

CAPÍTULO LXXI

Elemento volitivo del dolo, responsabilidad por el hecho y responsabilidad subjetiva

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Vengo defendiendo desde hace tiempo que el debate entre las distintas concepciones del dolo tiene más efectos que los que se reconocen, pues no sólo es una cuestión dogmática de la que depende el ámbito de casos en los que se considera o no concurrente el dolo, sino que afecta a otras cuestiones fundamentales relativas a las garantías constitucionales vinculadas a la prueba (presunción de inocencia) y a la subsunción (legalidad penal) de los hechos. Por ello he propugnado una concepción mixta del dolo, que no renuncia a la caracterización de sus elementos como hechos psíquicos, sin perjuicio de considerar el propio dolo como un constructo normativo, un hecho institucional en el sentido que *Searle* le otorga a la expresión¹. Esta doble condición del dolo y sus elementos se asienta en la posibilidad de distinguir la prueba indiciaria referida a los elementos del dolo (voluntad y conocimiento) y el silogismo práctico-valorativo (la subsunción) cuya finalidad es ponderar si los hechos psicológicos ya probados, son suficientes y tienen las cualidades necesarias para integrar y completar el dolo y el tipo subjetivo del delito que se juzga².

¹ Dificultad de prueba de lo psicológico y naturaleza normativa del dolo, en *García Valdés* y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, t. II, 1453 y ss.

² Cfr. Prueba y subsunción en el dolo, en *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, 359 y ss., 365 y ss. A mi modo de ver la Corte de Estrasburgo se ha encargado de refutar la idea de que el “debate sobre si el dolo se prueba o se imputa constituye la más reciente y, quizás, fútil discusión en torno a este instituto penal” (*Miró*, CPC n° 113, 2014, 225 y ss.). Tras ella no solo se esconde una mera cuestión terminológica o “de lenguaje filosófico”, sino de garantías constitucionales, por lo que no es correcto sostener que el “debate sobre si el dolo se prueba o se

En dichos trabajos me he manifestado a favor de una concepción dual del dolo, que no renuncia a un cierto elemento volitivo. A nadie se le escapa que Diego Manuel Luzón Peña es uno de los más firmes defensores de la necesidad de mantener el elemento volitivo del dolo. Su posición ha permanecido casi inalterada desde sus primeros pronunciamientos en favor de la teoría del consentimiento. En un primer momento se declaró partidario de la teoría pura de la aceptación³ y ahora se manifiesta a favor de una teoría restringida –y normativa- de la aceptación⁴. A su tesis inicial ha incorporado una limitación normativa a la confianza en la no producción del hecho típico, requiriendo, para que ésta pueda cumplir su función excluyente del dolo, un mínimo fundamento objetivo y razonable. Nuestro homenajeado constituye mucho más que una excepción significativa a la marea favorable a la reducción del dolo a un único elemento cognitivo, pues no sólo ha hecho una defensa brillante de los mejores argumentos a favor de la teoría de la aceptación, sino que ha sabido transmitir sus enseñanzas a sus discípulos en momentos en los que el viento jurisprudencial soplabla en contra. Y estas enseñanzas han hecho mella también en otros, a quienes, como yo, no nos convenía la aproximación que parecía devenir mayoritaria. Sirvan pues estas páginas para rendir un merecido homenaje al profesor Luzón Peña con quien comparto que el dolo no puede quedar reducido a mera representación de la probabilidad de producción del resultado o del hecho típico.

II. ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO Y PRINCIPIO DEL HECHO

II.1. Planteamiento

Una de las críticas⁵ habituales esgrimidas desde los representantes de las teorías de la representación contra las teorías de la voluntad reside en que estas

imputa es accesorio⁷. En realidad, se trata no solo de hacerlo, sino de hacerlo de manera técnicamente correcta y respetando las garantías constitucionales.

³ RDCir 1986, 321.

⁴ Tesis que defiende desde 1991 (Problemas de prevención y transmisión del SIDA en el Derecho penal español, PJ 23, 1991, 87 y ss., 94 y ss.). Ha mantenido su posición en las distintas versiones y ediciones de su Manual de Derecho penal, así desde la publicación de su Curso de Derecho Penal, (Parte General I, 1996, 426-7) hasta la tercera edición de sus Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 2016, 240 y ss.

⁵ Sobre las críticas a las distintas teorías, cfr. *Luzón Peña*, Dolo y dolo eventual: reflexiones, en Problemas específicos de aplicación del Código penal, CGPJ 1999, 129 y ss.; *Roxin*, Sobre la delimitación del dolo y la imprudencia, especialmente en los delitos de homicidio, en Jiménez Díaz y otros (coord.), Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje al prof. Dr. Mult. H.C. Lorenzo Morillas, 2018, 1579. Sobre las críticas específicas a las teorías del consentimiento en sus

exigirían un especial tipo de vinculación con el resultado, una toma de postura anímica hacia él, lo que implicaría traspasar los límites del Derecho penal del hecho, pues haría depender la pena del delito doloso, su mayor penalidad frente al imprudente, precisamente de dicha actitud interna del sujeto hacia el resultado⁶. Aunque esta crítica se dirigió primeramente contra las teorías que exigían la aprobación del resultado, también se proyecta hoy sobre las modernas teorías que sostienen que lo que caracteriza el dolo eventual y el dolo en sí es la concurrencia de una decisión contraria al bien jurídico⁷. La crítica se construye sobre dos pilares: la desconexión de la pena –de su magnitud– con el hecho y la vinculación misma de la pena con un elemento que no puede ser desvalorado según los parámetros del Estado de Derecho por estar garantizado por la libertad de conciencia o autonomía moral individual.

II.2. Responsabilidad por el hecho, magnitud de la pena y elemento volitivo

El primer fundamento de la crítica, como acabo de señalar, es la desconexión de la pena del hecho mismo. Una de las autoras que más ha insistido en esta crítica convirtiéndola en el eje de su propia teoría de la diferenciación del dolo y la imprudencia ya en el tipo objetivo es *Puppe*⁸. En efecto, para esta autora, las teorías volitivas acabarían en un Derecho penal del ánimo, dado que en los casos de elevada probabilidad de producción del resultado niegan el dolo con base en un elemento, la confianza en la no producción del resultado, absolutamente desconectado del hecho típico –la conducta que crea el riesgo–, y en los casos de escasa probabilidad de producción del resultado afirman el dolo también con base en la existencia de intención. Pero también dirige esta crítica a las distintas formulaciones de las teorías de la representación que requieren una

versiones tradicionales, cfr. *Gimbernat*, Acerca del dolo eventual, en Estudios de Derecho penal, 2ª ed., 1981, 178 y ss.

⁶ Sobre ello, por ejemplo, *Mir Puig*, Derecho penal, Parte General, 10ª ed., 2016, Lección 10, nm 91.

⁷ Una última variante de la crítica reside en que las teorías volitivas conducen a una culpabilidad por el carácter dado que al tener dificultades de prueba del elemento y acudir a la fórmula hipotética de Frank, los tribunales acabarían evaluando el carácter y la personalidad del reo: frente a una imagen de sujeto facineroso se atribuiría dolo, y frente a un sujeto con aspecto bonachón, se atribuiría imprudencia (por todos, *Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (1995), 192-193 y ss. con cita de los clásicos alemanes; *Gimbernat*, (n. 5) 186-7. En la medida en que ya no se defienden las fórmulas hipotéticas de Frank, el argumento decae. Como admite *Ragués* (El dolo y su prueba, 1999, 64.), las teorías volitivas actuales parten del contenido real de la mente del sujeto que actúa.

⁸ *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, 36 y ss; La misma, La distinción entre dolo e imprudencia, Buenos Aires, 2010, 70 y s, 79, 82.

toma de posición personal sobre el riesgo, aunque como integrante cualificante de la clase de representación del peligro creado⁹. Para *Puppe*, la única manera de evitar la toma en consideración de las actitudes internas en la distinción entre dolo e imprudencia es introducir un criterio de diferenciación ya en el tipo objetivo¹⁰: exigiendo para el dolo la concurrencia de una conducta creadora de un riesgo de unas determinadas características.

II.2.1. Prohibición de sanción del fuero interno como sanción de la nuda voluntad

Lo primero que hay que señalar es que la definición tradicional del dolo como conocimiento y voluntad traslada la imagen de que dichos elementos subjetivos desconectados del hecho típico pueden ser decisivos para la sanción penal¹¹. Es esta desvinculación la que es incorrecta y vulnera el principio del hecho: que se sancione *la nuda voluntad* dissociada del hecho¹². Sin embargo, sancionar solo una clase de hechos, los vinculados con su agente a través de un proceso psíquico determinado, no vulnera el principio del hecho.

Este principio, como integrante del principio del daño social, establece como primera premisa que el Derecho penal legítimo es aquel que limita su actuación preservando al ciudadano una esfera interna libre de control, de interferencias estatales¹³. De aquí derivan la prohibición de sanción penal del mero pensamiento, la exigencia de que el delito venga configurado por la exteriorización de un hecho –generador de un daño social–, la ilegitimidad de anudar la sanción a la “nuda actitud interna”, pero también deriva que está vedado que “lo externo sólo sea un subterfugio para identificar la actitud interna que caracteriza” a un tipo de autor¹⁴. En lo que más nos interesa aquí, el límite liberal del fuero interno, de un lado, impide que el núcleo de lo injusto venga configurado por un acto de desobediencia interior, o por la sola voluntad de realización de la conducta prohibida, y de otro,

⁹ Que defiende por ejemplo, *Frisch*, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 96 y ss.

¹⁰ La distinción (n. 8), 88 y ss.

¹¹ Así, *Cuello Contreras*, (*El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias, teoría del delito*, 3ª ed., 2002, 647), aunque se refiere solo a la voluntad.

¹² Cfr. *Duff* (*Answering for Crime. Responsibility and Liability in The Criminal Law*, 2009, 61, 62, 116 y ss.) en el mismo sentido en relación con las emociones y los rasgos del carácter.

¹³ Sobre el alcance de la esfera protegida como privada, más que interna, y su conexión con el concepto de ciudadanía, *Jakobs*, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Jakobs*, *Estudios de Derecho penal*, 1997, trad. Peñaranda y otros, 293 y ss., 303 y ss. y *Duff* (n 12, 50). Sobre el significado de la neutralidad pretendida del Estado, la protección de la autonomía individual y la igualdad en el acceso a las condiciones que la garantizan como criterio de legitimación de la exclusión de la injerencia estatal en la esfera interna, *Paredes*, *La justificación de las leyes penales*, 2013, 167 y ss.

¹⁴ *Cancio*, en *Lascruain* (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed. 2015, p. 92.

centra el injusto en la *realización* voluntaria de la *conducta* social que el Derecho pretende prevenir –la que encierra la peligrosidad objetiva para los bienes jurídicos-¹⁵. El necesario respeto de la esfera de autonomía moral interna supone entonces que el fundamento de la sanción penal, también de la mayor sanción, debe residir en el hecho, en sus características objetivas como conducta socialmente dañosa. Por tanto, lo que convierte en ilegítimo al Derecho penal es sancionar *solo* una actitud interna reprobable¹⁶.

Si esta es la interpretación correcta de las exigencias derivadas del principio del hecho, entonces solo se puede considerar vulnerada la garantía del fuero interno en los casos en que la vinculación subjetiva requerida por el dolo va más allá de lo configurado y plasmado materialmente por la actuación, esto es, cuando al trascender del hecho, pueda entenderse que el requisito subjetivo habilita para sancionar *más o solo* el propio elemento subjetivo. Solo en estos casos en los que anudamos la mayor pena a la concurrencia de este elemento podemos sostener que se está sancionando el fuero interno¹⁷. En consecuencia, exigir una vinculación volitiva con el hecho no supone en sí misma la sanción de la nuda voluntad y la comprensión dual del dolo no produce ninguna quiebra de la prohibición de sanción del fuero interno si la vinculación volitiva requerida pone en conexión subjetiva al sujeto con el injusto materializado por el hecho. Esto es lo que sucede cuando se exige la vinculación volitiva con el resultado, pues el resultado forma parte del hecho configurado por la conducta del autor: de un lado, se exige que sea concreción del riesgo no permitido creado por ella; de otro, materializa el daño social que se pretende evitar.

El dolo es un título de atribución del injusto objetivo que habilita para su adscripción plena. Para los defensores de las teorías del consentimiento, como yo misma, el hecho que ha conducido al resultado no puede atribuirse a título de

¹⁵ *Mir*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho, 1ª ed. 1979, 44-46.

¹⁶ Que estos son los términos del debate queda claro cuando en 1964 *Roxin* afirma que la cuestión es si el dolo requiere una determinada actitud de aceptación o indiferencia hacia el resultado o si a tal efecto es suficiente con una evaluación del curso causal probable (Zur Abgrenzung von bedingtem Vorstz und bewusster Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363), JuS 1964; cito por la versión incorpora a Strafrechtliche Grundlagen problem, 1972, p. 222). Y sostiene *Roxin* que como el Derecho penal se orienta a la protección de bienes jurídicos, su finalidad no es evitar que alguien cometa el menoscabo de un bien jurídico a causa de una especial posición interna desaprobada, sino que su objetivo es evitar que actúe sin más (224). Y a partir de ahí construye su posición de que lo relevante es si el sujeto se ha decidido o no a favor de la lesión del bien jurídico.

¹⁷ Una concepción similar del principio del hecho lleva a *Paredes*, (El “desprecio” como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho, Revista penal, nº 11 2003, 95-112) a negar campo de aplicación al art. 384 CP más allá de los casos de tentativas de homicidio con dolo eventual.

dolo si no se constata algún tipo de conexión volitiva con el resultado mismo pues sin esta clase de vinculación subjetiva –volitiva– el hecho no puede ser interpretado como un producto dominado subjetivamente de forma plena por su autor¹⁸. Para ello se precisa algo más que el mero conocimiento pasivo; hace falta un momento activo de posicionamiento del sujeto hacia el mundo que le rodea¹⁹: la voluntad conecta al agente con el mundo exterior de forma distinta al conocimiento²⁰. Pero el objeto de sanción penal sigue siendo el hecho delictivo aunque realizado en las condiciones psíquicas que interpretamos como pleno dominio subjetivo del hecho por el agente que actúa²¹. Dominio subjetivo pleno que se constituye en fundamento del mayor merecimiento de pena de la conducta dolosa.

II.2.2. Principio del hecho y compatibilidad con el principio de responsabilidad subjetiva

Aunque lo expuesto no fuera correcto, la crítica no sería válida pues refleja una concepción del principio del hecho maximalista y excesiva que no deja marco de actuación al principio de responsabilidad subjetiva, al punto de sacrificarlo totalmente, y el sistema penal del Estado de Derecho requiere que tanto el principio del hecho como el principio de responsabilidad subjetiva cumplan sus funciones, dado que son igualmente esenciales en su función de garantizar derechos y libertades de la persona. Partiendo de una concepción tan amplia de la prohibición de sanción del fuero interno, en el intento de conseguir un planteamiento limpio, sin riesgo de sanción del fuero interno, las teorías de la repre-

¹⁸ Se puede entender cercana a esta tesis la de *Díaz Pita*, El dolo eventual, 1994, 302 y ss., al sostener que el dolo implica una mayor participación interna en el hecho externo. También es cercana la tesis de *Vives*, Fundamentos del sistema penal, 1996, 233 y ss., 238 del dolo como compromiso con la lesión del bien jurídico. Entre los autores alemanes más modernos se ha manifestado a favor del carácter imprescindible del componente volitivo del dolo *Bung*, (Wissen und Wollen, 2009), sosteniendo, por ejemplo, que sin dicho componente la imputación peca de incoherencia, que el elemento cognitivo por sí solo todavía es insuficiente para dotar de sentido a la imputación (175); que el dolo requiere posicionamiento ante el mundo exterior y no solo representación del mismo (177); y que en el dolo eventual el querer es comparativo: quien actúa con dolo eventual prefiere (quiere más) la producción del resultado a desistir de la acción de la depende posiblemente la producción del resultado (208, 269). En este sentido se puede decir que desea o quiere el resultado. (208).

¹⁹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6ª, 2008, § 5 nm 11.

²⁰ *Bung* (n. 18) 177.

²¹ Sobre la diferencia entre *objeto* de la responsabilidad y condiciones para la atribución de la responsabilidad, cfr. *Duff* (n. 12) 82.

sentación acaban creando una versión moderna de las teorías del *dolus ex re*, con pérdida total de subjetivación de la responsabilidad penal²².

II.2.2.1. DOLO, RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y EVITABILIDAD

El principio de responsabilidad subjetiva tiene como misión garantizar una atribución merecida del hecho a su autor y paralelamente salvaguardar una imposición justa de la pena que el delito conlleva, pues solo si la realización del hecho constituye un producto subjetivamente evitable, la imposición de la pena es justa. El principio de responsabilidad subjetiva garantiza entonces que el Estado no va a realizar una selección azarosa de aquellos a los que se les va a imponer la pena, al delimitar el círculo de agentes que en el caso concreto pueden ser sancionados penalmente por los hechos antijurídicos por ellos realizados. Además, la responsabilidad subjetiva por el hecho es mayor por lo general en el autor doloso que en el imprudente²³ y por dicha razón la pena que se asigna al delito doloso es mayor que al delito imprudente. Aunque tanto dolo como imprudencia sean reconducibles a la idea de evitabilidad, el dolo refleja un dominio subjetivo pleno del delito mientras que la imprudencia no. Y en mi criterio, cuando el hecho delictivo viene configurado por una conducta que crea un riesgo no permitido que se concreta en un resultado, no existe un dominio subjetivo pleno sin una conexión volitiva con el resultado, pues lo que escapa a la voluntad, a la decisión, no constituye un producto gobernado de forma subjetiva plena por su autor.

La importante función que cumple el principio de responsabilidad subjetiva requiere que se garantice su autonomía, lo que precisa como condición mínima no sólo que se configuren y definan de forma separada los elementos objetivos y subjetivos del injusto, sino también que no pierdan su autonomía y esencia en los procesos –argumentativos– de determinación de su concurrencia –prueba y subsunción–. Y a tal efecto, es fundamental no sólo diferenciar prueba y subsunción del dolo, sino que la prueba de los presupuestos fáctico-psicológicos del dolo se constituya en un proceso abierto cuyo resultado no se predetermine cerrando el marco de indicios objetivos a partir de los cuales se pueden inferir; en particular, es fundamental que no se haga depender la prueba de los estados mentales *exclusivamente* de las propias características que convierten en típica a la conducta, pues en ese caso se produce la fusión –confusión– de los

²² Cfr. mi trabajo (n. 2). Similar, *Hassemer*, Los elementos característicos del dolo, ADP 1990, 930.

²³ Aunque pueda entenderse que hay casos límite que pudieran merecer la misma pena.

elementos objetivos y subjetivos del delito. La autonomía del principio de responsabilidad subjetiva se pierde si se *deduce* el elemento subjetivo de la propia conducta típica, operando con una teoría estricta del *dolus ex re*, que, como ya he argumentado en otro lugar²⁴, es claramente contraria al principio de responsabilidad subjetiva.

II.2.2.2. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA, REPRESENTACIÓN DEL PELIGRO TÍPICO Y DOLUS EX RE

Y esto es lo que sucede con las teorías de la representación-probabilidad. Ello es especialmente claro en el caso de *Puppe*, pues aunque esta autora formalmente requiere el conocimiento del tipo objetivo específico del delito doloso –de la clase de peligro que este requiere–, sin embargo, lo atribuye de manera objetiva y normativa²⁵: afirma la existencia de dolo siempre que se crea un riesgo de tal clase que *una persona sensata* solo pasaría por él en la idea de que el resultado se va a producir²⁶. Pero esta objetivación se produce también en las defensas de las teorías de la representación²⁷, en las que se suele afirmar el conocimiento del agente debido al elevado grado de peligro que comporta la acción.

Así por ejemplo en España cuando se razona el dolo en los conocidos casos Bultó e Hipercor²⁸. Es cierto que en estos casos no se puede aceptar desconocimiento de la elevada probabilidad de producción del resultado. Pero precisamente ello depende de que se pueda afirmar que el agente conocía las características del objeto que estaba utilizando y la forma en que se utilizaba; y dicho conocimiento no deriva automáticamente de la propia acción sino que precisa un razonamiento en el que se utilizan máximas de experiencia que conectan ciertos indicios con el conocimiento. Para que pueda afirmarse que la elevada probabilidad de producción del resultado inherente a la conducta desplegada es un indicio del conocimiento del riesgo generado con la conducta por su autor ha de formularse una máxima de experiencia del siguiente tipo: “toda persona adulta que cuenta con capacidades psíquicas normales y por tanto tiene capaci-

²⁴ Pérez Manzano, (n. 2) 360. De objetivación absoluta habla *Hassemer* (Los elementos característicos del dolo, en ADP 1990, 927).

²⁵ Cfr. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I 4ª ed., 2006, 12, nm 49 y ss. El mismo (n. 5) 1594 y ss.

²⁶ Der Vorstellungsinhalt del dolus eventuales, ZStW 103 (1991), 42.

²⁷ También sin duda en *Herzberg*, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster fahrlässigkeit –ein Problem des objektives Tatbestandes, JuS 1986, 249, 262; Das Wollen beim Vorsatzdelikte und dessen Unterscheidung von bewusst fahrlässiges Verhalten, JZ 1988, 573 y ss., 635 y ss.

²⁸ Por todos *Gimbernat*, Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato), Ensayos penales 1999, 403 y ss.

dad para conocer las circunstancias que convierten a una acción en peligrosa e idónea para producir un resultado lesivo, conoce que la acción que lleva a cabo es peligrosa máxime si dicha acción es especialmente peligrosa”. A partir de dicha máxima se inferirá que, si se ha realizado una conducta especialmente peligrosa y su autor es un sujeto adulto normal con sus capacidades plenas, entonces conoce las cualidades de la conducta que la convierten en arriesgada²⁹. Sin embargo, esta máxima no es infalible. De hecho es posible imaginar casos en los cuales quien lleva la bomba y la sitúa en un determinado lugar desconoce que se trata de una bomba y/o su concreto potencial lesivo. Esto significa que ni ser adulto, ni la plenitud de las capacidades del sujeto, ni las propias condiciones de la acción como peligrosa son indicios suficientes para inferir que un sujeto adulto con sus capacidades plenas conoce las características de su acción, solo porque ésta es especialmente peligrosa. En consecuencia, sin perjuicio de que la propia configuración de la conducta pueda ser un indicio, incluso especialmente relevante, de la concurrencia de conocimiento, no puede ser tomado como único, ni podrá negarse la virtualidad explicativa del estado mental del agente a otras circunstancias previas, coetáneas o posteriores a la acción típica misma. Si se infiere dicho conocimiento del tipo objetivo a partir exclusivamente de la propia configuración objetiva de la conducta típica es porque se está operando no con una máxima de experiencia en un proceso de prueba inductivo, sino con un criterio normativo de atribución automática de dicho conocimiento que deja sin operatividad al derecho a la presunción de inocencia -en su aplicación a los estados mentales- y que niega autonomía al principio de responsabilidad subjetiva. Si nos tomamos en serio el significado del principio de responsabilidad subjetiva, habrá que requerir la prueba de los elementos subjetivos, sean estos concebidos como conocimiento, voluntad o su interacción, con base en indicios ajenos a la propia configuración objetiva de la conducta típica. Así que si la única opción para salvaguardar el respeto del fuero interno es abrazar las teorías de la representación, habrá que tomarse en serio la prueba del conocimiento si no se quiere intercambiar la quiebra de una garantía (responsabilidad por el hecho) por la de otra (responsabilidad subjetiva).

Ahora bien, en mi criterio, el respeto de la autonomía moral del individuo -el respeto a su fuero interno- no pasa por aceptar una teoría monista del dolo. Y ello no solo porque, como acabo de razonar, exigir una vinculación volitiva con el resultado no vulnera esta garantía, sino también porque la comprensión del dolo como decisión en contra del bien jurídico admite una interpretación compatible con la prohibición de sanción del fuero interno.

²⁹ Así, por todos, *Ragués*, (n. 7), 468 y ss.

III. DECISIÓN CONTRA EL BIEN JURÍDICO Y RESPETO DEL FUERO INTERNO

Como es sabido, las modernas teorías teleológico-normativas del dolo centran el fundamento del mayor desvalor del dolo frente a la imprudencia y, por tanto, de su mayor penalidad, en que el dolo supone una decisión contraria al bien jurídico, un comportamiento que pone de relieve que el agente no se guía por las máximas de comportamiento que el ordenamiento establece, sino por criterios y pautas valorativas distintas al mismo. De un lado, la situación subjetiva del autor doloso reflejaría su oposición, su enfrentamiento abierto y directo a la norma de conducta y al bien jurídico que se intenta proteger. De otro, con tal oposición o enfrentamiento a la norma se estaría cuestionando la propia vigencia de la norma de conducta. Por ello sería preciso sancionar más el agente que obra con dolo: para restablecer –en el plano simbólico- dicha validez de la norma de conducta y –en el plano fáctico- para neutralizar el peligro de reiteración delictiva inherente a quien está firmemente decidido a alcanzar un resultado.

Pues bien, también en esta posición se ha visto un peligro para el Derecho penal liberal y un deslizamiento hacia un Derecho penal poco respetuoso con el fuero interno³⁰ y la autonomía moral del individuo. En efecto, una primera interpretación de esta tesis podría conducir a sostener que no se está sancionando la conducta en sí misma por poner en peligro o lesionar el bien jurídico, sino por cuanto el agente no acepta o no comparte las pautas valorativas inherentes a las normas penales, de modo que parecería que el Derecho penal está intentando *imponer* ciertas actitudes en torno a los valores a través de la pena. Se estaría asignando a la pena una función de conformación de las conciencias individuales que comprometería la legitimidad del Derecho penal en tanto que las valoraciones internas de los ciudadanos son cuestión personal, pertenecen a la esfera privada garantizada por la propia Constitución.

III.1. Decisión contra el bien jurídico y posicionamiento en conciencia

Pues bien, en este caso creo que a la crítica no le falta cierta razón aunque ello no quiere decir que no quepa una interpretación distinta de este criterio. Puede entenderse que lo que la decisión contra el bien jurídico requiere no es un *posicionamiento en conciencia* sobre el bien jurídico, sino algo distinto³¹. La crítica parece estar convirtiendo a los autores dolosos en *delincuentes por convicción* y, en realidad, dicha comprensión está alejada de la realidad y no res-

³⁰ Cfr. por todos, *Laurenzo*, Dolo y conocimiento, 1999, 240 y ss.

³¹ *Kühl*, (n. 19) § 5, nm 11, 12; *Bung*, (n. 18), 167, 168.

ponde a las pretensiones de esta teoría. De un lado, los autores dolosos comparten los valores penalmente protegidos tanto o tan poco como los autores imprudentes. Esta no es la cuestión. Lo relevante es que no se trata de poner el acento en la *conciencia* individual del agente sino en la existencia de una *decisión*. Se trata de que los procesos psíquicos del autor imprudente no pueden ser valorados como la concurrencia de una decisión personal en favor de lesionar el bien jurídico ya que a pesar de la representación del peligro concreto de producción del resultado el agente confía con un mínimo de racionalidad en controlar el curso causal. Y es de la conducta imprudentemente cometida de la que se afirma que en el plano simbólico no representa la oposición al bien jurídico ni cuestiona la validez de la norma lesionada, precisamente porque este es el sentido del mensaje que comunica la confianza mínimamente fundada con la que actúa. Por el contrario, es de la conducta que puede interpretarse globalmente como una decisión contraria al bien jurídico –la dolosa– de la que se predica que representa, en el plano simbólico, la oposición a la regla de conducta y el cuestionamiento de la validez de la norma.

Sostener que la conducta dolosa merece mayor pena porque refleja una decisión contraria al bien jurídico, no pone el acento en un elemento anímico o de la conciencia independiente y ajeno al hecho, sino en un hecho objetivamente típico del que requerimos precisamente una clase de vinculación psíquica con su agente para imponerle la pena más grave. La decisión contraria al bien jurídico sirve para explicar la conclusión de la valoración global de los estados mentales que concurren en el agente cuando estos tienen tales características que consideramos que son suficientes e idóneos para integrar y completar el dolo: representación correcta del peligro que se genera con la conducta, voluntad de realización de dicha conducta peligrosa capaz de conducir al resultado, y confianza infundada en las posibilidades de evitación del resultado. Estados mentales que constituyen las condiciones necesarias para la atribución del hecho típico y antijurídico por el que se responde penalmente.

III.2. Decisión contra el bien jurídico y merecimiento de pena de la conducta dolosa

Concebida así, la decisión contraria al bien jurídico pone en conexión el fundamento de la mayor sanción del delito doloso con el criterio de la mayor participación subjetiva del agente en el acontecer, o, dicho de otro modo, con las mayores posibilidades de evitar el delito del autor doloso frente al impru-

dente³². El dolo y la imprudencia constituyen los referentes del principio de responsabilidad subjetiva y a ellos se anudan diferentes grados de merecimiento individual de pena, precisamente debido a que el dolo refleja una situación de mayor dominabilidad subjetiva del hecho típico por parte del agente o de mayores posibilidades de evitación del mismo frente a la imprudencia³³. Ello hace que el desvalor subjetivo del hecho sea menor si es cometido por imprudencia, porque en el momento del hecho el autor imprudente tiene menor capacidad de evitación del hecho típico: en primer lugar, porque al no representarse la conducta que está emprendiendo como aquella que genera el peligro concreto de lesión del bien jurídico –imprudencia inconsciente-, la norma penal no puede desplegar su eficacia motivadora; en segundo lugar, también tendrá menor capacidad subjetiva de evitación si, aunque se represente que su conducta puede conducir al resultado –imprudencia consciente-, confía con un mínimo de racionalidad en su propia capacidad de controlar el peligro generado, pues tampoco en este caso la norma penal activará en él un proceso psíquico que no desemboque en la conducta típica, dado que su confianza bloqueará tal proceso.

Por el contrario, el desvalor subjetivo del hecho doloso es pleno y, por tanto, el merecimiento de pena también: de un lado, porque si el resultado fue abarcado por su intención o aparecía como una consecuencia segura de su actuación –dolo directo de primer o segundo grado-, la norma penal podría desplegarse como contramotivo de su actuación y evitar la decisión de poner en marcha una conducta capaz de lesionar un bien jurídico; de otro, porque al representarse la lesión del bien jurídico como probable y actuar con una confianza en evitar el resultado que no se ajustaba a la propia evaluación de las posibilidades de control del curso causal que el agente era capaz de realizar –dolo eventual-, la norma penal podía haber activado las dudas en sus posibilidades de controlar el peligro y con ello haber generado un contramotivo suficiente para omitir la conducta típica.

³² Sobre ello *Jakobs*, Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos, en *Jakobs* (n. 11), 137.

³³ En sentido similar, *Molina*, F., El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad, en *Silva* y otros, Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, 2017, 737 y ss.



El Prof. Dr. Dr. h. c. mult. **Diego-Manuel Luzón Peña** es uno de los penalistas más reconocidos, desde luego en España e Iberoamérica, pero también en otros países europeos, incluido el país en el que realizó buena parte de su formación y con el que mantiene relación y debate científico constantes, Alemania. Su carrera académica se ha desarrollado en diversas instituciones, donde ha ido realizando sus distintas etapas como profesor (Universidad Complutense de Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Salamanca, Universidad de León y Universidad de Alcalá, en la que ejerce desde hace más de tres décadas) o preparando sus importantes trabajos de investigación (Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, en Friburgo de Brisgovia, y Ludwig-Maximilians-Universität, en Múnich, ambas en Alemania).

Sus publicaciones abarcan temas de todos los sectores del Derecho penal, destacando sus obras de referencia sobre distintos aspectos de la Parte general, en especial, de teoría del delito. Ha fundado una importante y reconocida escuela científica con miembros españoles y de muchos países de Iberoamérica. Es Presidente Honorífico y alma de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP). Los reconocimientos y homenajes a su persona son innumerables, destacando cinco doctorados honoris causa. En definitiva, un académico integral y un referente en su disciplina.

En el presente Libro Homenaje se reúnen contribuciones de personas que rinden tributo al Prof. Luzón, mayoritariamente penalistas, pero también especialistas de otras disciplinas, profesores y asimismo profesionales de muy diversos países europeos e iberoamericanos. Los trabajos abarcan prácticamente todos los campos del Derecho penal y algunos van más allá de éste. Todos tienen en común la admiración y afecto por el homenajeado, además de su calidad científica.

Directores

JAVIER DE VICENTE REMESAL

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

INÉS OLAIZOLA NOGALES

MARÍA A. TRAPERO BARREALES

RAQUEL ROSO CAÑADILLAS

JAIME A. LOMBANA VILLALBA

REUS
EDITORIAL

Volumen I
ISBN 978-84-290-2318-3



9 788429 023183

Obra completa
ISBN 978-84-290-2317-6



9 788429 023176