

# Dolo sin voluntad\*

## *Wilful misconduct without will*

LUÍS GRECO\*\*

### Resumen

Se entiende que el dolo es, *ab initio*, conocimiento, porque solo el conocimiento genera dominio y solo éste proporciona razones para fundamentar el tratamiento dispensado a los casos de actuación dolosa. En consecuencia, en la ceguera ante los hechos, no hay lugar para hablar de dolo, puesto que no existe dominio. A su vez, el dolo es exclusivamente conocimiento y no voluntad, ya que ésta en nada altera el dominio. Además no se vislumbra hasta la presente fecha ningún fundamento convincente para exigir voluntad en el concepto de dolo.

### Abstract

It is understood that willful misconduct is, *ab initio*, knowledge, because only knowledge generates control and only this provides reasons to justify base the treatment of cases of willful behavior. Consequently, in blind situations, there is no place to speak of willful misconduct, since there is no control. At the same time, willful misconduct is exclusively knowledge and not will, since will does not alter control. Additionally there is no credible basis for demanding will in the concept of willful misconduct.

### Palabras clave

Responsabilidad penal. Dolo. Dolo eventual. Voluntad.

\* Título original: "Dolo sem vontade". Traducción del portugués de Elisa Alemán, miembro del Semillero en Derecho penal, Universidad Eafit. Estudiante Universidad Eafit. Medellín, Colombia.

\*\* Doctor en Derecho de la Universidad Ludwig Maximilian, Múnich; LL. M. de la misma institución; *wissenschaftlicher Assistent* junto a la cátedra del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann; graduado en Derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro. Contacto: [luis.greco@jura.uni-augsburg.de](mailto:luis.greco@jura.uni-augsburg.de)

## Key words

Criminal liability. Wilful misconduct. *Dolus eventualis*. Will.

## Sumario

1. Consideraciones introductorias. 1.1 Concepto cognitivo de dolo y el artículo 14º del Código Penal de Portugal. 1.2. Voluntad en sentido psicológico-descriptivo, voluntad en sentido atributivo-normativo. 1.3. Teorías cognitivas y teorías volitivas del dolo 2. El contenido psicológico del dolo (I): conocimiento 3. El contenido psicológico de dolo (II): ¿voluntad? 3.1. ¿Voluntad y dolo directo de primer grado? 3.2. ¿Voluntad y dolo eventual? 4. ¿Desvalor de la voluntad? 5. Dolo sin voluntad 6. Síntesis

## 1. Consideraciones introductorias

### 1.1. Concepto cognitivo de dolo y el artículo 14º del Código Penal de Portugal

El Código Penal Portugués, a diferencia del de otros países, como Alemania, España y Argentina, y similar al de Brasil, define de modo expreso el concepto de dolo. La ley portuguesa llega al punto de distinguir el contenido de sus tres formas reconocidas: hay dolo directo de primer grado si el agente, “representándose un hecho que se adecua a un tipo penal, actúa con la intención de realizarlo”. (Art. 14º I); dolo directo de segundo grado, si el agente “se representa la realización de un hecho que se adecua a un tipo penal como consecuencia necesaria de su conducta” (Art. 14º II); y finalmente, dolo eventual, si “la realización de un hecho que se adecua a un tipo penal fuera representada como consecuencia posible de la conducta, [...] el agente actúa conformándose con aquella realización”. (Art. 14º III).

En otras circunstancias, la existencia de semejante dispositivo legal haría de un artículo titulado “dolo sin voluntad” una cuestión dudosa. Si fuese verdad que “donde el legislador habla, la filosofía calla”<sup>1</sup>, no pareciera quedar lugar para reflexionar sobre el concepto de dolo. Dichosamente, el presente estudio va dedicado al Prof. José de Sousa e Brito, un teórico cuya curiosidad nunca se dejó inhibir por las últimas tres

1 FEUERBACH, “Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft”, en: Lüderssen (coord.), *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., 1968, (orig. 1804), p. 61 y ss. (p. 93).

palabras del legislador.<sup>2</sup> Eso nos permite suponer su adherencia a la premisa de la cual partiremos, a saber, de que la dogmática del derecho penal es ciencia jurídica, y no mero saber legal – *Rechtswissenschaft* y no apenas *Gesetzeskunde*. Desde esta perspectiva, la decisión del legislador no significa el fin, sino el inicio de la filosofía, cuya tarea será la de descubrir si tal decisión está sustentada meramente en las autoridades del poder de quien decide, o también en las *veritas* de las razones que la justifican. Es decir, aun cuando el legislador portugués haya decidido cual es el contenido atribuible al dolo, a los ojos de la ciencia jurídica permanece abierto el debate sobre si esa decisión es o no correcta, si está o no justificada.

## 1.2. Voluntad en sentido psicológico-descriptivo, voluntad en sentido atributivo-normativo

El legislador portugués no es el único en suponer que el dolo entraña componentes volitivos. También la doctrina ampliamente dominante entiende el dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo.<sup>3</sup>

Como ya lo desarrollé en otra oportunidad<sup>4</sup>, tal parece una visión simplificada de las cosas. A pesar de que se reconozca en los términos “intención” o “conformándose con” (art. 14 I y III, Código Penal Portugués), “quiso” o “asumió el riesgo” (art. 18 I Código Penal Brasileño) una connotación volitiva, persiste una ambigüedad fundamental que nos permite cuestionar la certeza de la postura dominante. Esta ambigüedad se refiere a la palabra voluntad. Como demostró Puppe en la discusión sobre el dolo, a quien se

2 Véanse sus estudios dedicados a temas predominantemente filosóficos: “Praktische Vernunft und Utilitarismus”, en: *ARSP Beiheft* 51 (1993), pp. 87 y ss.; “Die gerechte Begrenzung der Gerechtigkeit im Recht”, en: Demmerling/Rentsch (coords.), *Die Gegenwart der Gerechtigkeit*, Berlin, 1995, pp. 29 y ss.; “La cuestión de los fundamentos de la ética en Bentham y en Mill”, en: Τενλος - *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas* XII (2003), pp. 1 y ss.; “Arthur Kaufmanns Gerechtigkeitslehre und die Grundlagen der Ethik”, en: *ARSP Beiheft* 100 (2005), pp. 25 y ss.; “Der praktische Syllogismus im Recht und in der Ethik”, en: Schünemann et alii (coords.), *Gerechtigkeitswissenschaft*, Berlín, 2005, pp. 77 y ss

3 En Portugal CORREIA, *Derecho Criminal*, Coimbra, 1963, pp. 367, 368, 375; FIGUEIREDO DIAS, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2007, 13º cap. § 4 (p. 349); PIZARRO BELEZA, *Derecho Penal*, 2º vol., Lisboa, 1983, p. 180; en Alemania, Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., Múnich, 2007, § 15 núm. 3 y ss.; STERNBERG-LIEBEN, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., Múnich, 2006, § 15 núm. 9 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Köln/Berlin/München, 2004, § 8 núm. 61, 66; en Brasil, BITENCOURT, *Código Penal Comentado*, São Paulo, 2002, p. 55; CIRINO DOS SANTOS, *Derecho Penal, Parte General*, Curitiba, 2006, p. 132; REALE JR., *Instituciones de Derecho Penal, Parte General*, vol. I, Río de Janeiro, 2002, p. 219, 221; en Argentina ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002, p. 519.

4 GRECO, “Algunas observaciones introductorias sobre la “Distinción entre dolo y culpa”, de I. Puppe”, en: Puppe, *La distinción entre dolo y culpa*, trad. Greco, São Paulo, 2004, pp. IX y ss. (pp. XVI y ss.).

le unió H. Souza Santos<sup>5</sup> en Brasil, el término voluntad es empleado en dos sentidos un tanto diversos, los cuales serán aquí caracterizados de forma poco refinada, es cierto<sup>6</sup>. A veces se designa por voluntad un estado mental, algo que ocurre literalmente en la cabeza del autor, una entidad empírica que pertenece al universo síquico de alguien. La proposición “la voluntad del autor estaba dirigida a X” tendría, según este primer sentido del término voluntad, un contenido empírico, sería una cuestión de hecho, referida a un estado de cosas presente en el mundo. Aquí “voluntad” es entendida como concepto *sicológico-descriptivo*.

Es también posible usar el término voluntad en un segundo sentido, ya no *sicológico-descriptivo*, sino *atributivo-normativo*. Aquí, la voluntad no es más una entidad interna de la psiquis de alguien, sino una atribución, esto es, una forma de interpretar un comportamiento con amplia independencia de la situación psíquica del autor. Decir “la voluntad del autor estaba dirigida a X” significa, con base en esta segunda acepción, no la existencia, en algún momento, de algo dentro de la cabeza del autor, susceptible de ser designado bajo el término voluntad, sino que la mejor manera de comprender su comportamiento es esta que de alguna forma lo aproxima a aquello que él consiguió realizar y lo considera en consecuencia, plenamente responsable por ello.

La diferencia queda más clara si imaginamos el caso del estudiante que no abre su libro sino hasta la víspera del examen; al hacerlo, recibe una llamada, acto seguido sale de casa, bebe, no duerme y llega directo de la discoteca a la escuela para presentar la prueba. Podría suceder que posteriormente él se lamente con sincero arrepentimiento la reprobación del examen: “esa no era mi intención”, “fue sin querer”, ante lo cual su amigo honesto tal vez le responda: “no te quejes, tú quisiste reprobarlo”. En este diálogo el estudiante usa el término voluntad en sentido *sicológico-descriptivo*; el amigo, en sentido *atributivo-normativo*.

¿En qué sentido usará entonces la doctrina el término voluntad? ¿Querer la

5 PUPPE, *La distinción...*, pp. 31 y ss.; H. SOUZA SANTOS, “Problemas estructurales del concepto volitivo de dolo”, en: Greco/Lobato (coords.), *Temas de Derecho Penal*, Río de Janeiro, 2008, pp. 263 y ss. (268 y ss.).

6 La delimitación más exacta de esos conceptos tal vez sea la mayor contribución que la dogmática del dolo puede esperar de la filosofía del lenguaje y de la mente. Véase KINDHÄUSER, “Der Vorsatz als Zurechnungskriterium”, in: *ZStW* 86 (1984), pp. 1 y ss. (5 y ss.); recientemente BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 2009, pp. 57 y ss., 133 y ss., que se apoya casi que exclusivamente en DAVIDSON; y principalmente STUCKENBERG, *Vorüberlegungen zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlín, 2007, pp. 174 y ss.; en Brasil BUSATO, “Dolo y significado”, en: *Tendencias modernas sobre el dolo en Derecho Penal*, Río de Janeiro, 2008, pp. 93 y ss. (pp. 115 y ss.), con referencias a la doctrina española. Eso no significa que de allí deba extraer más que un auxilio en la precisión de los conceptos (asimismo STUCKENBERG, *Vorüberlegungen...*, p. 168 nota 855) – cf. la crítica más abajo, ítem 4.

realización del tipo o conformase con ella deben ser entendidos como entidades psicológicas o como adscripciones normativas? Por ahora, podemos contentarnos con afirmar lo siguiente: el Código Portugués no siempre exige la presencia de una voluntad en sentido psicológico para que se configure el dolo. Eso deriva no solo de la redacción del inciso II, en el cual no aparece ningún término de connotación volitiva, sino también de consideraciones independientes, que afloran por ejemplo al pensar en el famoso caso del tirador de *Lacmann*, al que se siempre se refiere Puppe<sup>7</sup>, y que será aquí levemente modificado<sup>8</sup>. Dos granjeros que juegan tiro al blanco en una feria deciden hacer una apuesta. El desafío: ser el primero en darle al sombrero de la niña que se encuentra veinte metros adelante, sin hierirla, claro está. El premio: el patrimonio del perdedor. El primer granjero dispara y ocurre lo temido: la chica es impactada y muere. En este caso es obvio que el tirador no quiso, en sentido psicológico-descriptivo, el resultado. De hecho, le era sumamente indeseado herir a la niña, toda vez que eso implicaría la pérdida de su patrimonio. Sin embargo, parece que ninguno dudaría en afirmar el dolo, y si tal conclusión es correcta, significa entonces que tanto el Código, como la doctrina dominante, admiten casos de dolo sin voluntad en sentido psicológico.

Las próximas líneas tendrán por objeto el contenido psicológico del dolo. En principio, el término voluntad será utilizado en lo que resta del texto en sentido exclusivamente psicológico-descriptivo, como así también lo es en el título del presente trabajo.

### 1.3. Teorías cognitivas y teorías volitivas del dolo

La definición de dolo actualmente aceptada por la generalidad de los buenos manuales es la de “conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo”<sup>9</sup>. Según este entendimiento, el dolo tendría un doble contenido psicológico: un componente cognitivo y otro volitivo. El primero de ellos significa que dentro de la mente del autor se configuraría algo similar a una fotografía interna de la realidad, una especie de imagen de cómo el mundo se encuentra en el momento de la acción y de cómo se encontrará después de ella. Además de este componente cognitivo, el dolo presupondría voluntad

7 LACMANN, “Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes”, en: *GA* 58 (1911), pp. 109 y ss. (p. 119); ídem, “Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch”, *ZStW* 31 (1911), pp. 142 y ss. (p. 159); PUPPE, *La distinción...*, pp. 45 y ss.; ídem, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales”, en: *ZStW* 103 (1991), pp. 1 y ss. (4 y s.); ídem, *Begriffskonzeptionen...*, p. 73.

8 Esta variante se debe a SOUZA SANTOS, “Problemas estructurales...”, p. 285. En el caso original, el tirador es un joven, a quien se le promete la cantidad de 20 marcos si consigue acertar en la bola de vidrio que sostiene en su mano la chica que trabaja en la tienda de tiro al blanco.

9 Cf. Remitirse a la nota 3.

en sentido psicológico, una toma de posición del autor de cara a esa fotografía interna o imagen mental. Que el autor podría “serle indiferente”<sup>10</sup>, “aprobarla”<sup>11</sup>, “consentirla”<sup>12</sup>, “no confiar” en su no ocurrencia<sup>13</sup>, “llevarla a serio”<sup>14</sup>, “decidirse en contra del bien jurídico”<sup>15</sup>, “apropiarse de las condiciones constitutivas del injusto”<sup>16</sup>, ha de depender de la teoría que se defienda<sup>17</sup> y solamente cuando se compruebe la existencia empírica de esos dos componentes síquicos, estaría justificado el reproche por dolo. Este grupo de posturas dualistas, que exige conocimiento y voluntad para que se configure el dolo, es el de las llamadas *teorías volitivas*.

El objetivo del presente trabajo es, obviamente, cuestionar las posturas volitivas, defendiendo una *teoría cognitiva del dolo*. Procederemos en dos pasos: primero, indagando si la existencia de conocimiento, en sentido psicológico, está justificada,

- 
- 10 ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión, Aalen, 1964 (orig.: 1930), pp. 186 y ss.
- 11 Como defiende la jurisprudencia alemana, BGHSt 7 (1955), 363; 36 (1990), 1 (9); para una exposición más detallada con exhaustivas referencias, VOGEL, *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlín, 2007, § 15 núm. 103 y ss.
- 12 La formulación más difundida en la doctrina brasileña por lo menos desde HUNGRIA, *Comentarios al Código Penal*, vol. I, tomo II, 5ª edición, Forense, Río de Janeiro, 1978, p. 122; posteriormente BRUNO, *Derecho penal, Parte general*, tomo II, 3ª edición, Río de Janeiro, 1967, p. 75; MAGALHÃES NORONHA, *Derecho penal*, vol. I, 32ª edición, São Paulo, 1997, n.º. 79, p. 138; DELMANTO / DELMANTO / DELMANTO JR./ DELMANTO, *Código penal comentado*, 5ª edición, Río de Janeiro, 2000, p. 31; MIRABETE, *Manual de Derecho Penal*, vol. I, 16ª edición, São Paulo, 2000, p. 141; BITENCOURT, *Código...*, p. 57.
- 13 CORREIA, *Derecho criminal...*, p. 385.
- 14 La teoría aparentemente dominante fundada por STRATENWERTH, “Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit”, ZStW 71 (1959), pp. 51 y ss. (p. 55 y ss.); en Portugal FIGUEIREDO DIAS, *Derecho Penal...*, 13º cap. § 45 (p. 372).
- 15 ROXIN, “Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit”, JuS 1964, pp. 53 y ss. (p. 58); ídem, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª. ed., vol. I, München, 2006, § 12 núm. 21 y ss.; de acuerdo con RUDOLPHI, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7a ed., 2002, § 15 núm. 1 y., 43.
- 16 SCHROTH, “Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit”, en: JuS 1992, pp. 1 y ss. (p. 6); ídem, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt a. M., 1994, pp. 118 y ss.
- 17 Eso es cierto, en la mayoría de los casos, para las cada vez más difundidas teorías indiciarias, que en general parten de una concepción volitiva y defienden la voluntad con base en una serie de criterios o indicadores: PRITTWITZ, “Die Ansteckungsgefahr bei Aids”, en: JA 1988, pp. 486 y ss. (pp. 497 y ss.); HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 289 y ss. (pp. 304 y ss.); DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pp. 311 y ss.; CANESTRARI, “Die Struktur des dolus eventualis”, en: GA 2004, pp. 210 y ss. (p. 219 y ss.); PHILIPPS, “An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, en: *Festschrift für Roxin*, Berlín/Nueva York, 2001, pp. 365 y ss., que propone no menos que 26 parámetros. También ROXIN, “Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr”, en: *Festschrift für Rudolphi*, Neuwied, 2004, pp. 243 y ss. (pp. 246 y ss.). Para una crítica convincente, que demuestra como esa perspectiva se aproxima a un derecho penal de autor, PUPPE, “Begriffskonzeptionen des dolus eventuales”, en: GA 2006, pp. 65 y ss. (p. 78).

y tras ofrecer al respecto una respuesta afirmativa, si la exigencia de voluntad (en sentido psicológico) también lo está. Como se verá más adelante, a esta segunda pregunta se le atribuirá una respuesta negativa.

## 2. El contenido psicológico del dolo (1): conocimiento

Que el dolo presuponga conocimiento también parece a primera vista, claro. Mas ocurre que el término “conocimiento” padece la misma ambigüedad anteriormente aludida en relación con la voluntad, pues puede tanto designar un estado mental, en la medida en que se entiende en sentido psicológico-descriptivo, como una interpretación, lo cual está dotado de un sentido atributivo-normativo. Para usar otro ejemplo de la vida cotidiana consideremos la siguiente situación: En lugar de someterse a la prueba y lamentar posteriormente la mala nota, nuestro estudiante podría simplemente no haberla presentado. Esta vez, él sale de la discoteca, no en dirección hacia el aula de clase, sino rumbo a la casa de una nueva amiga, donde se entretiene con cuestiones más urgentes, sin siquiera pensar en la prueba a la cual debía comparecer. Él podría después sinceramente decir: “Olvidé la prueba” o en terminología jurídica: “en el momento de la no realización de la acción demandada, yo no tenía conocimiento de la prueba, no sabía de ella”. Ya el amigo podrá nuevamente responder: “Tú sí sabías”. Los participantes de este diálogo pueden usar las mismas palabras, sin embargo aquí también estarían hablando en una lengua diversa: el estudiante utiliza el término “saber” en sentido psicológico, mientras que el amigo, en sentido normativo. Así pues, el primer problema al que debemos enfrentarnos se refiere a cuál de las dos acepciones referidas sería la apropiada cuando sostenemos que el dolo es conocimiento. ¿Será necesario un conocimiento o saber en sentido psicológico-descriptivo, o bastará uno en sentido normativo-atributivo?

Este interrogante nos lleva al problema de la llamada ceguera ante los hechos. Jakobs, partiendo de un funcionalismo que se declara radicalmente normativista, considera metodológicamente sospechoso derivar consecuencias jurídicas de meros hechos naturalísticos, en especial de datos psicológicos<sup>18</sup>. El propone una revisión

18 Cf. principalmente las consideraciones metodológicas en JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlín/Nueva York, 1993, pp. VII y s.; para los fundamentos iusfilosóficos JAKOBS, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäisches’ Prinzipiendenken”, en: *ZStW* 107 (1995), pp. 843 y ss. (trad. al español de CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ titulada *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Bogotá 1996); ídem, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., Berlín, 2008; sobre el funcionalismo de Jakobs véase, entre muchos otros, brevemente GRECO, “Introducción a la dogmática funcionalista del delito”, en: *RBCC* 32 (2000), pp. 120 y ss. (138 y ss.); más extensamente PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Jakobs”, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997, pp. 17 y ss.; MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Jakobs*, Bogotá, 2006.

normativista del concepto de dolo, de manera que su elemento decisivo pasa a ser, no lo que ocurre en la cabeza de quien practica cierto comportamiento, sino el sentido social que ese comportamiento expresa. El dolo es expresión de desafío, o por lo menos, de indiferencia frente a la vigencia de la norma; es expresión de que el autor no la reconoce como un patrón de comportamiento al que está vinculado. Un sentido tal puede ser expresado, no únicamente por comportamientos practicados con conocimiento en clave psicológica, sino también por comportamientos en los que faltare ese conocimiento, si esa ausencia proviene de la indiferencia del autor. Estos casos de desconocimiento por indiferencia, donde el comportamiento del autor tiene la misma carga expresiva y por tanto merece el mismo reproche que el comportamiento de alguien que sabe lo que sabe, son bautizados por Jakobs como “ceguera ante a los hechos” (*Tatsachenblindheit*).<sup>19</sup>

Jakobs ilustra su idea con un ejemplo un tanto intuitivo<sup>20</sup>. Dos terroristas que en un carro huyen de la policía, se encuentran súbitamente delante de un bloqueo vial ocasionado por patrullas policiales, frente a lo cual de común acuerdo deciden arremeter contra ellas. El primer terrorista piensa que dicha decisión podría costarle la vida a algún policía que se encontrare detrás de las patrullas: “librar mi actuación al azar”; mientras que el segundo no llega siquiera a considerar que algún policía pudiere sufrir lesión alguna, porque la vida de uno de estos no es algo que merezca ni en lo más mínimo un pensamiento suyo. En efecto, había un policía escondido detrás de las patrullas, quien apenas se salva de milagro. Jakobs plantea la pregunta de si resulta correcto castigar al primer terrorista por tentativa de homicidio, ya que hubo puesta en marcha de la acción, así como dolo eventual, y por el contrario, eximir al segundo terrorista de responsabilidad por la tentativa, en cuanto faltó

19 JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín/Nueva York, 1972, p. 105 y s.; ídem, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, en: *ZStW-Beiheft* 1974, pp. 6 y ss. (p. 8); ídem, “Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern”, en: *ZStW* 101 (1989), pp. 516 y ss. (528 y ss.) (trad. al español de SUÁREZ GONZÁLEZ EN JAKOBS, ESTUDIOS..., p. 127 y ss.); ídem, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus...*, p. 861 y ss.; ídem, “Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung”, en: *ARSP-Beiheft* 74 (2000), p. 57 y ss. (62 nota 7) (trad. al español de SÁNCHEZ-VERA EN GÓMEZ-JARA [coord.], *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Granada, 2005, pp. 177 y ss.); ídem, “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, en: *ZStW* 114 (2002), pp. 584 y ss. (trad. al español de PÉREZ DEL VALLE en *Libro Homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004, p. 345 y ss.); ídem, “Handlungssteuerung und Antriebssteuerung”, en: *Festschrift für Schreiber*, Heidelberg, 2003, pp. 949 y ss. (956); ídem, “Dolus Malus”, en: *Festschrift für Rudolphi*, Neuwied, 2004, pp. 107 y ss.; de acuerdo con LESCH, “Dolus directus, indirectus und eventuales”, *JA* 1997, pp. 802 y ss.

La crítica de VOGEL, “Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?”, en: *GA* 2006, pp. 386 y ss. (388 y ss.; = *Leipziger Kommentar...*, Vor § 15 núm. 70), según la cual la teoría de Jakobs lleva a castigar hechos no dolosos como si lo fuesen, es una clara *petitio principii*.

20 JAKOBS, *Über die Behandlung...*, p. 529.



conocimiento, y por ende, el dolo, según el concepto psicológico dominante; y sería además imposible castigarlo por homicidio culposo, puesto que el resultado no se produjo. Jakobs cree que esa disparidad de tratamiento es injustificable y con ello lanza un interesante desafío a quien se proponga defender un concepto de dolo como conocimiento en sentido psicológico.

La pregunta, por consiguiente, es si el dolo debe siquiera presentar un componente psicológico; en otras palabras, si este presupone por lo menos conocimiento en sentido psicológico<sup>21</sup>. El defensor de la posición dominante, que responde a esta pregunta de modo afirmativo, tiene que ser capaz de aducir una razón que fundamente por qué la conducta de quien actúa con conocimiento entraña mayor desvalor, que la conducta de quien actúa sin éste. Y esta razón debe tener el peso suficiente para explicar el tratamiento doblemente más severo que el dolo recibe en comparación con la culpa: más severo, primordialmente, en cuanto a su extensión, toda vez que en la mayoría de delitos solo se castiga la realización dolosa, no la culposa, y adicionalmente porque la sanción de la tentativa exclusivamente opera en los casos de dolo<sup>22</sup>; así como más severo en relación a la intensidad, en la medida en que en los delitos que admiten forma culposa, el dolo recibe una pena mucho más fuerte.

Me parece que la existencia de conocimiento en aquel que actúa, hace surgir una razón que atiende a las exigencias que se acaban de mencionar. Esta razón deriva del hecho de que el conocimiento es el factor subjetivo fundamental para que se considere que el autor actuó con *dominio o control* sobre aquello que estaba en función de

---

21 En el sentido en que se usa el término “querer” en el derecho penal, solo se puede querer algo si se sabe lo que es ese algo. Por eso, la pregunta sobre si el dolo posee un componente psicológico es idéntica a la pregunta sobre si tiene un componente cognitivo.

22 No tanto por ser impensable la tentativa en la culpa, pues podría ser una cuestión simplemente terminológica hablar de “tentativa culposa” o de “mero desvalor de la acción culposa, sin desvalor del resultado”, habiendo quien se valga de esa primera terminología sin mayor preocupación (por ejemplo JAKOBS, *Strafrecht...*, § 9 núm. 27, § 25 núm. 29, con más referencias). Obsérvese que plantear el problema en estos términos, suponiendo que el concepto de dolo dependerá de las razones que fundamenten la pena más severa del mismo (así también FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, KÖLN ETC., 1983, pp. 31 y ss., 34: “¿por qué punimos el actuar doloso más frecuente y más severamente que el culposo?”; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 402; FIGUEIREDO DIAS, *El Problema de la Consciencia de la Ilícitud en Derecho Penal*, 4ª ed., Coimbra, 1995, p. 374; RAGUÉS I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 2002, p. 33; y ya anteriormente ENGISCH, *Untersuchungen...*, 1930, pp. 30, 52), implica la adopción de una postura funcional, defendida también por el homenajeadado (SOUSA E BRITO, “Etablierung eines Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung”, en: SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS [coords.], *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln etc., 1995, p. 71 y ss.; trad. al español de CASTINEIRA PALAU, en: SILVA SÁNCHEZ [coord.], *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 99 y ss.).

realizar<sup>23</sup>. Conocimiento significa dominio. Aquel que sabe lo que hace y lo que puede derivarse de su obrar, controla, en cierto sentido, aquello que ejecuta y lo que de esto puede generarse. El conocimiento es necesario para la existencia de dominio sobre la realización del hecho, el cual da origen a dos razones de peso para que el individuo que lo posea reciba el tratamiento más severo.

La primera de esas razones es de orden consecuencialista, esto es, tiene que ver con la conveniencia, con las buenas consecuencias que podemos esperar si castigamos más gravemente a quien actúa con conocimiento<sup>24</sup>. Si queremos prevenir delitos, lo cual ciertamente requiere ingentes recursos, es racional destinarlos principalmente en la prevención de conductas, que por ser dominadas, son *-ceteris paribus* (es decir, manteniéndose el resto constante) – tanto más peligrosas para bienes jurídicos penalmente protegidos, como también más propensas a ser reconsideradas y abandonadas por los agentes que están a punto de practicarlas. La existencia de un dominio sobre la realización del hecho genera, por tanto, mayor necesidad de prevención, y es este el primer fundamento, de naturaleza consecuencialista, para la exigencia de conocimiento en el concepto de dolo<sup>25</sup>.

Pero no todo lo que es conveniente es correcto; los fines no justifican los medios, de forma tal que es menester averiguar si el tratamiento que nos conviene dispensar al autor acaba por instrumentalizarlo e irrespetarlo como persona. Dicho de otra manera, es prioritario encontrar todavía una razón de orden deontológica para la punición más

---

23 Así también SCHÜNEMANN, "Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff", en: *Festschrift für Hirsch*, BERLÍN/NUEVA YORK, 1999, pp. 363 y ss. (p. 371); sobre el concepto de dominio en su relevancia para la teoría del injusto fundamental SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, pp. 229 y ss., 236.; más recientemente ídem, "Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI", en: HIRSCH/CEREZO/DONNA (coords.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Buenos Aires, 2005, pp. 251 y ss. (262 y ss.); ídem, "El dominio sobre el fundamento del resultado", en: *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005, pp. 981 y ss. (987 y ss.); versión más actual en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12ª. ed., vol. I, § 25 núm. 16, 39 y ss., con referencias. Próximos OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 7ª. Ed., Berlín, 2004, § 7 núm. 26 ("dirigibilidad", Steuerbarkeit); FRISCH, *Vorsatz.*, pp. 103 y ss., que habla de un "poder superior de evitación" (*erhöhte Vermeidemacht*) y también separa con cuidado el aspecto deontológico del consecuencialista.

24 Para el concepto de consecuencialismo cf. SHAW, "The Consequentialist Perspective", en: J. DREIER (coord.), *Contemporary Debates in Moral Theory*, Malden, 2006, pp. 5 y ss. (p. 5); BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, Berlín/Nueva York, 2003, p. 173; FREY, "ACT-UTILITARIANISM", en: LAFOLLETTE (coord.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Malden, 2000, pp. 165 y ss. (165); KAMM, "Nonconsequentialism", en el mismo volumen, pp. 205 y ss. (p. 205).

25 Este argumento aparece en SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar...*, § 25 núm. 41; ídem, "Lo permanente...", p. 266; ídem, "El dominio...", p. 990; y también en SCHÜNEMANN/GRECO, "Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem", en: *GA* 2006, pp. 777 y ss., p. 784, aunque en este caso no tan claramente diferenciado de la próxima razón.

severa de aquel que actúa con conocimiento, y por ende, con dominio sobre el hecho. Ella reside en la idea de que quien actúa de tal manera, por detentar en sus manos el poder de decidir qué curso de acción tomar, y en cierta medida, que consecuencias se desprenderán, posee *ceteris paribus* una mucho mayor responsabilidad por la práctica de esa decisión y por las consecuencias que de allí se produzcan, que el individuo que obra sin dicho dominio. Acciones practicadas con conocimiento, y por ende, con dominio, son acciones que pertenecen a aquel que las practica de un modo significativamente más íntimo que las acciones practicadas sin ese conocimiento<sup>26</sup>.

El conocimiento en sentido psicológico es, por tanto, necesario para el dolo, porque solo este genera dominio sobre la realización del hecho, el cual justifica una punición más severa por aumentar tanto la necesidad de prevención como la responsabilidad de quien actúa. Estas consideraciones ofrecen la llave para explicar el porqué de la improcedencia de sancionar por dolo a quien actúa en una situación de ceguera ante los hechos: el segundo terrorista de Jakobs, quien ni siquiera reparó en la vida del policía, no controla la acción de homicidio de la misma manera que el primero que conoce los peligros que crea.<sup>27</sup> La conclusión de Jakobs únicamente sería adecuada si ofreciera un argumento capaz de sustentar que la expresión de indiferencia posee la misma gravedad que el dominio. Determinar si un argumento de esa naturaleza es o no posible rebasa los límites del presente trabajo. El hecho es que hasta ahora ese argumento no ha sido expuesto, de modo que no tenemos una razón para suponer que deba ser abandonada la tesis mayoritariamente aceptada de que el dolo presupone por lo menos conocimiento- y conocimiento en sentido psicológico.

### 3. El contenido psicológico de dolo (II): ¿voluntad?

La pregunta que ahora debemos abordar es si el dolo, además de conocimiento, posee un segundo componente psicológico, de contenido volitivo. Si pensamos en la mencionada variante del *caso del tirador de Lacmann*, concluiremos que al menos parte de la respuesta ya nos es conocida. El granjero que dispara en dirección a la niña, con la intención de acertar en el sombrero y no en la cabeza, so pena de perder todo su patrimonio, no quiere, en sentido psicológico, herir a la niña ni tampoco despedirse de su patrimonio. Si aun así afirmamos que este sujeto actúa dolosamente, tal vez se deba a que consideramos posible la existencia de un dolo sin voluntad en sentido psicológico.

26 SCHÜNEMANN/GRECO, "Der Erlaubnistatbestandsirrtum...", p. 784 (con la reserva hecha en la nota anterior).

27 Véase SCHÜNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en: *Festschrift für Roxin*, Berlín/Nueva York, 2001, pp. 1 y ss. (20); SCHÜNEMANN/GRECO, "Der Erlaubnistatbestandsirrtum...", p. 784.

### 3.1. ¿Voluntad y dolo directo de primer grado?

Se plantea así un nuevo interrogante: aunque se admita que la voluntad es innecesaria para afirmar el dolo, ¿tendrá ella alguna relevancia para fundamentarlo? Pensemos en el caso estructuralmente inverso al de la variante del *tirador de Lacmann*: aquí no había voluntad en sentido psicológico, sino solo conocimiento de la propia acción de efectuar un disparo en dirección al sombrero que se hallaba sobre la cabeza de una niña y, por consiguiente, de la creación de un riesgo relativamente intenso de que se produjera un resultado letal. La situación inversa, en la que hay voluntad mas no conocimiento de crear un riesgo relativamente intenso, es ejemplificada por el a veces denominado caso *Thyren*, en el cual un lego efectúa con una pistola normal un disparo a una enorme distancia en dirección a la persona que él desea matar<sup>28</sup>. ¿Podemos admitir en este caso el dolo?

La doctrina dominante, cuando se manifiesta sobre el tema, no vacila en responder afirmativamente a esta pregunta<sup>29</sup>, sin embargo ocurre que casi nunca se ofrece una fundamentación para dicha respuesta. La doctrina dominante parece confiar en el acierto de su intuición- si alguien quiere matar y dispara en dirección a la víctima por él escogida, no se puede sostener que no hay dolo, parece gritar una voz dentro de nosotros. Aun cuando las intuiciones no merecen ser del todo ignoradas, es exagerado conferirles la última palabra. Ellas son, como máximo, simples puntos de partida, que lejos de sustituir buenas fundamentaciones, nos orientan cuando salimos en la búsqueda de éstas. Si el fundamento de aquella intuición fuera que hay dolo porque hay voluntad de realizar el tipo objetivo, sencillamente se tiene una mero *petito principii*, una repetición de la intuición, que obviamente no puede pretender fundamentarla.

Más relevante que la dificultad de encontrar un fundamento jurídico para esa intuición, probablemente moral, de que la mala voluntad pesa en contra del agente, es un segundo problema, cual es el de que en un caso como el presente no hay dominio, faltando así las dos razones que líneas arriba hicieron indicada la punición más severa

28 Véase la discusión en PUPPE, *La distinción...*, pp. 66 y ss.; además ídem, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 63 y ss., que llega a una conclusión idéntica a la que abajo defenderé. La denominación "caso Thyren", no tan común en Alemania, aparece, por ejemplo en RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, pp. 130 y ss.

29 Por ejemplo. ROXIN, "Zur Normativierung...", pp. 250 y ss.; ídem, *Strafrecht...*, § 12 núm. 51; SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung", en: *GA* 1999, pp. 207 y ss. (p. 220); FIGUEIREDO DIAS, *Derecho penal...*, 13 cap. § 40 (p. 369); HERZBERG, "Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefährmerkmal des Vorsatzdelikts", en: *Festschrift für Schwind*, HEIDELBERG, 2006, pp. 317 y ss. (p. 330); LAURENZO COPELLO, "Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo", en: *Libro homenaje a Torío López*, Granada, 1999, pp. 423 y ss. (p. 431 y s.); VOGEL, *Leipziger Kommentar...*, § 15 núm. 85; más referencias en RUEDA MARTÍN, "La teoría...", pp. 132 y ss. Ya anteriormente ENGISCH, *Untersuchungen...*, pp. 152 y ss.

de quien actúa con conocimiento. El granjero de la variante del ejemplo de *Lacmann* sabía lo que hacía, conocía que de su actuar podía derivarse con gran probabilidad un resultado típico, y en este sentido, dominaba la realización del tipo. Por su lado, el sujeto del caso de *Thyren* ciertamente sabe lo que hace, pero no que un resultado típico tiene gran probabilidad de ocurrir; en consecuencia, él no domina la realización del tipo. Si lo castigamos por la realización de algo que no controla con la misma severidad con la que sancionamos a aquel que controla lo que realiza, estamos reconociendo que la voluntad contraria a derecho es suficiente para fundamentar una punición a título de dolo. No se avizora cómo la conclusión de que en el caso de Thyren se castigue la mera voluntad contraria a derecho como equivalente al control, pueda ser armonizada con los principios del derecho penal de un Estado de Derecho, en virtud de los cuales el derecho penal sanciona hechos, no actitudes internas. A primera vista— volveremos después sobre esta cuestión<sup>30</sup>— no parece posible que en un derecho penal de los hechos, una mera voluntad sin dominio pueda equivaler al dominio. Que el autor pretenda realizar lo que no controla, ni genera una mayor necesidad de prevención, toda vez que el hecho no es tan peligroso, ni una mayor responsabilidad del autor, en la medida en que la eventual ocurrencia del resultado se da en parte por casualidad.

Con esto, llegamos a una conclusión más intermediaria: la de que en los llamados casos de dolo directo de primer grado debe existir un conocimiento tal que confiera al autor el dominio sobre aquello que él está por realizar. La mera voluntad no puede transformar en dolosa una realización de tipo objetivo que el autor no domina.

### 3.2. ¿Voluntad y dolo eventual?

Resta así, una última indagación. Si la voluntad no sustituye al dominio, ¿podrá ella al menos alterar algo en su relevancia jurídica? Dicho más concretamente: si el autor que actúa con conocimiento y, por tanto, con dominio, no quiere el hecho, ¿podrá ese “no querer” excluir el dolo?

Imagínese la siguiente situación. La víctima, quien hasta hace poco era la novia del autor, un día sin más, lo abandona, lo que a los ojos de él resulta completamente inadmisibles, concluyendo que ella merece por lo menos llevarse un buen susto. En consecuencia, el hombre se decide por estrangularla hasta que pierda la consciencia. Ya en plena ejecución, él considera soltarla, pero como no está seguro de que ella no despertará de inmediato, prefiere aguardar unos minutos más. Si ella nunca llegara a despertar “nada que hacer, debió haberlo pensado dos veces antes de dejarme”,

---

30 Cf. infra 4.

medita el autor para sí. La víctima efectivamente fallece. En este primer caso, no hay duda frente a la existencia de dolo, donde la doctrina dominante hablaría de uno eventual, debido a que el autor asumió el riesgo de la producción del resultado, lo aceptó, lo consintió, etc.

Supongamos que el autor tuviese otro plan. A su forma de verlo, dejar a la chica inconsciente en realidad no llega a asustar a nadie, por lo que resuelve que una violación es exactamente lo que ella merece, pero para conseguirlo, él tiene que transportarla en carro a un lugar desolado, y la mejor manera de hacerlo es precisamente dejándola inconsciente. Él procede entonces de manera idéntica al caso anterior: estrangularla hasta que pierda la consciencia y sostener por unos cuantos minutos más para asegurar que su víctima no despierte de inmediato, ya que debe ser transportada; no obstante, la chica fallece. El autor está frustrado, porque ahora no podrá violarla como planeaba. Alguien incluso podría sugerir que el autor actúa sin dolo, ¿qué habría mera culpa consciente?

En este segundo caso, el autor no quiere en sentido psicológico, la muerte de la víctima, pues la íntegra realización de su plan depende de que ella permanezca viva para que pueda haber lugar a la violación. Intuitivamente, parece inadecuado beneficiarlo, negándole el dolo en razón a su plan, o perjudicarlo, porque en el primer caso, el autor no quería violar a la víctima, sino propinarle un buen susto, con independencia de las consecuencias que se produjeran. Como ya se indicó, las intuiciones no deben constituir la última palabra, por lo que es imprescindible inquirir si están bien fundamentadas, y en la presente situación, me parece que lo están.

Lo que incomoda en la disparidad de tratamiento dispensado a estas dos situaciones es que ellas son idénticas en lo que al dominio respecta<sup>31</sup>. Si este elemento es ya suficiente para fundamentar el tratamiento más severo que se reserva a los casos de dolo, en cuanto estos plantean una mayor necesidad de prevención, así como una mayor responsabilidad, no se ve qué papel la voluntad pueda aun desempeñar, independientemente de su sentido, ya sea coincidente o contrario a aquello que el autor conoce y, por tanto, domina. O el agente quiere lo que domina, y en este caso la voluntad parece redundante; o él no lo quiere, caso en que no se encuentra por qué lo que él no quiere debería tener más importancia que aquello que él conscientemente domina. La voluntad no aumenta ni disminuye las necesidades de prevención y

---

31 Otro buen ejemplo en el mismo sentido es formulado por FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual...*, p. 35: “un empresario daña los frenos de un camión en el que viajan dos de sus empleados, ya que es amante de la esposa de uno de ellos y quiere deshacerse del marido de una vez por todas ¿habrá un homicidio doloso y otro culposo porque el autor quiere que muera únicamente el esposo de su amante y “desea” fervientemente que al otro le ocurra lo mínimo posible? Véase también JAKOBS, *Strafrecht...*, § 8 núm. 26.

posibilidades de atribución de responsabilidad generadas por la existencia de dominio.

Como argumento adicional puede traerse a colación la crítica hecha por Herzberg y acogida por Puppe contra la doctrina dominante. Considerar decisiva para el dolo la voluntad de quien actúa significa, en últimas, atribuir a quien realiza esa acción la competencia para decidir si hay o no dolo. Ocurre que no es el agente, sino el derecho el que ejerce esa competencia<sup>32</sup>. No se puede delegar al arbitrio del autor tal decisión, pues de otro modo - dicho ahora con base en nuestros ejemplos- todo aquel que realiza una acción peligrosa para la vida de la víctima puede eximirse de responsabilidad por dolo, si tuviera una segunda intención incompatible con la muerte de la misma, como por ejemplo la intención de cometer una violación.

Obsérvese que la objeción aquí formulada contra el concepto volitivo de dolo no se refiere ni al *problema de definición*, ni al de prueba. Estos problemas, claro está, existen. El primero, es decir, el problema de la definición, hace referencia a la existencia de una serie de teorías volitivas en el mercado, cada una aludiendo a un estado síquico diverso – consentimiento, asunción del riesgo, asunción aprobadora del mismo, decisión contra un bien jurídico, etc.<sup>33</sup>, sin embargo nunca se esclarece satisfactoriamente en que difieren entre sí.

El segundo de ellos, el *problema de la prueba*, hace alusión al hecho de que cualquiera que sea el elemento volitivo que se considere correcto, nunca es realmente posible probar su existencia de manera compatible con las exigencias de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*. A causa del llamado acceso privilegiado que tiene el autor en relación con sus propios estados mentales<sup>34</sup>, siempre le será posible negar haber actuado en el estado mental al que la teoría volitiva del momento se refiera, sin que el juez tenga cómo demostrar que el autor miente. El hecho de que todavía existan condenas por dolo incluso en los casos donde no hay confesión, revela que, en el fondo, la voluntad en sentido psicológico nunca fue tomada muy en serio.

---

32 PUPPE, *La distinción...*, pp. 61 y ss. El pasaje de Herzberg se encuentra en "Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes", en: *JuS* 1986, pp. 249 y ss. (262): "para el dolo no importa si el autor llevó a serio el peligro que conocía, sino si él conocía un peligro que debía ser llevado a serio"; de acuerdo con SOUZA SANTOS, *Problemas estructurales...*, p. 288; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual...*, p. 33; en el mismo sentido SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2ª. reimpresión, Buenos Aires, 2005, p. 201. La crítica de VOGEL, "Normativierung...", p. 387 (= *Leipziger Kommentar...*, § 15 n. 67), de que con eso la voluntad del autor sería declarada irrelevante, es en la mejor de las hipótesis una descripción pero más probablemente otra *petitio principii*.

33 Cf. Las referencias en las notas 10-17.

34 Con respecto a ese término común en la filosofía de la mente y en la epistemología, véanse los estudios compilados en PESSIN/GOLDBERG (COORDS.), *The Twin Earth Chronicles*, Nueva York/London, 1996, pp. 319 y ss., con la introducción de los coordinadores.

La objeción que compone la espina dorsal del presente trabajo – de que la voluntad es irrelevante para el dominio, y en consecuencia, para justificar el tratamiento más severo que debe recibir aquel que obra dolosamente– es, sin embargo, independiente de los dos problemas recién expuestos. El elemento volitivo, aunque llegase a ser definido con claridad y probado con precisión, no debe hacer parte del concepto de dolo, por el simple hecho de que no se reconoce un fundamento para ello. El problema al que se refiere el presente artículo es, por lo tanto, de fundamentación

#### 4. ¿Desvalor de la voluntad?

De esta manera, resta una única salida para el defensor de la doctrina dominante: proporcionar un fundamento para la relevancia de la voluntad. Este fundamento, como lo expresé líneas arriba, tiene que conseguir justificar el tratamiento doblemente más severo dispensado por el derecho positivo al dolo en comparación con la culpa. A partir de este planteamiento del problema se despliega una serie de importantes consideraciones. La primera de ellas es que el difundido recurso al lenguaje cotidiano para analizar el sentido de la palabra dolo o intención<sup>35</sup>, es insuficiente, toda vez que lo que está en juego no es la descripción del significado de una palabra a manera de diccionario, sino la justificación de una punición doblemente más severa<sup>36</sup>.

Tampoco apelar a un concepto pre-jurídico de acción, ya sea en los moldes del finalismo<sup>37</sup> o en los de la filosofía analítica<sup>38</sup>, puede resolver el problema de la justificación. Lo mismo se dice sobre invocar cualquier enfoque sociológico, como la

---

35 SPENDEL, “Zum Begriff des Vorsatzes”, en: *Festschrift für Lackner*, Berlín/Nueva York, 1987, pp. 167 y ss. (pp. 169 y ss.).

36 En el mismo sentido, por ejemplo SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968, pp. 12 y ss.; ídem, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984, § 7 núm. 40; HERZBERG, “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten”, En: *JZ* 1988, pp. 573 y ss., 635 y ss. (p. 573); críticas generales al método de recorrer el lenguaje cotidiano en el trabajo de conceptualización jurídica GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Berlín, 2009, pp. 278 y ss.

37 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlín, 1969, p. 65 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln etc., 1982 (orig. 1959), pp. 59 y ss.; y recientemente BUNG, *Wissen und Wollen...*, p. 74, para el cual “el concepto de dolo depende por completo del concepto de acción”. Escéptico sobre la utilidad general del concepto de acción en el derecho penal GRECO, “¿Tiene futuro el concepto de acción?”, En: GRECO/LOBATO (coords.), *Temas de Derecho Penal, Parte General*, Río de Janeiro, 2008, pp. 147 y ss.

38 BUNG, *Wissen und Wollen...*, pp. 70 y ss., 133 y ss.



teoría sistémica<sup>39</sup>, la psicológica, la llamada lógica de las emociones (Affektlogik)<sup>40</sup>, o un enfoque moral, ya sea en los moldes, como es defendido en Portugal por Figueiredo Dias, que reconducen el componente volitivo del dolo a la teoría de la culpabilidad por el carácter<sup>41</sup>, o en los de la tradicional teoría del denominado doble efecto<sup>42</sup>.

Una primera posibilidad sería alegar que la acción practicada con voluntad de producir el resultado es ya objetivamente más peligrosa<sup>43</sup>, pero lo que en verdad ocurre es que aquí hay una ligera confusión. Lo que torna a la acción objetivamente más peligrosa, no es, en rigor, la voluntad, sino la manera como la acción es externamente ejecutada. Los dos ejemplos que venimos de discutir, el del tiro a distancia y el del estrangulamiento, demuestran que la voluntad en cuanto a elemento interno, no aumenta ni disminuye el grado de peligro creado por la acción del autor. Lo que puede pasar es que la voluntad de matar lleve al autor a efectuar el disparo no desde tan lejos, sino a “quemar ropa”, caso en el cual ya no sería necesario mencionar la voluntad en el momento de verificar la intensidad del peligro, pues esta deriva de la circunstancia objetiva y externa de que el tiro se efectuó a “quemar ropa”.

Al concluir que la acción practicada con voluntad no es necesariamente más

- 
- 39 Recientemente BLECKMANN, *Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretische, soziologisch, historisch. Das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes*, Freiburg i. Br., 2002, pp. 130 y ss.; convincentes las críticas de STUCKENBERG, *Vorüberlegungen...*, pp. 163 y ss.
- 40 Así KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, FRANKFURT A. M., 1993, pp. 61 y ss.; también partiendo de consideraciones psicológicas JANZARIK, “Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes”, En: *ZStW* 104 (1992), pp. 65 y ss. (72 y ss.).
- 41 FIGUEIREDO DIAS, *El Problema...*, p. 374; ídem, *Libertad, culpa, derecho penal*, 3ª ed., Coimbra, p. 210; ídem, *Derecho Penal...*, 10º cap. § 71 (p. 278). Se debe notar aquí una dificultad interpretativa: las citadas consideraciones de Figueiredo Dias se refieren al dolo en cuanto componente de la culpabilidad (haciendo anotación expresa *El Problema...*, p. 374 nota 18). Ocurre que el autor considera la voluntad como un elemento ya del dolo de tipo (*Derecho Penal...*, 13º cap. § 34 y ss. [pp. 368 y ss.]). Claramente, CORREIA, *Derecho criminal...*, p. 376 y ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., Berlín, 1965, p. 59 (quien antes criticó la primera fórmula de Frank, alegando que ella llevaría a un juicio sobre el carácter del agente, *Untersuchungen...*, pp. 195 y ss.); y en la doctrina actual JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Berlín, 1995, pp. 300, 305. En la literatura anglosajona M. MOORE, “Prima Facie Moral Culpability”, en: *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, OXFORD, 1997, p. 409.
- 42 Para la teoría del doble efecto, según la cual habría una diferencia moral fundamental entre los efectos que se quieren producir y aquellos cuya producción apenas se prevé, cf. por ejemplo. CAVANAUGH, *Double Effect Reasoning*, Oxford, 2006, pp. 118 y ss.; críticamente SCANLON, *Moral Dimensions*, Cambridge etc., 2008, pp. 8 y ss.
- 43 MIR PUIG, “Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho”, en: *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 29 Y ss. (p. 69); ídem, *Derecho Penal*, 7ª ed., Barcelona, 2006, Lección 6 n. 56, si bien aquí el autor menciona una razón adicional, la de que el hecho doloso se encuentra en una relación más directa de negación del bien jurídico. Mir se aproxima, así, a la posición de Brammsen y Díaz Pita, que más luego criticaremos.

peligrosa, tal vez haya quien asevere la mayor peligrosidad del autor. En este sentido, se diría que quien pretende lesionar el bien jurídico, da prueba de ser capaz de concebir un querer de tal naturaleza, y que quien es capaz de querer algo, puede fácilmente quererlo otra vez. Cercano a este pensamiento se encuentra Schroth, para quien el ordenamiento jurídico dirige expectativas diversas en función de una actuación a título culposa o dolosa: del autor culposo, espera el derecho mayor atención; del autor doloso, un cambio en su valoración de los intereses jurídicamente protegidos. De ahí se desprende el porqué es necesario para el dolo un elemento volitivo, como manifestación de la negación de dichos intereses por parte del autor<sup>44</sup>. No obstante, no se discutirá en esta ocasión la certeza de aquella conjetura empírica, pero aun cuando esta fuera correcta, llevaría a que castigemos al autor, no por lo que hizo, sino por lo que pudiera llegar a hacer, lo cual es propio, no de un derecho penal del hecho, sino de un derecho penal del autor.

Una vez que la fundamentación preventiva-especial no convence, podría intentarse una fundamentación preventiva-general. El argumento que desarrollé para justificar la exigencia de conocimiento en sentido psicológico también le sirve, en parte, a la prevención general negativa o de intimidación. ¿Por qué no insistir en esta perspectiva, indagando si de ella no podría derivarse algún fundamento para el componente volitivo del dolo? Semejante idea fue sostenida por Feuerbach, que para su forma de ver las cosas, la voluntad del potencial delincuente es justamente lo que debe ser neutralizado por la amenaza de la sanción penal<sup>45</sup>; el dolo sería producto de “peligrosos y hostiles afectos y pasiones”, haciéndose necesario una sanción más severa para “domar ese real enemigo: el deseo antijurídico”<sup>46</sup>. Dejemos una vez más de lado la posibilidad de defender esta versión de la teoría de la coacción psicológica<sup>47</sup> y contentémonos con un *argumentum ad absurdum*: Además de la voluntad, ¿por qué no tomar también en cuenta como agravantes otros factores considerados facilitadores de la decisión de cometer un delito, tales como la emoción, la deficiente educación del autor<sup>48</sup>, o de

---

44 SCHROTH, *Vorsatz...*, p. 117. Similar HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Múnich, 1990, p. 223; ídem, “KENNZEICHEN...”, p. 297, en cuyo argumento aparecen fuertes tonalidades de prevención general positiva.

45 Por ejemplo. FEUERBACH, *Revision I...*, pp. 44 y ss.

46 FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, vol. II, Giessen, 1804, p. 71. Para el concepto de dolo en Feuerbach cf. además GRECO, *Lebendiges...*, pp. 60 y ss.

47 Sobre esta cuestión GRECO, *Lebendiges...*, especialmente pp. 356 y ss., pp. 361 y ss.

48 Defendiendo estas conclusiones, expresamente en lo que se refiere a la emoción y a la mala educación, FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Vol. II, Chemnitz,

igual forma su semi-inimputabilidad<sup>49</sup> como la provocación de la víctima?

Así pues, con lo anterior, resultaría imaginable recurrir a la cada vez más aceptada teoría de la prevención general positiva, según la cual la pena no debe buscar la intimidación, sino la integración, la estabilización de la vigencia de la norma y la pacificación social. Brammsen propone un fundamento en esta misma línea: quien actúa con voluntad manifiesta un mayor desprecio por el bien jurídico<sup>50</sup>, lo que equivaldría al “cuestionamiento interno de la norma jurídica”<sup>51</sup> exteriorizado por el autor, lo cual justificaría una punición doblemente más severa. Similar es el pensamiento de Díaz Pita: en un derecho penal de protección de bienes jurídicos, actúa dolosamente quien se decide en su contra, decisión que es relevante, puesto que cuestiona directamente la vigencia de la norma<sup>52</sup>. Asimismo Schünemann postula un argumento afín<sup>53</sup>. Sin embargo, en esta sede no se examinará con detalle la teoría general de la prevención positiva, a pesar de ser susceptible de numerables críticas<sup>54</sup>. Bastará con mostrarse crítico frente al acentuado moralismo de dichas propuestas, por el hecho de que llevan a que se castigue al autor, no por lo que en efecto hizo, sino en función de su actitud interna.

Otra posibilidad, inspirada en la filosofía del idealismo alemán, esto es, de Kant, Fichte, y especialmente Hegel, vería en la consideración de la voluntad algo como un verdadero derecho de la persona, derivado de su pretensión de ser respetada en cuanto tal<sup>55</sup>. Hoy por hoy el principal representante de este enfoque es Köhler, para quien el dolo constituye “un juicio práctico-reflexivo de significado universal concreto-

1800, pp. 338 y ss., 393 y ss., 417 y ss.; ídem, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª. ed., Giessen, 1847 § 121.

- 49 Críticas a esa conclusión, que a su vez probaba la “imposibilidad práctica” de la teoría de Feuerbach, en el contemporáneo KLEIN, “Ueber die Unmöglichkeit, die Feuerbachsche Theorie, so weit sie sich auf die Milderung oder Schärfung der Strafen wegen natürlicher Schwäche und Stumpfheit der Geisteskräfte bezieht, practisch anzuwenden”, en: *Archiv des Criminalrechts* Vol. III Fasc. III (1800), pp. 137 ss.
- 50 BRAMMSEN, “Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes”, *JZ* 1989, pp. 71 y ss. (p. 78).
- 51 BRAMMSEN, “Inhalt und Elemente...”, p. 79.
- 52 DÍAZ PITA, *El dolo eventual...*, pp. 302 y ss., 306.
- 53 SCHÜNEMANN, “Vom philologischen...”, p. 372.
- 54 GRECO, *Lebendiges...*, pp. 396 y ss., 453 y ss.
- 55 HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986 (originalmente publicado en 1821), §§ 115 y ss., principalmente § 117: “La voluntad tiene el derecho de reconocer en su hecho (Tat) como propia acción (Handlung) y como algo de que tiene culpa (Schuld) apenas aquello cuyos presupuestos ella, voluntad, sabía comprendidos en su finalidad, aquello que hacía parte de su intención/dolo (Vorsatz)”.

esencial”.<sup>56</sup> Sin embargo, no queda para nada claro que la única manera de respetar a alguien como persona sea considerando su propia voluntad en sentido psicológico el elemento decisivo para valorar su comportamiento. Una vez que la persona es también un ser que actúa sobre el mundo, considerar el dominio, y por ende, el conocimiento de la propia acción y de las consecuencias que de ella pueden derivarse como los factores decisivos, parece corresponder mejor a las exigencias de respeto hacia la persona.

Finalmente, sería posible acudir a un contra-argumento un tanto usual entre los defensores de la teoría de la voluntad, el cual básicamente consiste en que la teoría cognitiva expande de manera excesiva el alcance del dolo, y transformarlo en la tesis negativa de que el elemento volitivo es necesario, porque solo él puede ejercer una restricción de la punibilidad<sup>57</sup>. Con respecto a esto, tengo tres observaciones. La primera es que la exigencia de un elemento volitivo pocas veces es tomada en serio por sus defensores, que la mayoría de las veces suelen atribuirlo o negarlo valiéndose ya sea de criterios objetivos, como la intensidad del peligro<sup>58</sup> o, lo que es peor, recurriendo a una intuición inescrutable. La segunda, es que la teoría cognitiva aquí propuesta de hecho también pune menos – véase el caso del disparo a distancia. Piénsese asimismo en los casos de homicidios por accidentes de tránsito, en los cuales la jurisprudencia brasileña, partiendo de la teoría volitiva, a menudo afirma el dolo<sup>59</sup>, donde podría ser fácilmente negado a partir de una teoría cognitiva como la de la probabilidad. Y por último, la tercera se refiere a que no siempre punir menos se traduce en algo positivo. En Brasil, Hungría estimaba impune la violación practicada

56 KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, pp. 242 y ss. (de donde tomé la cita); ídem, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín/Heidelberg, 1997, p. 161; de acuerdo con KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2007, pp. 421 y ss. El lector me perdonará no explicar con mayor detalle la concepción de Köhler, porque para hacerla comprensible, tendría yo que haberla comprendido.

57 ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 520. Para los autores, este argumento deriva, tras un último análisis, de la premisa de que el derecho penal sería del todo ilegítimo, de modo que la función de la teoría del delito y de los conceptos en ella presentes no pueden justificar o fundamentar la pena, sino tan solo restringirla (por ejemplo. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal...*, pp. 46, 51 y ss., 372 y ss.). Como el argumento es, no obstante, independiente de esa premisa en buena parte cuestionable, no la trataré en esta sede (discusión de la premisa en GRECO, *Lebendiges...*, pp. 207 y ss.).

58 También en este sentido RAGUÉS I VALLES, *El dolo...*, pp. 25, 83 y ss., que habla de un “consenso divergente”.

59 Referencias de juzgados hasta del Supremo Tribunal Federal Brasileiro en NUCCI, *Código penal comentado*. 8.ed. São Paulo, 2008, pp. 198 y ss. Críticamente, a pesar de adoptar la perspectiva volitiva, SHECAIRA, “Dolo eventual y culpa consciente”, en: *RBCC* 38 (2002), pp. 142 y ss. (p. 149); WUNDERLICH, “El dolo eventual en los homicidios de tránsito: una tentativa frustrada”, en: *Revista dos Tribunais* 754 (1998), pp. 461 y ss.

por el marido contra la esposa: ejercicio regular de su derecho<sup>60</sup>. Es superficial suponer que una razón para castigar menos será siempre una buena razón, porque toda razón para hacerlo se torna, en su ausencia, *ceteris paribus* una razón para punir más. Exigir el elemento volitivo significa, por un lado, que quien actúa prescindiendo de éste escapará de la pena de responder por dolo, pero por el otro, que quien presente esa voluntad recibirá necesariamente el castigo más grave aunque no se sepa el porqué de la relevancia de la misma<sup>61</sup>.

Ninguno de los fundamentos mencionados logra, en últimas, convencer, de lo cual se colige que si procedemos a punir actuaciones dolosas basadas en la voluntad, estaremos castigando con base en algo cuyo fundamento desconocemos. En la medida en que el defensor de la teoría volitiva sea incapaz de proporcionar dicho fundamento – lo cual difícilmente ocurrirá - se torna imperioso que sean abandonados sus postulados, en favor de la concepción alternativa: la de un dolo puramente cognitivo.

## 5. Dolo sin voluntad

Sicológicamente, el dolo es conocimiento, y no conocimiento y voluntad. Si todo este es conocimiento y la voluntad no tiene allí relevancia alguna, no existe ya motivo para diferenciar el dolo directo (tanto el de primero grado como el de segundo) y el dolo eventual. Habrá, pues, solamente una forma de dolo<sup>62</sup>.

Sería necesario todavía precisar cuál es el contenido exacto de ese conocimiento, ya que el presente estudio se ocupó únicamente de la cuestión de su fundamentación. Este próximo paso, que sería la solución al problema de la definición, se dará en otra oportunidad. Por ahora, debe quedar cimentado el principio general que ha de orientarnos en esa próxima tarea; y es que para que pueda hablarse de dolo, el autor tiene que actuar con conocimiento tal que detente el dominio sobre aquello que realiza, o sea que al menos parcialmente, el dolo acaba por convertirse en una cuestión de tipo objetivo<sup>63</sup>: el autor debe conscientemente crear un riesgo de tal dimensión que la

---

60 HUNGRIA, *Comentarios al Código Penal*, vol. VIII, Río de Janeiro, 1959, pp. 125 y ss.

61 Curiosamente, los propios ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal...*, p. 525, advierten sobre la proximidad de los criterios de las teorías volitivas a un derecho penal de autor, sin que eso les sirva de razón para acoger una teoría cognitiva.

62 Asímismo FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, p. VII, 342; PUPPE, *La distinción...*, p. 132; ídem, "Der Vorstellungsinhalt...", p. 15; ídem, *Vorsatz und Zurechnung...*, p. 65; SANCINETTI, *Teoría del delito...*, pp. 207 y ss.; RAGUÉS I VALLES, *EL DOLO...*, p. 185.

63 En lo que asistía la razón a HERZBERG, "Die Abgrenzung...", pp. 249 y ss.; recientemente ídem, "Zum Fahrlässigkeitsdelikt...", pp. 323, 327, a pesar de su formulación exagerada.

producción del resultado pueda considerarse algo que él domina<sup>64</sup>. Lo anterior significa que, en principio es correcta la teoría de la probabilidad, defendida en la actualidad especialmente por Herzberg y Puppe, en Argentina por Sancinetti, y en Brasil por H. Souza Santos. En conclusión, el dolo es conocimiento de que la ocurrencia del resultado es algo probable.

Cómo debe ser entendida en más detalles esa probabilidad – si como el carácter desprotegido e inmediato del peligro conscientemente creado por el autor<sup>65</sup>, como una estrategia racional de producción del resultado<sup>66</sup>, como una no-improbabilidad<sup>67</sup> o como una probabilidad superior al 50%, excluyéndose de la base de cálculo los factores referidos a la autoprotección de la víctima<sup>68</sup>, constituye el próximo problema a tratar, al cual se debe en un futuro dedicar más atención.

## 6. Síntesis

1. La adopción del vigente Código Penal Portugués de un determinado concepto de dolo, no significa que sea inapropiado continuar la discusión al respecto.
2. El dolo es, *ab initio*, conocimiento, porque solo el conocimiento genera dominio y solo el dominio proporciona razones suficientemente sólidas para fundamentar el tratamiento más severo dispensado a los casos de actuación dolosa. Estas razones son, por un lado, la mayor necesidad de prevención frente a los riesgos que se dominan, y por el otro, la mayor responsabilidad del autor por aquello que realiza bajo su dominio
3. En la ceguera ante los hechos, no hay lugar para hablar de dolo, puesto que no existe dominio
4. El dolo es exclusivamente conocimiento, y no voluntad, ya que ésta en

64 Para decirlo de un modo más exacto, técnicamente hablando, para actuar con dolo, el autor debe suponer la creación de un riesgo de esa índole. En los ordenamientos como el portugués o el brasileño, que no castigan la tentativa inidónea (art. 23º III, CP portugués; art. 17 CP brasileño), acaba no existiendo diferencia relevante entre las dos formulaciones. En lo que al derecho alemán respecta frente a la punición de la tentativa inidónea (§§ 22, 23 StGB) la formulación del cuerpo del texto no es tan exacta.

65 HERZBERG, "DIE ABGRENZUNG...", pp. 253 y ss.; ídem, *Das Wollen...*, pp. 639 y ss.; ídem, "Der Vorsatz als 'Schuldform', als 'aliud' und als 'Wissen und Wollen?'" en: *Festschrift 50-Jahre BGH*, München, 2000, pp. 51 y ss. (pp. 68 y ss.); ídem, "Zum Fahrlässigkeitsdelikt...", p. 325.

66 PUPPE, *La distinción...*, p. 82; ídem, *Vorsatz und Zurechnung...*, p. 39; ídem, "Begriffskonzeptionen...", p. 74.

67 SANCINETTI, *Teoría del delito...*, pp. 201 y ss.

68 SOUZA SANTOS, *El dolo y la culpa en el derecho penal*, Río de Janeiro, Disertación de maestría (UCAM), 2006, pp. 100, 133 y ss.

nada altera el dominio. En consecuencia, su presencia no es suficiente para fundamentar un dolo sin dominio, y su ausencia tampoco puede excluirlo cuando sí existe ese dominio

5. No se vislumbra hasta la presente fecha ningún fundamento convincente para exigir voluntad en el concepto de dolo
6. El dolo es conocimiento, de forma tal que de ahí se derive el dominio mediante el cual el autor realiza la acción. Existe una única forma del mismo, no debiéndose distinguir entre dolo directo de primer grado, segundo grado y dolo eventual.
7. El camino a seguir es el del perfeccionamiento de la teoría de la probabilidad.

## Bibliografía

- ARMIN KAUFMANN, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln etc., 1982 (orig. 1959),
- BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, Berlín/Nueva York, 2003.
- BITENCOURT, *Código Penal Comentado*, São Paulo, 2002.
- BLECKMANN, *Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretische, soziologisch, historisch. Das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes*, Freiburg i. Br., 2002.
- BRAMMSEN, "Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes", JZ 1989.
- BRUNO, *Derecho penal, Parte general*, tomo II, 3ª edición, Río de Janeiro, 1967.
- BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 2009,
- BUSATO, "Dolo y significado", en: *Tendencias modernas sobre el dolo en Derecho Penal*, Río de Janeiro, 2008.
- CANESTRARI, "Die Struktur des dolus eventualis", en: GA 2004.
- CAVANAUGH, *Double Effect Reasoning*, Oxford, 2006,
- CIRINO DOS SANTOS, *Derecho Penal, Parte General*, Curitiba, 2006.
- CORREIA, *Derecho Criminal*, Coimbra, 1963.
- DELMANTO / DELMANTO / DELMANTO JR./ DELMANTO, *Código penal comentado*, 5ª edición, Río de Janeiro, 2000.
- DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994.
- ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2ª ed., Berlín, 1965,
- ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión, Aalen, 1964 (orig.: 1930).
- FEIJÓO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- FEUERBACH, "Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft", en: Lüderssen (coord.), *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., 1968, (orig. 1804).
- FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, vol. II, Giessen, 1804
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14ª. ed., Giessen, 1847.
- FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Vol. II, Chemnitz, 1800.
- FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*,



vol. I, Erfurt, (reimpresión Aalen 1966).

FIGUEIREDO DIAS, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, *El Problema de la Consciencia de la Ilícitud en Derecho Penal*, 4ª ed., Coimbra, 1995

FIGUEIREDO DIAS, *Libertad, culpa, derecho penal*, 3ª ed., Coimbra, 1987.

FREY, "Act-Utilitarianism", en: LaFollette (coord.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Malden, 2000.

FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983,

GRECO, "¿Tiene futuro el concepto de acción?", En: Greco/Lobato (coords.), *Temas de Derecho Penal, Parte General*, Río de Janeiro, 2008.

GRECO, "Algunas observaciones introductorias sobre la "Distinción entre dolo y culpa", de I. Puppe", en: Puppe, *La distinción entre dolo y culpa*, trad. Greco, São Paulo, 2004.

GRECO, "Introducción a la dogmática funcionalista del delito", en: *RBCC* 32 (2000).

GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlín, 2009.

H. SOUZA SANTOS, "Problemas estructurales del concepto volitivo de dolo", en: Greco/Lobato (coords.), *Temas de Derecho Penal*, Río de Janeiro, 2008.

HASSEMER, "Kennzeichen des Vorsatzes", en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989.

HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., Múnich, 1990,

HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986 (originalmente publicado en 1821).

HERZBERG, "Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes", en: *JuS* 1986,

HERZBERG, "Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten", En: *JZ* 1988,

HERZBERG, "Der Vorsatz als 'Schuldform', als 'aliud' und als 'Wissen und Wollen?'"', en: *Festschrift 50-Jahre BGH*, München, 2000.

HERZBERG, "Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefahrmerkmal des Vorsatzdelikts", en: *Festschrift für Schwind*, Heidelberg, 2006.

HUNGRIA, *Comentarios al Código Penal*, vol. I, tomo II, 5ª edición, Forense, Río de Janeiro, 1978.

HUNGRIA, *Comentarios al Código Penal*, vol. VIII, Río de Janeiro, 1959.

JAKOBS, "Das Fahrlässigkeitsdelikt", en: *ZStW-Beiheft* 1974,

- JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäisches' Prinzipiendenken", en: *ZStW* 107 (1995), (trad. al español de Cancio Meliá/Feijóo Sánchez titulada *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Bogotá 1996).
- JAKOBS, "Dolus Malus", en: *Festschrift für Rudolphi*, Neuwied, 2004.
- JAKOBS, "Gleichgültigkeit als dolus indirectus", en: *ZStW* 114 (2002), (trad. al español de Pérez del Valle en *Libro Homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004).
- JAKOBS, "Handlungssteuerung und Antriebssteuerung", en: *Festschrift für Schreiber*, Heidelberg, 2003,
- JAKOBS, "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", en: *ARSP-Beiheft* 74 (2000), (trad. al español de Sánchez-Vera en Gómez-Jara [coord.], *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Granada, 2005).
- JAKOBS, "Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern", en: *ZStW* 101 (1989), (trad. al español de Suárez González en Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997).
- JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., Berlín, 2008.
- JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlín/Nueva York, 1993,
- JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín/Nueva York, 1972.
- JANZARIK, "Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes", En: *ZStW* 104 (1992).
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Berlín, 1995,
- JOSÉ DE SOUSA E BRITO "Arthur Kaufmanns Gerechtigkeitslehre und die Grundlagen der Ethik", en: *ARSP Beiheft* 100 (2005).
- JOSÉ DE SOUSA E BRITO "Der praktische Syllogismus im Recht und in der Ethik", en: Schünemann et alii (coords.), *Gerechtigkeitswissenschaft*, Berlín, 2005, p. 77 y ss
- JOSÉ DE SOUSA E BRITO "Die gerechte Begrenzung der Gerechtigkeit im Recht", en: Demmerling/Rentsch (coords.), *Die Gegenwart der Gerechtigkeit*, Berlin, 1995.
- JOSÉ DE SOUSA E BRITO "La cuestión de los fundamentos de la ética en Bentham y en Mill", en: Τενλος - *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas* XII (2003).
- JOSÉ DE SOUSA E BRITO "Praktische Vernunft und Utilitarismus", en: *ARSP Beiheft* 51 (1993).
- KAMM, "Nonconsequentialism", en el mismo volumen, p. 205 y ss. (p. 205) en: LaFollette (coord.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory*, Malden, 2000.
- KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Frankfurt a. M., 1993.

- KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2007.
- KINDHÄUSER, "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", in: *ZStW* 86 (1984),
- KLEIN, "Ueber die Unmöglichkeit, die Feuerbachsche Theorie, so weit sie sich auf die Milderung oder Schärfung der Strafen wegen natürlicher Schwäche und Stumpfheit der Geisteskräfte bezieht, practisch anzuwenden", en: *Archiv des Criminalrechts* Vol. III Fasc. III (1800).
- KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, p. 242 y ss. (de donde tomé la cita); ídem, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín/Heidelberg, 1997,
- LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 26ª ed., Múnich, 2007,
- LACMANN, "Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes", in: *GA* 58 (1911),
- LACMANN, "Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch", *ZStW* 31 (1911),
- LAURENZO COPELLO, "Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo", en: *Libro homenaje a Torío López*, Granada, 1999.
- LESCH, "Dolus directus, indirectus und eventuales", *JA* 1997.
- M. MOORE, "Prima Facie Moral Culpability", en: *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, 1997.
- MAGALHÃES NORONHA, *Derecho penal*, vol. I, 32ª edición, São Paulo, 1997.
- MIR PUIG, "Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho", en: *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994,
- MIR PUIG, *Derecho Penal*, 7ª ed., Barcelona, 2006.
- MIRABETE, *Manual de Derecho Penal*, vol. I, 16ª edición, São Paulo, 2000.
- MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Jakobs*, Bogotá, 2006.
- NUCCI, *Código penal comentado*. 8.ed. São Paulo, 2008.
- OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 7ª. Ed., Berlín, 2004.
- PEÑARANDA RAMOS/Suárez González/Cancio Meliá, "Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Jakobs", en: Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1997.
- PESSIN/GOLDBERG (coords.), *The Twin Earth Chronicles*, Nueva York/London, 1996.
- PHILIPPS, "An der Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit", en: *Festschrift für Roxin*, Berlín/Nueva York, 2001.
- PIZARRO BELEZA, *Derecho Penal*, 2º vol., Lisboa, 1983.
- PRITTWITZ, "Die Ansteckungsgefahr bei Aids", en: *JA* 1988.

- PUPPE, "Begriffskonzeptionen des dolus eventuales", in: GA 2006.
- PUPPE, "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales", en: ZStW 103 (1991).
- PUPPE, *La distinción entre dolo y culpa*, trad. Greco, São Paulo, 2004.
- PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung.*, Heidelberg, 1992.
- RAGUÉS I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 2002.
- REALE JR., *Instituciones de Derecho Penal, Parte General*, vol. I, Río de Janeiro, 2002.
- ROXIN, "Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit", *JuS* 1964,
- ROXIN, "Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr", en: *Festschrift für Rudolphi*, Neuwied, 2004.
- ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª. ed., vol. I, München, 2006.
- RUDOLPHI, en: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7a ed., 2002.
- RUEDA MARTIN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001.
- SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2ª. reimpresión, Buenos Aires, 2005, p. 201.
- SCANLON, *Moral Dimensions*, Cambridge etc., 2008.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984,
- SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968,
- SCHROTH, "Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit", en: *JuS* 1992.
- SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt a. M., 1994.
- SCHÜNEMANN "Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la dogmática penal de principios del siglo XXI", en: Hirsch/Cerezo/Donna (coords.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, Buenos Aires, 2005.
- SCHÜNEMANN *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12ª. ed., vol. I, § 25.
- SCHÜNEMANN, "El dominio sobre el fundamento del resultado", en: *Homenaje a Rodríguez Mourullo*, Navarra, 2005.
- SCHÜNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en: *Festschrift für Roxin*, Berlín/ Nueva York, 2001.
- SCHÜNEMANN, "Über die objektive Zurechnung", en: GA 1999,
- SCHÜNEMANN, "Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff", en: *Festschrift für Hirsch*, Berlín/Nueva York, 1999.

- SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971,
- SCHÜNEMANN/GRECO, "Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem", en: *GA* 2006.
- SHAW, "The Consequentialist Perspective", en: J. Dreier (coord.), *Contemporary Debates in Moral Theory*, Malden, 2006.
- SHECAIRA, "Dolo eventual y culpa consciente", en: *RBCC* 38 (2002).
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- SOUSA E BRITO, "Etablierung eines Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung", en: Schünemann/Figueiredo Dias [coords.], *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln, 1995, (trad. al español de Castineira Palau, en: Silva Sánchez [coord.], *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995).
- SOUZA SANTOS, "Problemas estructurales del concepto volitivo de dolo", en: Greco/Lobato (coords.), *Temas de Derecho Penal*, Río de Janeiro, 2008
- SOUZA SANTOS, *El dolo y la culpa en el derecho penal*, Río de Janeiro, Disertación de maestría (UCAM), 2006.
- SPENDEL, "Zum Begriff des Vorsatzes", en: *Festschrift für Lackner*, Berlín/Nueva York, 1987.
- STERNBERG-LIEBEN, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 27ª ed., Múnich, 2006.
- STRATENWERTH, "Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit", *ZStW* 71 (1959).
- STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Köln/Berlín/München, 2004.
- STUCKENBERG, *Vorüberlegungen zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlín, 2007.
- VOGEL, "Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?", en: *GA* 2006,
- VOGEL, *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlín, 2007.
- WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlín, 1969.
- WUNDERLICH, "El dolo eventual en los homicidios de tránsito: una tentativa frustrada", en: *Revista dos Tribunais* 754 (1998).
- ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002.