

La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización

M.^a del Mar Díaz Pita

Profesora titular de Derecho penal
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción. II. La «normativización del dolo»: la tesis de Feijoo. 1. La inexistencia de la voluntad. 2. Concepto breve de normativización. III. Elemento volitivo y normativización. 1. El comportamiento doloso como comportamiento humano. 2. El elemento volitivo normativo como expresión de un Derecho penal democrático.

I. Introducción

El trabajo de tesis doctoral requiere siempre un gran esfuerzo de investigación al que se añade la incertidumbre de saber si se está acertando o no tanto en el tema elegido, en la forma de abordarlo, en la metodología seguida y en la bibliografía utilizada. Pero una vez terminado, parece que ese tema se ha agotado, por lo menos para el autor del trabajo y que difícilmente se volverá a analizar en un periodo lo más largo posible de tiempo. Ésta era mi idea hasta hace relativamente poco. Pero cuando uno ha dedicado tanto empeño y tiempo en el estudio de una cuestión, sean cuales sean los resultados, se hace realmente difícil resistirse a opinar de nuevo, cuando aparecen en la literatura especializada obras que retoman el tema que constituyó el «bautizo» académico propio. A ello se añade la sana envidia que siempre ha despertado la ingente cantidad de publicaciones sobre un tema que en la R.F. de Alemania se produce. Se puede criticar o no esta forma de proceder, pero lo cierto es que, al tratar un mismo tema distintos autores, las aportaciones de cada uno contribuyen a la evolución de una determinada institución, al suministro de ideas nuevas que ayudan a perfilar con más precisión los elementos, características y presupuestos de dicha institución; ello, además, no supone una mera elucubración teórica sino que permite (o al menos esa fue mi intención en su día) que la aplicación en la práctica de esa institución conlleva cada vez más seguridad para los

sujetos que, a la postre, serán los afectados por dicha aplicación.

En el caso de la determinación de los elementos del dolo, se hace patente la importancia de la delimitación teórica de sus elementos y presupuestos. No en vano, el Código penal prevé exclusivamente dos formas de imputación subjetiva, cada una de las cuales lleva aparejada una sanción de distinta gravedad. Esclarecer, pues, cuando estamos ante un homicidio doloso o cuando ante uno imprudente significa imponer una sanción de diez a quince años de prisión o de uno a cuatro años; la diferencia es palpable. Pero, además, con la adopción por parte del legislador español del sistema de *numerus clausus* para la imprudencia, el problema se acentúa, pues la distinción entre dolo e imprudencia equivaldrá a la sanción o ausencia de sanción dependiendo de un caso u otro.

La importancia, por tanto, de la delimitación de los elementos del dolo frente a la imprudencia no es una cuestión que nadie ponga en entredicho. La forma de abordarlo y las soluciones a las que se llegan son ya harina de otro costal: aquí sí que surgen las discrepancias. Pero que esto sea así me parece loable. Por ello, la publicación en los últimos tiempos de cuatro obras nuevas sobre el problema del dolo ha conseguido lo que me parecía imposible: tratar de nuevo esta cuestión, que sigue sin estar resuelta del todo.

Las cuatro obras a las que me refiero son el artículo de FEIJOO «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre

la normativización del dolo»¹, la monografía de LAURENZO, *Dolo y conocimiento*², la tesis doctoral de RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*³ y su artículo «Überlegungen zum Vorsatzbeweis»⁴. La aparición de estas obras supone, en la doctrina española, retomar una cuestión importante en la teoría del delito y avivar así el debate sobre la misma. Por ello, quiero aportar mi pequeño grano de arena en el mismo, con la esperanza que aportar algo más y de esclarecer en la medida de lo posible la problemática que esta institución plantea.

En este artículo solo voy a abordar el primero de ellos, el artículo de FEIJOO. Los otros tres serán objeto de estudio, y, en su caso, crítica, en una futura revisión de mi libro, *El dolo eventual*. Mi postura no ha variado sustancialmente. Pero puede ser siempre objeto de matización sobre todo con el paso de los años y la presunta madurez que ello conlleva, lo que determinará la matización a la que me refiero. Paso, sin más dilación, a la exposición crítica de las tesis mantenidas por el autor citado.

II. La «normativización del dolo»: la tesis de FEIJOO

El punto de partida de la tesis de FEIJOO es la afirmación de que tanto el dolo como la imprudencia se configuran como conceptos normativos a determinar por «la ciencia dogmática y la jurisprudencia mediante la interpretación del Derecho positivo. Dolo e imprudencia son, en definitiva, conceptos cuya determinación depende de las normas penales»⁵. La naturaleza de conceptos normativos que se predica tanto del dolo como de la imprudencia viene refrendada por el hecho de que ambas formas de imputación tienen como fundamento «la infracción de un deber como concreción de la norma de conducta»⁶, de manera que, por medio de una observación *ex ante* de los hechos, podemos analizar la conducta del sujeto doloso en función del patrón objetivo del «espec-

tador medio», entendiendo por tal «un patrón genérico de medida que nos sirve para valorar si la decisión previa al hecho es una decisión que cabe esperar en un ciudadano que se presupone motivado para cumplir la norma»⁷. Se perfila, pues, con este punto de partida, los elementos que este autor habrá de utilizar para la configuración de un concepto normativo de dolo: perspectiva *ex ante*, patrón objetivo del espectador medio y, junto a ello, un concepto, el de decisión, que jugará un papel poco definido, en este intento de construcción normativa del dolo.

FEIJOO parte de una definición de dolo como la siguiente: «el injusto doloso se caracteriza porque una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcando intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho en un hecho típico». En el injusto doloso el autor se decide con conocimiento del alcance de su decisión por una actuación jurídico-penalmente relevante⁸. Lo que a primera vista sugiere esta definición es su encuadre dentro de las modernas corrientes doctrinales alemanas que defiende la presencia de un elemento volitivo en forma de «decisión contraria a los bienes jurídicos»⁹. Sin embargo, esto supondría un juicio apresurado que el propio Feijoo desmiente conforme avanza la exposición de su postura. En efecto, este autor, sitúa el centro de gravedad del dolo, de forma exclusiva, en el conocimiento del sujeto, conocimiento que sólo abarcará el peligro de producción del resultado lesivo, ya que, en su opinión, el resultado no puede ser conocido por el sujeto puesto que es un hecho del futuro y los hechos del futuro sólo pueden ser abarcados intelectualmente en forma de cálculo, previsión o predicción. La actuación dolosa, pues, se caracteriza por un conocimiento sobre el riesgo y no sobre el resultado.

Que el conocimiento se muestra como el único elemento aceptable en la definición del dolo viene avalado por el propio Código penal. En efecto, al considerar el dolo como una forma de imputación

1 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», en CPC nº 65, 1998, pp. 269 a 364.

2 LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999.

3 RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso*, Barcelona, 2000.

4 RAGUÉS I VALLÉS, «Überlegungen zum Vorsatzbeweis», en *Goldammer Archiv für Strafrecht*, 5/2004, pp. 257 a 320.

5 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 271.

6 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 272.

7 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 276.

8 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 277.

9 Al respecto, vid. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pp. 182 y ss. En esta línea podemos situar a autores como ROXIN, HASSEMER PHILIPPS y SCHROTH.

basada en la interpretación de la norma, es la propia norma la que nos indicará el contenido de dicha forma de imputación. Si bien la norma no ofrece una definición positiva del dolo, sí que podemos deducirla indirectamente de la regulación contenida en el art. 14 del Código penal: el error de tipo. Si en los supuestos de error, es decir, de conocimiento defectuoso o ausencia de conocimiento, el legislador, a través de la norma, excluye o atenúa la responsabilidad del sujeto por quedar excluido el dolo, ello permite extraer la conclusión de que el dolo es sólo conocimiento: «Mientras el Código penal contempla expresamente una atenuación de la pena por la menor relevancia del injusto cuando falta el elemento intelectual, no establece ninguna consecuencia para la ausencia de un "querer" relacionado con el tipo objetivo»¹⁰. Es más, el requisito volitivo sería un «adorno» a efectos de imputación con relevancia, todo lo más, en la determinación de la pena, pero en absoluto para la imputación a título de dolo de una conducta a su autor. La primera clasificación de esta postura como perteneciente a las modernas corrientes volitivas en función de la utilización del concepto «decisión» resulta, como podemos ver, del todo desacertada.

Y ello porque la decisión no jugaría un papel delimitador entre dolo e imprudencia. Al contrario, la decisión aparece tanto en los supuestos de conducta dolosas como imprudentes. La diferencia radica en que si el dolo supone la decisión «de realizar un hecho típico disfrutando el autor de datos suficientes para calcular dicha posibilidad, la imprudencia ha de suponer una decisión de realizar un hecho típico no teniendo el autor a su alcance todos los datos relevantes para la norma pero siendo esa decisión desvalorada por suponer una falta de cuidado»¹¹. La conclusión resulta evidente: la línea divisoria entre dolo e imprudencia la dibuja el aspecto intelectual referido al peligro de producción del resultado lesivo. Parece, a la vista de la exposición de esta postura, que su clasificación correcta sería, por tanto, en el ámbito de las teorías de corte estrictamente cognitivo que defiende, como de todos es sabido, la presencia en exclusiva del elemento intelectual como configurador del dolo.

Pero esta clasificación vuelve a ser errónea puesto que FEIJOO afirma líneas más abajo que

«lo afirmado hasta ahora no significa sin embargo, que sea el conocimiento —al menos en exclusiva— lo que fundamenta la imputación a título de dolo»¹². Por el contrario, el simple conocimiento no puede constituir la base de la imputación puesto que los conocimientos del sujeto no son aptos para la infracción del deber que subyace por igual al dolo y a la imprudencia; antes bien, el fundamento de la imputación se encuentra en la decisión tomada por el sujeto: «En el delito realizado con dolo eventual ya hay una decisión de realizar el tipo aunque sea de forma eventual o la realización sea insegura, decisión que no existe en los supuestos de imprudencia, donde sólo se decide realizar un hecho típico de forma descuidada. El dolo es una decisión consciente de realizar el hecho típico»¹³. Aparece así de nuevo el concepto de decisión que, junto al conocimiento conforman las bases para la imputación dolosa. Esta decisión, sin embargo, como apuntábamos más arriba, no es entendida como exponente de un elemento volitivo en el dolo, del cual se sigue predicando en exclusiva el elemento intelectual, desde una perspectiva normativa, en claro desmarque de las teorías clásicas de la representación, que, según este autor, se muestran incapaces a la hora de suministrar un fundamento apto para una imputación válida: parece así, que nos encontramos ante una posición encuadrable dentro de las teorías de corte cognitivo desde una perspectiva normativa, en la que se incluye, además el elemento de la decisión, desdotado de todo contenido que pueda hacer referencia a la presencia o a la exigencia de la voluntad como presupuesto del dolo. Tan es así que se afirma por parte de FEIJOO que la ausencia de la voluntad se traduce, en la realidad procesal, en la innecesidad de probar la voluntad: el objeto de la prueba se reducirá, únicamente, a la prueba del conocimiento por parte del sujeto, quedando excluida la prueba de la decisión, pues ésta se podrá considerar como infracción de un deber en cuanto la prueba nos demuestre el conocimiento del que gozaba el sujeto en el momento de su actuación. Ello, además, viene avalado por la práctica diaria, que demuestra que «el problema de la prueba del dolo [...] es siempre un problema de la prueba del elemento intelectual del dolo»¹⁴.

10 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 280.

11 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 300.

12 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 302.

13 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., pp. 302 y ss.

14 FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción...» cit., p. 305.

Las posibles similitudes que la utilización del término «decisión» pudieran sugerir respecto de las llamadas modernas teorías de corte volitivo, es decir, aquellas que defienden la concepción del dolo como «decisión contraria al bien jurídico protegido», quedan descartadas por ser una «metáfora» que no permiten, además, delimitar el dolo de la imprudencia con parámetros de cierta seguridad puesto que, así se argumenta, tanto el autor doloso como el imprudente, adoptan una decisión contraria al bien jurídico o una decisión que se desvía de la norma de conducta. Este criterio, por tanto, resulta inválido para una delimitación correcta entre dolo e imprudencia: la decisión defectuosa es común a ambos, puesto que a la decisión tan sólo subyace la voluntad de actuar, de poner en marcha la acción. La delimitación entre ambas figuras deberá buscarse en otros elementos: en este caso, el nivel distinto de conocimientos entre el autor doloso y el imprudente. El autor doloso cuenta con una información suficiente aunque no completa mientras que el autor imprudente basa su acción en conocimientos defectuosos o erróneos. Ello supone, para Feijoo, la explicación de la ratio de la más grave penalidad del dolo frente a la imprudencia.

Resumendo, podemos establecer las siguientes bases sobre las que se asienta la postura de este autor: en primer lugar, el rechazo de la presencia indefectible de un elemento volitivo en el concepto de dolo; en segundo lugar, la definición del mismo como decisión consciente, sin que la inclusión del término «decisión» implique la exigencia de voluntad; ésta se referiría en exclusiva a la voluntad como característica de la acción; en tercer lugar, el nivel de conocimientos como criterio delimitador entre dolo e imprudencia, por un lado y como justificación de la más grave penalidad del dolo, por otro; y, por último, la adopción de una perspectiva normativa.

1. La inexistencia de la voluntad

De todas estas bases, me voy a centrar en el análisis crítico de dos de ellas: el papel que juega el concepto de «decisión» en la postura defendida por FEIJOO y la adopción de una perspectiva normativa. No voy a entrar en las demás (rechazo de un elemento volitivo, el elemento intelectual, su

contenido y su doble posición como límite entre el dolo y la imprudencia y como justificación de la ratio de la más grave penalidad de aquél frente a ésta): mi opinión respecto de las teorías exclusivamente cognitivas, sean de corte tradicional o moderno, no ha variado en lo fundamental y a ella me remito¹⁵.

Comencemos por el concepto de decisión, tal y como lo utiliza FEIJOO. Como primera crítica, me parece necesario señalar que resulta contradictorio utilizar en una definición un término que, a la postre, no va a desempeñar ninguna función en dicha definición: definir, como hace este autor, el dolo, como decisión consciente de realizar el hecho típico para, a renglón seguido, afirmar que la decisión se refiere no al dolo sino a la puesta en marcha de la acción se me antoja, cuando menos, contradictorio. Y ello porque si el calificativo «voluntaria», que es lo que subyace a esta cuestión, se predica de la acción, de manera que la decisión es lo que impulsa al sujeto a actuar, estamos definiendo y caracterizando la acción como substrato indispensable de un delito, a partir de la cual podremos ir dibujando las cualidades que son propias de una acción considerada como delictiva. Tradicionalmente, la dogmática señala como cualidades de la acción el ser típica, antijurídica, culpable y punible¹⁶, constituyendo estas características las secuencias de la teoría del delito orientadas a la explicación e interpretación de todos los elementos contenidos en ellas como conformadores de lo que ha de entenderse por delito y como justificación de los supuestos en los que ha de imponerse una sanción: aquellas acciones típicas, antijurídicas y culpables serán objeto de la imposición de una sanción puesto que concurrirán en ellas todos los elementos indispensables para que esto sea posible; el sujeto que haya llevado a cabo esta acción recibirá la respuesta más grave con la que cuenta el ordenamiento jurídico y por ende el Estado: la sanción prevista en el Derecho penal. Hasta aquí, creo que lo expuesto es pacífico en la doctrina. De hecho, no conozco ningún autor ni ninguna sentencia que justifiquen la imposición de una sanción a un sujeto que no haya puesto en marcha una acción de forma voluntaria¹⁷. La ausencia de voluntad en la acción

15 Al respecto, DÍAZ PITA, *El dolo eventual...* cit., pp. 98 y ss; 103 y ss; 233 y ss; 246 y ss.

16 Ver, por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, 4ª ed., Valencia, 2000, pp. 225 y ss.

17 Ver, por todos, QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, pp. 209 y ss: «El derecho valora, concede significación, o disciplina, conductas humanas. Una conducta humana es una manifestación activa o pasiva del ser humano en su condición de ser dotado de inteligencia y voluntad. [...] Por esa razón, la vieja distinción escolástica entre acción "del hombre" y acción "humana" tenía [...] un sentido diferenciador en el mundo de las causaciones».

supone, de hecho, la imposibilidad de aplicación de una pena: así, los casos de fuerza irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia no se consideran acciones penalmente relevantes porque en ellas *falta* la voluntad¹⁸. Que la voluntad rige la acción no es, por tanto, ninguna novedad en la doctrina penal. En este sentido, utilizar términos como voluntad o decisión resulta irrelevante a los efectos que se consiguen: la afirmación de la necesidad de que la acción responda a un impulso de la voluntad del sujeto para poder empezar a hablar de acción delictiva.

Pero es que, además, si queremos seguir la estructura secuencial del delito, resulta asistemático utilizar un término en la definición de un elemento perteneciente a la tipicidad para luego aclarar que, en realidad, ese término corresponde o define algo anterior y básico como es la acción entendida como punto de partida. Si la decisión se refiere a la acción, en el sentido de que la acción ha de ser necesariamente voluntaria para ser penalmente relevante ¿para qué se incluye en la definición de dolo? La entrada y salida, casi simultáneas, del término «decisión» en la definición de dolo en este trabajo que estamos analizando, tiene en mi opinión, una explicación: hablar de «decisión» en el ámbito del dolo significa, nos guste o no, hablar de voluntad, de presencia, en la forma que sea, de voluntad por parte del sujeto. No tenemos más que acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, donde, bajo la voz «decisión» encontramos la siguiente entrada: «Mover a uno la *voluntad* a fin de que tome cierta determinación». Si queremos utilizar el lenguaje correctamente y a la vez, sostener que el dolo es sólo conocimiento, no queda más remedio que excluir del concepto de dolo el término decisión y trasladarlo a donde su significado es aceptado por todos: la acción como expresión de la voluntad del ser humano. Si se mantiene que el dolo es sólo conocimiento no se puede proponer como definición del mismo una que contenga el término «decisión».

En el fondo, lo que subyace a esta confusión de términos utilizados para la definición de dolo, por una parte, y para la configuración de la acción, por otra, no es otra cuestión que la problemática de la distinción entre acción voluntaria, como presunto concepto general y previo y acción dolosa, como acción ya calificada como típica. La resolu-

ción de esta problemática excede con mucho las pretensiones de este trabajo, entre otras cosas porque estaríamos ante la cuestión penal por excelencia, la que ha hecho, precisamente, que la dogmática penal haya avanzado y haya alcanzado las cotas de complejidad y de elaboración de las que hoy en día goza. Decidir qué se entiende por acción, si es éste un concepto previo a la propia teoría del delito y cuál es el contenido de la voluntad que ha de regirla ha ocupado a los grandes pensadores de la Ciencia penal en los siglos pasados. Y quizás sea la ésta la razón que explica la extraña postura que FEIJOO mantiene: la confusión entre ambos problemas o la renuncia a la distinción entre voluntariedad e intencionalidad, que presuntamente caracterizarían, respectivamente, a la acción y al dolo.

En este sentido, parece irrenunciable hacer siquiera una breve mención a la posición de VIVES ANTÓN a este respecto¹⁹. En su profunda investigación sobre la «acción significativa», este autor lleva a cabo un repaso, desde una perspectiva jurídico-penal pero también filosófica, de las distintas aportaciones de ambas ciencias a los conceptos de acción, de los que podemos derivar consecuencias importantes para problemas centrales de la teoría del delito, como por ejemplo, la distinción entre dolo e imprudencia, el carácter prescindible o no de la causalidad o la libertad humana como substrato de la culpabilidad. Problemas, todos ellos, de honda repercusión en la concepción del sistema penal que se defiende que, a la postre, se reflejarán no sólo en la teoría sino también en la práctica.

En cuanto al tema que nos ocupa, VIVES ANTÓN realiza un interesante intento de deslinde entre varios términos utilizados por la dogmática en el ámbito del dolo, muchas veces como sinónimos, y que han sido fuente de no pocos problemas de interpretación. Siguiendo con la crítica a la postura de FEIJOO, este autor afirma, como hemos visto líneas más arriba, que la voluntad se referiría en exclusiva a la configuración de la acción, sin que desempeñara ningún papel en la configuración del dolo. Esta afirmación responde a la confusión entre los términos «voluntariedad» e «intención». La voluntariedad, efectivamente, podríamos predicarla de la acción para caracterizar a ésta como acción humana y desligarla así de los meros hechos. Una vez afirmada que la acción

¹⁸ Ver, por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, p. cit., págs. 248 y ss.

¹⁹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, pp. 229 y ss.

es voluntaria, se nos facilita el paso siguiente, que en Derecho penal no es otro que la posibilidad de atribuir esa acción a un sujeto y exigirle por ella responsabilidad, lo que nos permite, a su vez, imponerle una sanción. En palabras de VIVES ANTÓN: «Nuestra convicción de que hay movimientos voluntarios y otros que no lo son nos caracteriza –a nosotros mismos y a los demás– como seres que actúan, que realizan acciones humanas. Al fin y al cabo, los movimientos corporales –respecto de los que se predica la voluntariedad– son lo único que hacemos (y esto significa: no que constituyan nuestras acciones, ni que sean nuestras “acciones básicas”; sino que representan todo aquello de lo que podemos valernos para actuar). De modo que, al calificar alguno de ellos como voluntarios, estamos abriendo la posibilidad de enjuiciar como acción el comportamiento resultante, mientras que al hablar de otros involuntarios cerramos, simplemente, esa posibilidad»²⁰. La voluntariedad es, por tanto, la característica común a toda acción de la que queramos extraer determinadas consecuencias, como por ejemplo, la exigencia de responsabilidad y la aplicación de una sanción. Por ello, la afirmación de que las acciones imprudentes también son voluntarias es una afirmación rigurosamente correcta: de ellas también se puede derivar la responsabilidad y la imposición de una sanción. Sin embargo, ni la modulación de la responsabilidad ni la gravedad de la sanción son las mismas para las acciones dolosas y las imprudentes. La voluntariedad, en efecto, no nos sirve para distinguir ambas formas de imputación. Debemos, pues, buscar la respuesta en otro término.

¿Puede ser ese término la «intencionalidad»? De entrada, como bien apunta VIVES ANTÓN, la intencionalidad podría configurar claramente al dolo pero reduciendo su ámbito al dolo directo de primer grado, impidiendo así la construcción de una teoría unitaria del dolo²¹. Las dificultades para explicar el igual tratamiento punitivo de las dis-

tintas formas de aparición del dolo parecen no encontrar una resolución adecuada en un término como es la «intencionalidad». Y ello porque la intencionalidad hace referencia al sentido de la acción; es decir, si la voluntariedad separa los meros actos de las acciones consideradas humanas (y, por lo tanto, atribuibles a una persona), la intencionalidad nos desvela la relación íntima entre el sujeto y su acción²². Esta relación íntima, evidentemente, es distinta en cada una de las formas de aparición del dolo: ello nos obliga a abandonar dicha relación como explicación plausible para distinguir la reacción punitiva más grave en los supuestos dolosos frente a los imprudentes. Podríamos decir que éste ha sido el camino tradicional para denotar la componente volitiva del dolo y acudir inmediatamente al conocimiento como la única vía para encontrar la respuesta correcta. Pero ¿es realmente esta vía la adecuada? Siguiendo con la posición de VIVES ANTÓN, llegamos a la misma conclusión: el conocimiento, como exclusivo elemento configurador del dolo, nos plantea los mismos problemas con los que chocamos al situar la clave en el elemento de la voluntad. Y es que el conocimiento puede abarcar las representaciones del sujeto, sus cálculos y sus previsiones. Todo ello, a pesar de la pretendida reducción que FEIJOO realiza, son formas de conocimiento. Por lo tanto, excluir del conocimiento el resultado y ajustarlo al peligro no nos soluciona nada: simplemente, reducimos las formas de conocimiento a dos, la previsión y el cálculo, referidas al peligro. Pero seguimos con los mismos problemas: «Pensemos en el que juega a la ruleta rusa: tal vez emocionado por el juego y seguro de su suerte, ni pensó en la posibilidad de que el resultado se produjera; pero ¿negaríamos, por ello, su responsabilidad? No parece que pueda negarse, ni en éste, ni en muchos otros casos parecidos. O sea, que sobre la base de la configuración del dolo como un proceso psicológico, no podemos, al menos en la mayoría de los casos, determinar

20 VIVES ANTÓN, *Fundamentos...* cit., p. 231.

21 VIVES ANTÓN, *Fundamentos...* cit., p. 234: «Pero los problemas comienzan con la exigencia de “querer”. Pues si “querer” indica un proceso psicológico, ese proceso habría de ser común a las distintas modalidades de dolo. Y, ora se parta de la pluralidad de las especies de dolo, ora se acepte una teoría unitaria, no se ve bien qué elemento o estado psicológico puede ser común a quien mata a su enemigo porque desea su muerte (*dolo directo de primer grado*), a quien, con absoluta indiferencia hacia la vida de su conductor, coloca una bomba en el cache de un Jefe de Estado, en la seguridad de que también morirá aquél (*dolo directo de segundo grado*) y a quien, por satisfacer un afán de riesgo, juega a la ruleta rusa con los amigos a los que más aprecia y que, por consiguiente, menos desea que mueran (*dolo eventual*)». Como vemos, tampoco esta solución ayuda mucho al sostenimiento de una tripartición teórica del dolo cuando la pena prevista en el Código penal para los tres ejemplos clásicos que propone este autor es la misma.

22 VIVES ANTÓN, *Fundamentos...* cit., p. 232.

cuándo concurre y cuándo no concurre el elemento intelectual de dolo. Y, en buena parte de ellos, pese a que, razonablemente, cabe pensar que *no* ocurre, hemos de reaccionar como si concurriese»²³.

Y quizás en dos de las frases anteriormente transcritas estén las claves para la resolución (al menos provisional) del problema objeto de este trabajo. Esas frases son: «sobre la base de la configuración del dolo como un **proceso psicológico**, no podemos [...]»; y fundamentalmente: [...] hemos de reaccionar **como si** concurriese. O, lo que es lo mismo, la presunta normativización que FEIJOO lleva a cabo y la explicación, a pesar de la realidad psicológica, que nos permita aplicar, legítimamente, la misma sanción para supuestos, en esencia, distintos.

2. Concepto breve de normativización

Retomando la posición de este autor, su concepción «normativa» de dolo sería la siguiente: «En los supuestos dolosos, el autor, debido al conocimiento del hecho típico tiene el deber de evitar la realización del tipo. Si no lo hace, infringe directamente la norma que establece el deber de evitar los hechos típicos recogidos en la parte especial (norma de conducta que caracteriza al delito, doloso). Por el contrario, el autor imprudente sólo deja de evitar una conducta que puede dar lugar al hecho típico si se dan una serie de circunstancias que el autor no conoce pero con las que debería haber tenido cuidado o un mayor cuidado (norma de conducta que caracteriza al delito imprudente)»²⁴. Con esta definición, FEIJOO rechaza tanto las tradicionales teorías volitivas como las cognitivas, abandonando lo que podríamos denominar «perspectiva psicológico-individual» para adoptar una perspectiva normativa, como él mismo asume en el subtítulo de su trabajo²⁵. Mucho se ha escrito sobre la tendencia normativizadora en los últimos tiempos que afecta a varias parcelas de la teoría del delito pero que quizás haya tenido su expresión más clara en lo referido al tipo subjetivo y a la culpabilidad. Sería, pues, conveniente, recordar cuáles son las líneas maestras

de tal tendencia, para así poder decidir si las posiciones de los autores que en este trabajo se analizan (y que se encuadran por ellos mismos en esta tendencia) se ajustan o no a las mismas, o si, por el contrario, asistimos a otra clase de fenómeno escudado en la expresión «normativización».

La perspectiva normativa se apoya, fundamentalmente, en tres pilares básicos: en primer lugar, la recepción de la realidad que nos rodea, no ya como realidad empírica (y por tanto asequible a la percepción directa de la misma, a través de los métodos de investigación normalmente utilizados por las Ciencias de la Naturaleza) sino como una realidad *valorada*; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los conceptos subjetivos (como es el dolo) se consideran *títulos de atribución*; por último, en esta concepción, el Derecho procesal adquiere un papel relevante en cuanto a la propuesta de definición de estos elementos así considerados: en efecto, el objetivo del proceso penal no será ya el descubrimiento de la verdad empírica sino de la *verdad forense*, es decir, aquella parcela de la realidad a la que el juez tiene acceso a través de las pruebas legalmente establecidas, que deberán ser, a su vez, respetuosas con los derechos fundamentales de todos aquellos que participan en el proceso²⁶. Esta perspectiva se justifica, a grandes rasgos, por intentar ser, en primer lugar, respetuosa con los principios propios de un Estado democrático de Derecho y, en segundo lugar, por buscar en la racionalidad de nuestra cultura jurídica, la base del contenido de los conceptos jurídicos. Desde esta perspectiva, el Derecho penal sería la expresión de la máxima formalización de la resolución de los conflictos sociales orientada a posibilitar, precisamente, dicha solución con la ayuda de criterios normativos que evitarían algo de por sí imposible: que el Juez resolviera el conflicto con base en determinados conocimientos con los que ni cuenta ni puede contar, como son aquellos referidos a la psique del sujeto a la que el Juez, evidentemente, no tiene acceso.

Con el recuerdo de estas líneas fundamentales podemos comenzar a analizar si la postura de FEIJOO se puede o no encuadrar en esta perspectiva. Hemos apuntado, como primera línea característi-

²³ VIVES ANTÓN, *Fundamentos...* cit., pp. 236 y 237.

²⁴ Feijoo Sánchez, *La distinción...* cit., pp. 304 y 305.

²⁵ Para una completa información sobre estas dos perspectivas en el ámbito de los elementos subjetivos del delito, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Valencia, 1990, pp. 29 y ss.

²⁶ Al respecto, desde una perspectiva general sobre la perspectiva normativa, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos...* cit., pp. 73 y ss. Para una mayor profundización sobre esta perspectiva desde un talante respetuoso con los derechos fundamentales, vid. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984 [trad. Muñoz Cande /Arroyo Zapatero]; el mismo, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Valencia, 1999 [trad. Muñoz Conde/Díaz Pita].

ca de la perspectiva normativa la «sustitución» de la realidad empírica por la realidad valorada como objeto de análisis de los conceptos subjetivos. Ciñéndonos al concepto de dolo, ello significaría la renuncia a la investigación de los elementos del mismo como conceptos cuyo contenido ostentan una naturaleza estrictamente psicológica para adoptar uno de marcado carácter normativo. FEIJOO, para ello utiliza el conocimiento en conexión con el riesgo. ¿Dónde está la normativización? Como apuntábamos líneas más arriba, la eliminación del resultado como objeto del conocimiento y la reducción de éste al riesgo de producción de dicho resultado supone, únicamente, barajar dos formas de expresión del conocimiento como son el cálculo y la previsión. Pero los problemas son los mismos: la prueba de que el sujeto sabía que el resultado se iba a producir es tan difícil (por no decir imposible) como la prueba de que el sujeto previó la posibilidad de que el resultado se iba a producir o que había calculado su producción. ¿Y por qué esa dificultad? Pues, sencillamente, porque afirmar que el dolo consiste en el conocimiento del riesgo no supone la normativización de este concepto, sino, por el contrario, la utilización de parámetros psicológicos, reducidos en su objeto, cuyas dificultades probatorias no es necesario resaltar. La adopción del riesgo como objeto del conocimiento no transforma la naturaleza de este elemento de psicológica a normativa; sólo reduce su extensión. Ello quizás limite las dificultades de prueba por el mero hecho de que el campo de investigación también se limita pero no porque el método de investigación haya cambiado. El conocimiento referido al riesgo no es pues una realidad valorada sino una realidad psicológica reducida que aligera la labor probatoria sólo en la medida en que esta actividad se reduce a un ámbito restringido. Sin embargo, esta dirección no resuelve, en mi opinión, los problemas de fondo.

III. Elemento volitivo y normativización

Otro rasgo de la normativización del concepto de dolo parece ser el rechazo sistemático al elemento volitivo. En este sentido, se alega que este elemento no es preciso para la delimitación entre dolo e imprudencia y que, además, es irrelevante para la caracterización del dolo puesto que, desde una perspectiva normativa, el elemento volitivo no jue-

ga ningún papel. Las dudas que surgen ante esta posición vienen en dos sentidos: en primer lugar, si la perspectiva normativa significa la recepción de la realidad como realidad valorada ¿de dónde se puede deducir que el elemento volitivo no forma parte de la realidad mientras que, respecto del conocimiento, nadie cuestiona, ni por un momento, que no forme parte de ella?; en segundo lugar, ¿cuál es la razón por la que un elemento psicológico como el conocimiento es susceptible de transformación en concepto normativo mientras que el elemento volitivo parece ofrecer una dificultad insalvable a la hora de llevar a cabo dicha transformación?

La primera de las cuestiones apunta a una forma de proceder común a todas las teorías cognitivas, independientemente de que adopten una naturaleza psicológica o normativa, sean teorías clásicas o modernas. La negación del aspecto volitivo da como resultado la exaltación del conocimiento como único parámetro posible para, por un lado, describir y dotar de contenido al dolo y, por otro, dibujar la línea divisoria entre dolo e imprudencia. La capacidad, por sí mismo, de cumplir estos objetivos ha sido, precisamente, el blanco de las críticas dirigidas a las teorías cognitivas. Éstas son sobradamente conocidas, así que nos centraremos en la cuestión de si el elemento volitivo es prescindible o si efectivamente forma parte de la realidad del delito doloso y, por tanto, deberá ser tenido en cuenta a la hora de configurar el dolo, de separarlo de la imprudencia y de justificar la imposición de una pena de mayor gravedad.

1. El comportamiento doloso como comportamiento humano

Como se apuntó más arriba, la perspectiva normativa no crea *ex novo* la realidad, sino que abandona la investigación de la misma desde parámetros de análisis cercanos a los utilizados por las Ciencias de la Naturaleza para abordarla desde un prisma valorativo, pero sin dejar de basarse en dicha realidad. Es más, este análisis valorativo no pierde de vista la racionalidad de nuestra cultura, en concreto de nuestra cultura jurídica. Ello quiere decir que dicha perspectiva, antes de alejarse de las valoraciones cotidianas presentes en la sociedad, intenta acercarse a las mismas, pasándolas por el tamiz de la interpretación jurídica²⁷. ¿Cuál

²⁷ Al menos ésta es la versión de la perspectiva normativa que Hassemer defiende y a la que me adhiero. No sólo la predica de la sustitución del dolo sino de la imputación en general como forma de encauzar la responsabilidad penal. Al respecto, vid. Hassemer, Persona, mundo y responsabilidad... cit., págs. 157 y ss.

es la realidad del comportamiento doloso que debe ser, *a posteriori*, interpretada desde parámetros normativos? Al hablar de comportamiento doloso de alguna manera debemos referirnos al comportamiento humano en general, a la forma de desarrollarse el ser humano, de relacionarse con el mundo que lo circunda y de vincularse con los objetos del mismo (entendiendo por *objeto*, en este caso, todo aquello que sea ajeno al sujeto: otras personas, cosas, normas, etc.). Según CASTILLA DEL PINO, «Para vincularse con los objetos, el sujeto requiere procesos cognitivos y procesos desiderativos: *conocer* y, de entre lo que se conoce, *desear*: así se resume la conjunción del ser humano con los objetos de su entorno [...]»²⁸. Encontramos así, una vinculación cognitiva y una vinculación desiderativa del sujeto con su entorno, determinando la ausencia de alguna de ellas la existencia de una patología en el mismo. El término «desear» es un término que, en Derecho penal, es rechazado (y con razón) por actualizar reminiscencias de otros sistemas penales felizmente superados, como es el Derecho penal de autor, en el que, como de todos es sabido, la personalidad del sujeto y no sus hechos, determinaban la responsabilidad de aquél. No es, por tanto, nuestra intención, reavivar fuegos con los que, por lo demás, estamos en absoluto desacuerdo. Ello no obsta, sin embargo, a la defensa de lo que consideramos una realidad, no en particular del actuar doloso, sino del actuar humano: la doble vinculación de la persona con su mundo, que va más allá de la mera función cognitiva. La vinculación desiderativa permite al sujeto aceptar o rechazar, es decir, *seleccionar* los objetos que formarán parte de su entorno: «Gracias a esta doble posibilidad de vinculación afectiva, de aceptación o de rechazo, el sujeto organiza su entorno para su *adaptación*. En un entorno confortable, al sujeto le es fácil su adaptación y, en consecuencia, su homeostasis externa e interna, pues si el entorno es confortable también lo será el intorno. Por tanto, la vinculación comporta un *proyecto* de modificación del entorno en función de los deseos y necesidades del sujeto»²⁹.

¿Qué ocurre con el sujeto que actúa dolosamente? En mi opinión, el sujeto que actúa con dolo se-

lecciona, con base en los conocimientos que previamente ha adquirido, unos determinados objetos a los que concede preferencia frente a otros: la realización del resultado lesivo frente al respeto por el bien jurídico (la muerte de una persona frente a la salvaguarda de la vida, la posesión de una cosa frente a la salvaguarda de la propiedad ajena... independientemente de las razones, impulsos, deseos o motivos que a ello le conduzcan). Éste es el sentido de la expresión «decisión contraria al bien jurídico»: selección entre alternativas de comportamiento realizada con algo más que el mero conocimiento y que, además, justifican la imposición de una sanción de mayor gravedad³⁰. Una formulación también sugerente al respecto y, en mi opinión, inspirada por los mismos presupuestos es la que ofrece VIVES ANTÓN. Este autor configura el conocimiento como «dominio de una técnica» y decisión como «compromiso con el resultado lesivo»³¹: «Entendiendo el “elemento volitivo” del dolo, no *naturalísticamente*, como un proceso psicológico, sino normativamente, como un *compromiso de actuar*; se esclarece su concepto y comienzan a cobrar un sentido no paradójico los criterios que usamos para identificarlo.

Así, la “decisión contraria al bien jurídico” no es sino aquella que materializa ese *compromiso con la lesión* que no se da en la culpa y que nos permite afirmar que quien actúa con dolo eventual actúa intencionalmente o, lo que es lo mismo, que *el dolo eventual es dolo* o, más precisa y modestamente, nos permite entender que, en nuestros ordenamientos continentales se opere con la idea de dolo en supuestos en los que falta el propósito»³².

Como bien dice este autor, la decisión contraria al bien jurídico, entendida como selección por parte del sujeto que implica ese «compromiso lesivo» es un elemento presente en el dolo y ausente en la imprudencia: en efecto, los sujetos que actúan imprudentemente cometen un descuido, les falta atención y ese descuido y falta de atención produce la lesión del bien jurídico pero, en ningún caso, adoptan una decisión contraria al bien jurídico como afirma FEIJOO. El hecho de que el que actúa imprudentemente lo hace voluntariamente significa que su comportamiento es

28 Castilla del Pino, Teoría de los sentimientos, 3ª ed., Barcelona, 2000, págs. 55 y ss.

29 Castilla del Pino, Teoría... cit., pág. 58.

30 Al respecto y con mayor extensión, Díaz Pita, El dolo... cit., págs. 290 y ss.

31 Vives Antón, Fundamentos... cit., págs. 233 y ss.

32 Vives Antón, Fundamentos... cit., pág. 238.

una acción con relevancia jurídico-penal de la que podemos extraer determinadas consecuencias (entre ellas la sanción) pero no significa que el sujeto se decida en contra del bien jurídico; al contrario el sujeto se decide a actuar, pero no se decide a lesionar el bien jurídico; de igual forma, el que actúa dolosamente lo hace regido por su voluntad pero además, adopta una decisión contraria al bien jurídico con mayores repercusiones que las previstas para el que actúa de forma imprudente.

2. El elemento volitivo normativo como expresión de un Derecho penal democrático

Las consecuencias que de todo esto pueden extraerse son, desde mi punto de vista, claras: en primer lugar, el elemento volitivo existe en el dolo. Y ello incluso está presente en nuestra racionalidad jurídica. Y lo vemos fácilmente con un sencillo ejemplo: la reacción de un ciudadano de a pie es distinta cuando recibe un puñetazo directo a la mandíbula tras una discusión sin trascendencia con un compañero de trabajo que cuando ese mismo compañero se tropieza con él a la salida de su despacho, causándole el mismo dolor físico. Si preguntamos a ese ciudadano por qué su reacción es menos indulgente en el primer caso que en el segundo su respuesta, seguramente, será: «porque en el segundo caso fue sin querer». Esta percepción distinta no va referida al grado de conocimiento sobre la situación de su compañero de trabajo, sino a algo diferente al mero conocimiento. Pues bien, si esta percepción es así en el ámbito extrajurídico es inexplicable la razón por la cual se niega en la comisión de un delito que existe algo más en los delitos dolosos que el simple conocimiento de la situación típica y que este «algo más», como fenómeno psicológico (deseo, querer, indiferencia) es susceptible de normativización. Es decir, y con ello respondemos a la segunda de las cuestiones que nos planteábamos más arriba, de la misma manera que podemos manejar un concepto normativo de conocimiento (aprehensión correcta de la situación típica, dominio de una técnica, etc.) podemos utilizar parámetros normativos para expresar la presencia de esa voluntad que, desde una perspectiva psicológica, nos resulta inaccesible. Y ese es precisamente, el objetivo de la expresión «decisión contraria al bien jurídico»: una valoración normativa realizada so-

bre un segmento de la realidad (en este caso de la psicología del sujeto) que nos permita explicar y legitimar el tratamiento unitario de supuestos distintos y su delimitación de otros cuyo tratamiento debe ser valorativamente más leve, a pesar de que, desde un punto de vista estadístico, los resultados que producen sean mayores en número. Y el conocimiento, por sí solo, no es, en mi opinión, suficiente para dotar de base a toda esta forma de proceder.

Si consideramos que todo ello responde a parámetros racionales (castigar con la misma pena a quien dispara contra su enemigo y a quien juega a la ruleta rusa con su amigo pero castigar más levemente a quien atropella a otra persona por falta de atención en su forma de conducir) la atribución de responsabilidad debe basarse, del mismo modo, en parámetros racionales. Para dicha atribución, los instrumentos que manejamos son títulos, soportes, que encauzan en la dirección correcta la responsabilidad del sujeto, permitiendo reflejar en el mundo de los valores lo que ha sucedido en el mundo real. Cuando este «mundo real» se encuentra tras la mente del sujeto, recurrimos a los conceptos subjetivos. El hecho de que estos conceptos dispositivos, es decir, que reflejan una tendencia interna del sujeto, resulten difíciles de determinar desde una perspectiva empírica es lo que nos lleva a optar por una perspectiva normativa. Sin embargo esta opción no puede implicar una renuncia a la racionalidad como, en mi opinión, supone el rechazo de parte de esa realidad en el nombre de una «normativización» incorrectamente interpretada. Esta interpretación, a mi juicio, incorrecta, de la perspectiva normativa tiene también su reflejo en el aspecto procesal del concepto de que se trate. Como indicábamos al resumir las líneas generales de la perspectiva normativa, ésta tiene en consideración no sólo el aspecto material del concepto sino también su repercusión en el ámbito procesal, de forma que se predica el descubrimiento de la verdad forense como objetivo del proceso y, a la vez, como expresión del respeto a los derechos fundamentales de los partícipes en el proceso. Pues bien, FEJOO afirma que la repercusión del elemento volitivo en el ámbito procesal es nula, puesto que lo único que ha de probarse es la existencia del conocimiento³³. Esta afirmación constituye una prueba más de que la perspectiva normativa supuestamente adoptada por este autor se aleja de los pre-

³³ Fejoo Sánchez, *La distinción...* cit., pág. 305.

supuestos de la misma. En efecto, la perspectiva normativa exigiría, en el caso del elemento volitivo, la actividad probatoria sobre este elemento normativo, de la misma manera que ha de probarse el conocimiento. Así, la decisión contraria al bien jurídico quedaría probada a través de la constatación de los indicadores externos que la reflejan, de la misma manera que se opera con la aprehensión correcta de la situación típica. La perspectiva normativa no supone, como pretende FEIJOO, la eliminación de determinados elementos que se dan en la realidad y cuya existencia determina algo tan importante como es la imposición de una sanción de mayor gravedad. Esta eliminación acelera y facilita, evidentemente, la actividad probatoria y por ende la imputación a título de dolo de un determinado resultado a un determinado sujeto. Pero si la averiguación de la verdad forense debe expresar el respeto a los derechos fundamentales de los partícipes en el proceso, resultaría difícil explicar por qué la respuesta penal de dos situaciones que producen un mismo resultado y cuya base para la imputación la constituye el mismo elemento, o sea, el conocimiento, es radicalmente distinta.

La perspectiva normativa encuentra, precisamente, su justificación en los principios propios de un Estado de Derecho. Como nuestra Constitución indica, el principio de igualdad ante la ley constituye el fundamento de nuestro Estado. Ello supone, como es sabido, la valoración desigual de supuestos desiguales. El dolo y la imprudencia son supuestos desiguales y por ello se valoran de forma desigual. Si afirmamos que tanto el dolo como la imprudencia se fundamentan, exclusivamente, en el conocimiento, la respuesta desigual atentaría contra el principio de igualdad. La cuestión que surge es ¿puede el contenido del conocimiento o la cualidad del conocimiento, por sí solo, justificar la desigualdad de la sanción y preservar el respeto al principio, constitucionalmente consagrado, de igualdad? Según FEIJOO, «La diferencia entre dolo e imprudencia se encuentra en los diversos niveles de conocimiento a la hora de tomar la decisión»³⁴. No vamos a insistir ahora en la contradicción que supone usar el

término decisión; exclusivamente nos vamos a centrar en la diversidad de niveles de conocimiento como base de un distinto tratamiento punitivo de estas formas de imputación acorde, a su vez (o así, al menos, debería ser) con el respeto al principio de igualdad. Es obvio que todos los autores, sean partidarios de las teorías clásicas o de las más recientes, que defienden el conocimiento como único componente del dolo se esfuerzan en delimitarlo de la imprudencia con base en el contenido que dicho conocimiento abarca o en la cualidad de dicho conocimiento. Así, encontramos autores que predicán el tipo objetivo, el peligro, el resultado, etc., como posibles contenidos que el conocimiento abarca. Y también autores que centran su atención en la cualidad o intensidad del conocimiento. En el caso de Feijoo, como pusimos de manifiesto al principio, el contenido del conocimiento quedaría referido al peligro de producción del resultado y la cualidad del conocimiento se correspondería con los supuestos de ausencia de error: «el error que excluye la imputación a título de dolo puede consistir en que el autor ni siquiera se dé cuenta de que está creando un riesgo (por ejemplo, el médico se olvida de las consecuencias secundarias de un medicamento para un determinado paciente) o reconociendo una cierta peligrosidad en su conducta cree que dadas las circunstancias o los medios de los que se ha dispuesto o dispone la situación se encuentra bajo control (el conductor cree que dispone de espacio suficiente para adelantar)»³⁵. Esta afirmación vendría refrendada por el hecho de que los supuestos en los que la voluntad no aparece carecen de relevancia a efectos de regulación en el Código penal, mientras que los supuestos de error sí que se encuentran expresamente regulados en el art. 14 de dicho cuerpo legal³⁶.

Centrándonos en la postura de FEIJOO: ¿puede el conocimiento acertado sobre el peligro de producción del resultado justificar por sí solo la imposición de una sanción más grave a los supuestos dólidos, salvando así el principio de igualdad? Desde mi punto de vista, no y con esta negativa suscribo la posición de HASSEMER: el dolo lleva aparejada una pena de mayor gravedad porque el

34 Feijoo Sánchez, *La distinción...* cit., pág. 309.

35 Feijoo Sánchez, *La distinción...* cit., pág. 301.

36 En cuanto a la relevancia del error, este tema será tratado con más profundidad en el epígrafe siguiente, al analizar la postura defendida por Laurenceo Capello, que basa su teoría del dolo como conocimiento precisamente en este argumento referido al error. Vid. *Infra*, 3.

•••

sujeto, con su acción, lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que lo protege y la sociedad que lo estima valioso³⁷. Estas tres razones avalan la reacción estatal más violenta y suministran la justificación y la legitimación de la misma. Pero no creo que la amplitud y la cualidad del conocimiento, ni siquiera el objeto que éste abarca, sean bases suficientes para explicar dicha reacción. Si antes hemos dicho que el ser humano se relaciona con su entorno a través del conocimiento y del deseo, ello supone que esta relación se da siempre. Analicemos, a la luz de esta premisa, los comportamientos imprudentes. En estos casos, el conocimiento del sujeto se refiere, de forma más o menos errónea, al peligro que su acción conlleva. La relación cognitiva se da en la realidad psicológica del sujeto con una determinada intensidad, por debajo, en cualquier caso, de la insegura línea que separa el error del acierto. Su «deseo», por seguir con la terminología de CASTILLA DEL PINO, sigue, sin embargo, otros derroteros que nada tienen que ver con el bien jurídico, la norma o la sociedad. El sujeto no los tiene en cuenta porque no es necesario para la configuración de su acción. Para la configuración de su acción, su «deseo» se orienta en otra dirección: concluir una operación quirúrgica, llegar a su destino con su automóvil, dejar limpia la escopeta o disfrutar del calor de una hoguera en el bosque. Todas estas actividades, que conllevan un peligro conocido por el sujeto, adquieren relevancia penal cuando algo sale mal, porque el propio sujeto no ha controlado ese peligro: el paciente muere en la mesa de operaciones, el amigo que observa las maniobras de limpieza de la escopeta resulta herido, se produce una colisión de automóviles o se provoca un incendio. Cuando esto ocurre, el Derecho penal responde imponiendo una sanción cuyo mensaje al sujeto podríamos cifrarlo así: «de ahora en adelante, presta más atención cuando realices una actividad peligrosa». Esta exigencia, prestar atención, apela a las facultades cognitivas del sujeto, en el sentido de que se pide al mismo que aplique un especial cuidado a lo que hace. Se pide, pues, que el sujeto agudice su capacidad cognitiva, detecte el peligro y adopte las medidas necesarias para evitar el desastre. Para ello basta con una sanción cuya gravedad no sea excesiva.

Para la configuración de la acción dolosa, por el contrario, el conocimiento suministra los datos necesarios para la adopción de una decisión «espe-

cial»: desconectar un respirador mecánico, disparar jugando a la ruleta rusa, atropellar al amante de la esposa o prender fuego al Coto de Doñana. En todos estos casos, los móviles pueden ser loables o despreciable (acabar con el sufrimiento de un enfermo terminal, divertirse, mitigar los celos o construir una urbanización de lujo con vistas a la desembocadura del Guadalquivir) pero en todos estos casos hay una nota común que los diferencia de los supuestos anteriores: aquí el sujeto se decide contra el bien jurídico protegido, enfrentándose así a la sociedad que lo estima valioso y que por ello lo defiende a través de las normas penales. Cuando el resultado se produce, el derecho penal responde imponiendo una sanción cuyo mensaje es muy otro: «de ahora en adelante, deberás tener en cuenta como parte de tu decisión, el respeto a los bienes jurídicos». Ello no implica que a partir del cumplimiento de la sanción el sujeto asuma como propios los valores protegidos por el Derecho penal; sólo deberán incluirse, por parte del sujeto, en la configuración de sus acciones futuras. Para ello, la sanción debe ser más dura.

La distinta intensidad de las sanciones responde, por tanto, a situaciones también distintas pero **cualitativamente** distintas, ya que en unas aparece un elemento del que carecen las otras. El nivel de conocimiento puede servir como graduación para separar los supuestos de error de los supuestos de acierto puesto que, al fin y al cabo, el error no es más que un juicio falso, o sea, afecta a la capacidad cognitiva. Una vez que estamos en el ámbito de los «aciertos», la modulación del conocimiento como exclusiva base en la que se asienta algo tan trascendental como es privar de derechos a un ciudadano durante un tiempo más o menos largo, parece demasiado débil y poco respetuosa con el principio de igualdad. El mensaje de la sanción apela, en cada caso, a facultades distintas del sujeto. La pena asignada al dolo no persigue una mayor atención del sujeto sino un cambio que afecta a su posición frente a los bienes jurídicos, en el que deberá implicar no sólo su capacidad intelectual sino también su forma de relacionarse con esos bienes jurídicos. Ahí radica la diferencia y de ahí que se justifique la reacción igual del derecho penal: son supuestos desiguales, luego su tratamiento deberá ser, asimismo, desigual. Pero no porque el sujeto abarque más o menos con su conocimiento sino porque, una vez que conozca acertadamente, habrá de adoptar una u otra deci-

37 Hassemmer, Los elementos característicos del dolo [trad. Díaz Pita], en ADPCP, 1990, págs. 916 y ss.

sión. La estratificación del conocimiento explica la diferencia entre acierto, error y clases de errores pero no explica suficientemente la respuesta «desproporcionada» en los delitos dolosos (por ejemplo, cuando se causa la muerte de una persona, si se ha producido un error de tipo invencible, no se le impone una sanción; si se ha producido un error vencible, la sanción, al castigarse como imprudente, será de uno a cuatro años de prisión; si la muerte es dolosa, la prisión asciende a un mínimo de diez años y un máximo de quince... ¿sólo porque el conocimiento del sujeto era más completo?). En el proceso de toma de decisión, el conocimiento es sólo el bagaje intelectual, previo y absolutamente necesario, con el que cuenta el sujeto. A partir de ahí, es su determinación la que indicará qué pena le corresponde, no la intensidad del conocimiento.

Por último, la perspectiva normativa se justifica por la búsqueda de una racionalidad experta que hunde sus raíces en la racionalidad cotidiana. Como pusimos de manifiesto con el ejemplo de los compañeros de trabajo, parece que, al negar el elemento volitivo en el dolo, estamos ante una discrepancia entre racionalidad cotidiana y racionalidad experta, en la que ésta lleva a cabo una reducción de aquélla en los presupuestos, aunque coincide en la respuesta (una reacción más violenta). Estas discrepancias no son una novedad. Pero se puede afirmar que, en muchos casos, la racionalidad cotidiana suele contener reproches y reacciones más extremas rayanas, a veces, en la irracionalidad. La misión, entonces, de la política criminal (en un Estado que se llama a sí mismo democrático y de Derecho) consiste en limar estas reacciones extremas, sometiénolas a las directrices de los principios constitucionales, dotando así de límites racionales los posibles excesos que la sociedad no observa como indeseables. La tendencia expansiva de la idea que el ciudadano de a pie tiene del Derecho penal se debe combatir con una legislación y una inter-

pretación de la misma lo más ajustada posible a los derechos y libertades fundamentales, de los que, también, gozan los delincuentes. Ello significa establecimientos de barreras infranqueables y dotación de elementos claros para la determinación de los presupuestos que se deben dar para poder imponer, de forma legítima, una sanción. La eliminación del elemento volitivo en el dolo representa un claro ejemplo de una dogmática penal, en contradicción con la racionalidad cotidiana, que permite una expansión de los supuestos dolosos³⁸, diluyendo la barrera entre el dolo y la imprudencia. Este fenómeno es un ejemplo de que, a veces, la racionalidad cotidiana resulta, valga la redundancia, más racional que la propia racionalidad experta. Las teorías cognitivas, al contrario de lo que debería perseguir una teoría basada en la perspectiva normativa justificada por su pretendida búsqueda de una racionalidad experta, van más allá de los planteamientos de la racionalidad cotidiana, ampliando el ámbito de «lo doloso». Al no tener presente un elemento que se da en la realidad y que se detecta por cualquier ciudadano ajeno a los intrínquilis del Derecho penal, los defensores de estas teorías no sólo desconocen esa realidad sino que también hacen gala de una irracionalidad que, en principio, no debería corresponderles. Ello, sin embargo, puede tener una explicación: tras la defensa de estas posturas podemos, quizás, detectar una tendencia expansiva del Derecho penal, caracterizada por la eliminación progresiva de elementos y barreras que afectan a la imputación. Esta eliminación aligera el objeto de la prueba y permite imputar con mayor facilidad supuestos como dolosos cuya naturaleza de tales resulta más que dudosa. La tendencia expansiva del Derecho penal puede ser, evidentemente, una opción. Sin embargo, creo que el jurista debe limitar esta tendencia y no avivarla, para conseguir esa racionalidad a la hora de utilizar algo tan peligroso como el Derecho penal.

³⁸ Aunque, precisamente, una de las críticas más repetidas hacia la tesis de la "decisión contraria al bien jurídico" es que supone una ampliación del dolo.