisamente en el ámbito del dolo eventual en el que se proyectan las carencias propias del mismo.

2. Ciertamente, ante la dificultad probatoria que plantea la concurrencia del «querer» en los supuestos límites (dolo eventual-imprudencia consciente), lo que hace la doctrina, en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo, es sustituir el elemento volitivo, exigido en la definición general de dolo, por otras fórmulas pseudovolitivas como son la «resignación» o la «aceptación», argumentado que en todos aquellos supuestos en que el «empresario» no adopta medida alguna, a pesar de representarse como probable la infracción de una norma de prevención de riesgos laborales y la puesta en peligro concreto de la vida, integridad física y salud de sus trabajadores, lo «acepta» y, consiguientemente, responde del mismo a título doloso (eventual).

3. Sin embargo, dicha argumentación viene a refrendar la posición de aquel sector doctrinal, al que me he adherido, que defiende, por el contrario, la necesidad de asumir un concepto puramente cognoscitivo de dolo, restando toda autonomía al elemento volitivo en la definición general de dolo, por cuanto las fórmulas utilizadas en sustitución del «querer» no cumplen papel alguno, infiriéndose el dolo, en realidad, única y exclusivamente, del elemento cognoscitivo. Esto es, del conocimiento que del riesgo típico posee el «empresario» en el momento en que lo crea, o teniendo la obligación de controlarlo, no lo hace. Es precisamente la asunción de este concepto puramente cognoscitivo lo que explica, en última instancia, la identificación y, por qué no decirlo, la confusión entre las figuras del «dolo de peligro», el «dolo eventual de lesión» y la imprudencia consciente, y la limitada eficacia jurídico-penal que se atribuye al error en el ámbito de los delitos contra bienes jurídico-penales en general, y en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo en particular.