

Antonio Sólon Rudá

DOLO E IMPRUDENCIA

**Un viaje crítico por la
historia de la imputación**

JIB
BOSCH EDITOR

El “*establishment*” doctrinal con respecto a la imputación de responsabilidad ya sea en el derecho penal, en el derecho civil o administrativo, está lejos de satisfacer las necesidades de los encargados de hacer cumplir la ley. En el campo del derecho penal, por ejemplo, los errores cometidos por los tribunales de todo el mundo, al imputar la responsabilidad por la práctica de un delito, han sido evidentes. Y esto se debe a que después de verificar el tipo penal, surge la necesidad de indicar la modalidad de imputación, es decir, la exigencia legal de indicar si el agente infractor actuó con dolo o imprudencia. Si actuó imprudentemente, es necesario indicar si fue consciente o inconscientemente. Si la imprudencia fue inconsciente, no hay mayores dificultades, sin embargo, si fue consciente, es necesario indicar la modalidad de la imprudencia consciente, ya sea gravísima, grave o leve. Esta es la estructura de la Teoría Significativa de la Imputación, cuyos fundamentos se presentaron en el libro *Fundamentos de la Teoría Significativa de la Imputación*, publicado por J. M. Bosch Editor, en 2019.

Para llegar a la estructura llamada significativa de la imputación, fue imperativo revisar la historia de la imputación de manera sistemática y crítica, donde, desde el método bibliográfico y dialéctico, se buscó conocer e identificar los orígenes doctrinales de las principales teorías relacionadas con la imputación, tales como las teorías de la voluntad, de la previsibilidad, de la probabilidad y de la posibilidad, con sus respectivas variaciones, hasta llegar a las doctrinas de las actitudes internas y la preocupación con la prueba del dolo, y luego pasar por las teorías que buscan un concepto unitario de dolo, llegando al final a las llamadas tesis aglutinadoras. De esta manera, el pensamiento doctrinal de los principales autores en el campo de la imputación, como Carpzov y Feuerbach, pasando por Frank, Liszt y Beling, y mucho después a Roxin y Días Pita, siempre con un resumen de sus teorías acompañado de una visión crítica doctrinal, es lo que los lectores encontrarán en este trabajo.

Dolo e Imprudencia

Un viaje crítico por la historia de la imputación

ANTONIO SÓLON RUDÁ

Dolo e Imprudencia

Un viaje crítico por la
historia de la imputación

Barcelona
2020



BOSCH EDITOR

© JUNIO 2020 ANTONIO SÓLON RUDÁ

© JUNIO 2020



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-122015-5-0

ISBN digital: 978-84-122015-6-7

D.L.: B 11925-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Revisión gramatical: MARIELA FERNANDO BOGADO (fbogado2012@gmail.com)

Printed in Spain – Impreso en España

*Ofrezco la presente obra a mis padres y hermanos.
A mis hijos Diana, Dereck, William y Giovanna,
y a mi nieto Eduardo Alexsander.
A mi querida esposa Lourdes Sanches.*

Agradezco al Gran Arquitecto del Universo, que es Dios,
por la salud y fuerza de voluntad para seguir adelante.

Índice

Nota del autor	19
Introducción.....	21
PRIMERA ESTACIÓN	
TEORÍAS DE LA VOLUNTAD (Las primeras doctrinas de la imputación)	27
1. Consideraciones Preliminares	27
2. El origen de la doctrina del <i>Dolus indirectus (dolus eventualis)</i> ...	27
3. Los accesorios deben seguir el principal. Primeras doctrinas	29
4. Doctrina del <i>Dolus Indirectus</i> (Voluntad Indirecta)	30
5. Doctrina del <i>dolus indirectus</i> de Carpzov.....	32
5.1. El cognitivismo como aspecto del <i>dolus indirectus</i> de Carpzov	35
6. Crítica de Feuerbach a la doctrina del <i>dolus indirectus</i>	36
SEGUNDA ESTACIÓN	
TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN O PREVISIBILIDAD	43
1. Consideraciones Preliminares	43
2. El dolo como representación: la tesis de v. Liszt	43
3. Las fórmulas de Frank	45
3.1. Críticas generales a Frank	47
3.2. La Primera Fórmula de Frank.....	48
3.2.1. Visión Crítica	49
3.3. La Segunda Fórmula de Frank.....	53
3.3.1. Visión Crítica	54

TERCERA ESTACIÓN

TEORÍAS DE LA PROBABILIDAD.....	59
1. Consideraciones Preliminares	59
2. Fase clásica. Subjetiva	61
3. Fase clásica. Objetiva	69
4. Visión Crítica de la fase clásica.....	72

CUARTA ESTACIÓN

PRIMERAS VARIANTES DE LA TEORÍA DE LA PROBABILIDAD...	75
1. Consideraciones Preliminares	75
2. La tesis de Hellmuth Mayer	76
2.1. Visión Crítica.....	78
3. La tesis de Sauer	80
3.1. Visión Crítica.....	82
4. La tesis de Welzel	83
4.1. Visión Crítica.....	85
5. Visión Crítica a las primeras variantes de la teoría de la probabilidad	86

QUINTA ESTACIÓN

MODERNAS VARIANTES DE LA TEORÍA DE LA PROBABILIDAD.	89
1. Consideraciones Preliminares	89
2. La tesis de Herzberg.....	89
2.1. Su posición.....	94
2.2. Visión Crítica.....	97
3. La tesis de Jakobs.....	104
3.1. La evitabilidad individual.....	104
3.2. La conducta que ofende la norma	106
3.3. El portador de rol y el garantizador.....	106

3.4.	Dolo e imprudencia como formas de evitabilidad	107
3.5.	El dolo como evitabilidad calificada.....	108
3.6.	Imprudencia natural e imprudencia dirigida	109
3.7.	Los defectos cognitivos y volitivos como embriones de la idea de Derecho Penal del enemigo en Jakobs	111
3.8.	Necesidad de pena para la imprudencia	113
3.9.	Dolo eventual: concepto y distinción de la imprudencia .	114
3.10.	Jakobs x Jakobs.....	118
3.11.	Visión Crítica.....	120
4.	Actitud aprobadora del riesgo. La propuesta de Puppe.....	126
4.1.	La importancia del peligro en el sistema de Puppe	134
4.2.	Visión Crítica.....	140

SEXTA ESTACIÓN

	TEORÍA DE LA POSIBILIDAD	149
1.	Consideraciones Preliminares	149
2.	Recientes posiciones	151
3.	Visión Crítica	152

SÉPTIMA ESTACIÓN

	PRINCIPALES VARIANTES DE LA TEORÍA DE LA POSIBILIDAD ..	155
1.	Consideraciones Preliminares	155
2.	La tesis de Schröder.....	156
2.1.	Las consecuencias no queridas	156
2.2.	Visión Crítica.....	159
3.	Las tesis de Schmidhäuser	163
3.1.	La primera tesis de Schmidhäuser. Valoración objetiva...	163
3.2.	Visión Crítica.....	166
4.	La tesis de Zielinski.....	169

4.1. Visión Crítica.....	172
5. Visión Crítica a las variantes de la teoría de la posibilidad.....	173

OCTAVA ESTACIÓN

ÚLTIMAS TESIS DE LAS TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN O PREVISIBILIDAD	177
1. Consideraciones Preliminares	177
2. La segunda tesis de Schmidhäuser. Valoración subjetiva.....	177
2.1. Visión Crítica.....	183
3. El comportamiento típico en el riesgo. La tesis de Frisch.....	187
3.1. Visión Crítica.....	198
4. Visión Crítica a las teorías de la representación o previsibilidad.....	206

NONA ESTACIÓN

LA DOCTRINA DE LAS ACTITUDES INTERNAS Y SUS TESIS	211
1. Consideraciones Preliminares	211
2. Teoría de la indiferencia o del menosprecio: la tesis de Engisch.....	212
2.1. Visión Crítica.....	217
3. La idea de Mezger sobre el dolo	222
3.1. Visión Crítica.....	226
4. Teoría del consentimiento o de la aprobación.....	237
4.1. Visión Crítica.....	240
5. La teoría de la voluntad de evitación: La Tesis de Armin Kaufmann.....	252
5.1. Consideraciones preliminares sobre la delimitación entre dolo eventual y imprudencia consciente	253
5.2. La voluntad de realización como rectora del criterio de Kaufmann	257

5.3.	Casos ejemplos citados por Armin Kaufmann para sostener su propuesta	258
5.4.	Las consecuencias dogmáticas de la tesis de Armin Kaufmann.....	260
5.5.	Visión Crítica.....	262
6.	Tomarse en serio: La tesis de Stratenwerth.....	271
6.1.	Visión Crítica.....	276
7.	La decisión a favor de la posible lesión al bien jurídico: La tesis de Claus Roxin.....	282
7.1.	Visión Crítica.....	289
8.	El eclecticismo dogmático en la tesis de Rudolphi	299
8.1.	Visión Crítica.....	301
9.	«Tomar en serio». La tesis de Jescheck y Weigend.....	301
9.1.	Visión Crítica.....	303
10.	La Tesis de Kühl	304
10.1.	Visión Crítica.....	306
11.	Visión Crítica a la doctrina de las actitudes internas.....	307
DÉCIMA ESTACIÓN		
EL DOLO Y LA PREOCUPACIÓN CON SU PRUEBA.....		313
1.	Consideraciones Preliminares	313
2.	La Tesis de Hruschka.....	313
2.1.	Visión Crítica.....	316
3.	La tesis de Hassemer: Los Indicadores Externos.....	317
3.1.	Visión Crítica.....	325
4.	La Tesis de Freund.....	327
4.1.	Visión Crítica.....	329
5.	La Tesis de Volk.....	331
5.1.	Visión Crítica.....	333

6.	La Tesis de Ragués i Vallès	334
6.1.	Los conocimientos mínimos	340
6.2.	Transmisiones previas de conocimiento	340
6.3.	Exteriorización del propio conocimiento	341
6.4.	Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos.....	341
6.5.	La imputación del correcto «conocimiento situacional» ..	342
6.6.	Visión Crítica.....	343

DÉCIMA-PRIMERA ESTACIÓN

	TESIS QUE BUSCAN AL CONCEPTO UNITARIO DEL DOLO. (La supremacía del dolo eventual)	345
1.	Consideraciones Preliminares	345
2.	La tesis de Platzgummer. La teoría de la co-consciencia	345
2.1.	Visión Crítica.....	347
2.1.1.	La crítica de Schewe.....	348
2.1.2.	La crítica de Köhler.....	349
2.1.3.	La crítica de Muñoz Conde	349
2.1.4.	La crítica de Díaz Pita.....	349
3.	La tesis de Schroth	351
3.1.	Visión Crítica.....	356
4.	La Tesis de Kindhäuser.....	357
4.1.	Visión Crítica.....	359
5.	La decisión contraria al bien jurídico: La tesis de Díaz Pita	361
5.1.	Visión Crítica.....	374
6.	El metaconcepto de dolo: La Tesis de Pérez Barberá.....	377
6.1.	Visión Crítica.....	390
7.	Lo objetivo en lo subjetivo. La tesis de Porciúncula.....	399
7.1.	Visión Crítica.....	403

DÉCIMA-SEGUNDA ESTACIÓN

LAS TESIS AGLUTINADORAS	407
1. Consideraciones Preliminares	407
2. La Tesis de Prittwitz	408
2.1. Visión Crítica.....	410
3. La Tesis de Schünemann	412
3.1. Visión Crítica.....	413

DÉCIMA-TERCERA ESTACIÓN

CONCLUSIÓN Y APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA SIGNIFICATI- VA DE LA IMPUTACIÓN	415
1. Consideraciones Preliminares	415
 Bibliografía	 425

NOTA DEL AUTOR

Viajar a través de la historia de la imputación es inicialmente viajar a través de la historia de la responsabilidad, o más bien, de la imputación de responsabilidad. El libro *Dolo e Imprudencia* es un viaje a través de la historia de la dogmática de la imputación, y consiste en un estudio crítico-dialéctico realizado por el método bibliográfico, donde se ha buscado visitar las principales teorías y tesis ya escritas sobre el dolo y la imprudencia.

Con el máximo y merecido respeto por la opinión de cada autor de las tesis y teorías enfrentadas en esta investigación, ha se buscado al final de cada apartado hacer una crítica sistemática e independiente sobre los estudios presentados por sus autores, pero esta independencia no significa que el texto esté libre de directrices y metodologías científicas.

Después de pasar por todas las «estaciones», los lectores notarán que la comunidad académica aún no ha logrado presentar una solución al problema de la imputación, es decir, del dolo y de la imprudencia. También se darán cuenta de que estarán preparados para comprender con mayor profundidad nuestra propuesta de imputación que presentamos como una alternativa a la solución del problema de la imputación de responsabilidad, no solo en el ámbito del derecho penal, sino del derecho en general, y que llamamos de teoría significativa de la imputación, concebida el 7 de agosto de 2010 (donde mantenemos la opinión de que el dolo no se puede dividir, sino la imprudencia consciente, que debe clasificarse como gravísima, grave y leve), presentada a la comunidad académica en el libro *Fundamentos de la teoría significativa de la imputación*, también publicado por esta brillante editora, en 2019.

Antonio Sólon Rudá

Brasilia-DF, mayo de 2020

INTRODUCCIÓN

La presente obra es el resultado de una investigación sobre la historia de la imputación en el campo de la dogmática penal, donde se buscó conocer y entender las diversas corrientes teóricas desde la época del Derecho romano, canónico y eclesiástico. La obra está dividida en 13 (trece) capítulos, que denominamos estaciones, y se presentan de la siguiente forma:

En la primera estación aportaremos en las teorías de la voluntad, empezando por una visita al período arcaico del *dolus eventualis*, digamos así, el «abuelo» de la actual ficción jurídica dolo eventual, donde haremos una parada en la doctrina de Carpzov y Covarruvias, para entender cuál o cuáles fueron las contribuciones de esos primeros doctrinadores de la dogmática penal. Así, haremos una breve visita a las primeras doctrinas de la imputación que iniciaron a la equivocada noción de que los accesorios deben seguir el principal. Esta doctrina, a nuestro juicio, es una de las más antiguas evidencias de que los penalistas nunca lograron descubrir qué hacer con las consecuencias indeseables de la conducta dolosa, que es aquella dirigida de forma intencional para lesionar el bien jurídico. Aún en esta estación, haremos una interacción con el pensamiento crítico de Feuerbach, acerca de otro antecedente doctrinal que es el *dolus indirectus*. Se trata de uno de los más ilustres criminalistas alemanes del siglo XVIII y XIX, y autor del Código penal de Baviera de 1813.

En la segunda estación de nuestro viaje desembarcaremos en las teorías de la representación o previsibilidad, haciendo así una parada en la época clásica de la imputación, donde visitaremos dos importantes doctrinas: primero la de von Liszt, que sacó a la luz la idea de un dolo como producto de la representación o de la previsibilidad. En esta estación estudiaremos de forma más acentuada las «famosas» fórmulas de Frank (Primera y Segunda), dando a cada una de ellas nuestra respectiva visión crítica.

En la tercera estación, aún en la época clásica y bajo la égida de las teorías de la representación o previsibilidad, iniciaremos una visita a las teorías de la probabilidad, tanto las de la fase objetiva, como la de la subjetiva, donde estudiaremos las concepciones clásicas de autores como Hermann Lucas, Alexander Löffler y Karl Klee. Estos autores forman parte de un grupo de criminalistas clásicos que trajeron la discusión de la imputación en el derecho penal, así como sobre el concepto de acción, a niveles nunca vistos, imponiendo una profundidad dogmática sorprendente, que muchas de sus doctrinas se estudian hasta la actualidad, presentándose sólo con otros ropajes, por las penas de otros autores que, lamentablemente, no siempre los citan como fuentes.

En la cuarta estación entraremos en contacto con las primeras variaciones de la teoría de la probabilidad, y conoceremos las teorías de autores como, Hellmuth Mayer, Sauer y Welzel. Si en el período anterior ya se observa una discusión dogmática más profunda, con esos autores la profundidad dogmática alcanza niveles estratosféricos e inunda a la comunidad jurídica internacional con concepciones y doctrina sobre la discusión acerca de la imputación que llena los ojos de cualquier aficionado de la dogmática penal. Es importante decir que no se está aquí discutiendo el mérito de esta o de aquella doctrina de este período, sino sólo destacando la seriedad con que se discute la dogmática penal. Sin embargo, en el tópico destinado a la visión crítica, sí, traemos siempre a la luz nuestra opinión sobre las respectivas tesis y defensas de esos autores, y lo hacemos sobre todos los demás autores a lo largo de toda esta obra, hasta porque, se trata de un viaje crítica.

En la quinta estación de este viaje haremos una larga estancia en la doctrina de tres grandes doctrinadores del siglo XX. En primer lugar, visitaremos la tesis de Herzberg, traída a la baila en la obra *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, de 1986, que en libre traducción sería «La delimitación entre dolo e imprudencia - un problema del tipo objetivo», donde trae su concepto para el dolo eventual y su defensa de una distinción segura entre éste y la imprudencia consciente. En seguida trataremos de la doctrina de uno de los mayores criminalistas de nuestra época, que es Günter Jakobs, legítimo representante de las modernas variaciones de la teoría de la probabilidad, de lo alto de su funcionalismo sistémico. Por último, hablaremos de Ingeborg Puppe, y su importante obra jurídica, donde va a defender su tesis sobre la actitud aprobadora del riesgo.

En la sexta estación haremos una breve parada en las teorías de la posibilidad, y en los estudios teóricos de Felix Bruck y Karl Wolff, que se diga de paso, y justicia sea hecha, no fueron sus precursores, sino Nettelbladt-Glantzner, en su tesis de doctorado titulado «De homicidio ex intentione indirecta comisio», a mediados del siglo XVIII.

En la séptima estación desembarcar en la doctrina de las principales variaciones de la teoría de la posibilidad, donde visitaremos tesis de autores como Schröder, que va a tratar específicamente de las consecuencias indeseadas, Schmidhäuser (en una vertiente objetiva) y Zielinski, pero siempre primando por una visión independiente sobre cada una de ellas.

En la octava estación, visitaremos las últimas tesis en el marco de las teorías de la representación o previsibilidad, donde dialogaremos con la segunda tesis de Schmidhäuser, ahora en una vertiente subjetiva, y con la monumental obra de Wolfgang Frisch, titulada *Vorsatz und Risiko* (Dolo y Risco), que trata del comportamiento típico en el riesgo, y al final tejer una crítica general sobre las teorías que componen la doctrina de la representación o previsibilidad, como rectores de la imputación en el Derecho penal.

En la novena estación de nuestro viaje haremos una gran parada en la doctrina de las actitudes internas, y comenzaremos por analizar la tesis de Engisch. A continuación, estudiaremos las ideas de Edmund Mezger sobre el dolo, con sus respectivos postulados. Después de Mezger, hablaremos sobre la teoría del consentimiento o de la aprobación, para luego tratar de importantes tesis, como la de Armin Kaufmann, denominada teoría de la voluntad de evitación; y las tesis de Stratenwerth, teoría de tomar en serio; la de Claus Roxin, teoría de la decisión a favor de la posible lesión al bien jurídico; y aún discutiremos la tesis de Rudolphi, Jescheck y Weigend, Kühl, y al final vamos a tejer una visión crítica sobre la doctrina de las actitudes internas.

En la décima estación visitaremos las tesis que presentaron un relevante nivel de preocupación con la cuestión de la prueba del dolo en el proceso penal, y en este contexto aportaremos en importantes tesis, como la de Hruschka, la de Hassemer, que trata de los indicadores externos; la de Freund; la de Volk; y finalmente la tesis de Ragués y Vallès, una de las más importantes en los últimos años en la doctrina penal, por traer nuevos conceptos y paradigmas en la dogmática penal, como los de conocimientos mínimos y los conocimientos situacionales.

Al aproximarse al final de nuestro largo viaje por la historia de la imputación, en la décima-primer estación trataremos de las principales tesis que buscan, de forma más directa, un concepto unitario de dolo, donde se destacará el intento frustrado de establecer una equivocada supremacía de la figura del dolo eventual, que se inició con Frisch. En este diapasón, visitaremos primero la tesis de Platzgummer, y su criticada teoría de la co-conciencia. Criticada porque recibió severas «pauladas» de autores como Schewe, Köhler, Muñoz Conde y de Díaz Pita. En el contexto de una búsqueda por un concepto unitario de dolo, visitaremos las tesis de Schroth, Kindhäuser, Díaz Pita, y su teoría de la decisión contraria al bien jurídico, y finalmente, uno de los más bellos trabajos de investigación académica que ya vislumbramos en todos estos años de investigación académica, que fue la obra de Pérez Barberá que, con su teoría del metaconcepto de dolo, logró escribir una enciclopedia de la historia de la dogmática penal acerca de la imputación. A partir de su obra, nuestras investigaciones, que se encontraban en tinieblas, ganaron la luz, y en ese sentido, exploramos la vigorosa obra del autor argentino con todo el vigor y rigor académico, pero también con la independencia necesaria para criticar su concepción del metaconcepto por no estar de acuerdo con ella.

En la décima segunda estación, ya al final de nuestro viaje, aportaremos nuestro arsenal dogmático en las tesis que denominamos aglutinadoras, principalmente las de Prittwitz y la de Schünemann, dando a ambas el mismo trato crítico, independiente y lúcido que dimos a todas las demás.

Lo que se vislumbra al final de esta maratón dogmática es algo que ya sospechábamos al iniciarla: a lo largo de siglos la doctrina penal tiene «batido cabeza» en la búsqueda de una aplicación justa y democrática del Derecho penal, en la búsqueda de solución para la imputación al sujeto agente activo del crimen, de las consecuencias accesorias de su actuación dolosa, en la búsqueda aún de un concepto unitario de dolo, que satisfaga toda la doctrina de la imputación, sin embargo, lo que se constata es que no lograron otro éxito, sino el de desarrollar y traer la dogmática penal al indiscutible lugar de respeto e importancia que ocupa actualmente en el campo de la ciencia penal.

De ahí, al final de nuestro largo y estimulante viaje, y por no concordar con las propugnaciones y propuestas doctrinales con las que tuvimos contacto, ya que no ofrecieron respuestas a los anhelos que nos condujeron a esta investigación, volvemos a nuestro puerto de partida, pero no como salimos, pues a partir de los errores y aciertos de los doctrinadores que nos precedieron, osa-

mos ofrecer una propuesta alternativa para dar claridad dogmática y justicia penal al tema de la imputación. De esta suerte, en la decimotercera estación, además de presentar una conclusión de esta investigación, traemos a la baila, una aproximación a nuestra concepción, creada en agosto de 2010, y que denominamos de Teoría Significativa de la Imputación.

PRIMERA ESTACIÓN

TEORÍAS DE LA VOLUNTAD

(Las primeras doctrinas de la imputación)

1. Consideraciones Preliminares

En este trabajo investigativo trataremos de forma perfunctoria de las primeras doctrinas que se han escrito sobre la imputación, empezando por el origen de la doctrina del *dolus indirectus* o *eventualis*, donde se encuentran los primeros fundamentos que sostienen la mala idea de que las consecuencias accesorias de una conducta mala tienen que seguir las principales. En el estudio de la doctrina del *dolus indirectus* tenemos por obligatoria una visita a las ideas de Carpzov y Covarrubias, hasta que se llegue finalmente a Feuerbach: el jurista alemán que ha procedido a una sistematización doctrinaria en la figura del *dolus indirectus* por medio de su teoría psicológica de la culpabilidad, lo que abrió espacio para dar al menos en la doctrina un manejo positivado de la figura del dolo eventual. Veamos.

2. El origen de la doctrina del *Dolus indirectus (dolus eventualis)*

La doctrina del *dolus indirectus*, al contrario de lo que creen algunos, ha surgido en la Edad Media por medio de los prácticos Bartolus de Saxoferrato (1314-1357)¹ y Baldus de Ubaldis (1327-1400), y por medio del jurista español Gómez (del siglo XVI) como también por el jurista y eclesiástico español

1 Cf. en Pérez Barberá (2011), 159 y ss. También en Ragués i Vallès (1999). 54 y ss.

Diego de Covarrubias² (1512-1577), es decir, en plena época del Renacimiento europeo. Buena parte de los doctrinadores³, equivocadamente y, a menudo, apuntan a Benedikt Carpov⁴ como el que ha dado origen a tal doctrina.

A lo largo de la historia del dolo siempre que manejaron su concepto fue con el objetivo de atender a políticas criminales⁵, esto es a los intereses estatales como en la época de los glosadores donde se destacaban la teoría del *dolus praesumptus* que procuraba sacar del concepto de dolo el máximo sentido visando una aplicación valorativa de su sentido material extremo, y la teoría denominada *versari in re illicita*, surgida del Derecho canónico⁶, y que procuraba interferir en el concepto romano de dolo. Sin embargo, por todo lo que presentaban, podemos decir que eran teorías complementarias, visto que no presentaban una unicidad.

Ahora, específicamente sobre la noción de dolo en el Derecho romano es importante aducir que era desproveída de cualquier agregado conceptual, es decir, el dolo era definido como una mala intención o como dice en la doctrina, intención directa. Lo que pasa es que en la época de los postglosadores, en la Edad Media, por una necesidad de política probatoria del Estado-Iglesia, tuvo inicio un proceso de ampliación conceptual cuyo objetivo era justificar y atender las necesidades de la política criminal de la época. Una vez que no sabían qué hacer con los resultados de los hechos intencionales (accesorios) que no eran deseados por el sujeto y que tampoco podrían ser imputados como imprudencia, «sino que eran equiparables a los directamente perseguidos por

2 A este autor es atribuido el título de verdadero fundador de la teoría del *dolus indirectus*. Covarrubias fue a buscar en Santo Tomás de Aquino los fundamentos para sostener su teoría a partir de la escolástica, cambiando la idea de pecado para crimen, principalmente en cuanto a la concepción de que las consecuencias accesorias, así como en el caso del pecado, también en el crimen deberían seguir el principal.

3 Pérez Barberá (2011), 159 y ss. También Ragués i Vallès (1999), 54 y ss.

4 Jurista alemán considerado uno de los fundadores del Derecho de su país. Se destaca también, por su fuerte influencia religiosa en su época.

5 Las tesis sobre el dolo, por ejemplo, principalmente las alemanas, han sido desarrolladas bajo medidas para atender a determinados grupos de casos, lo que ha sido su piedra de toque.

6 Pérez Barberá (2011), 162.

el autor»⁷. Así, los comentadores prácticos italianos⁸, se encontraban entre dos opciones, van a manejar el concepto de dolo al revés de manejar el de imprudencia, donde a nuestro juicio tendrían más éxito y además no desafiarían la lógica conceptual del dolo ante los hechos.

3. Los accesorios deben seguir el principal. Primeras doctrinas

Desde un análisis objetivo, la doctrina de Bartolus defendía que todas las consecuencias del hecho deseado por el sujeto necesariamente deberían imputarse a título de dolo⁹. Para este autor, tratándose de imputación, todos los resultados dañosos provenientes de la mala intención del sujeto no solamente deberían ser atribuidos al sujeto a título de dolo en una clara alusión o aliñamiento con la doctrina tomista (Tomás de Aquino). Esa concepción de Bartolus, en la práctica, representó un desfiguramiento de la más pura noción de *dolo*, heredada de los romanos y cambiada, para una versión escolástica, es decir, con fuertes trazos e influencias sacro-teológicas.

Sin embargo, la agregación de un elemento subjetivo llevada a cabo por Baldus, va a permitir que la concepción de Bartolus adquiriera un nuevo concepto, pues según Baldus: la consciencia del sujeto de la existencia de necesarias o probables (no deseadas) consecuencias de su acción delictuosa intencionalmente perseguida, ya era suficiente para la existencia del dolo. Esa idea recibió acogida en Italia, y ha quedado en plena aplicación hasta el final del siglo XVI¹⁰ como un método de imputación. No obstante, es en España que va a surgir el término *dolus indirectus*¹¹, cuando tomará forma una nueva doctrina, incluso con otros fundamentos.

7 Pérez Barberá (2011), 161.

8 Pérez Barberá (2011), 163 y ss.

9 Pérez Barberá (2011), 162.

10 Pérez Barberá (2011), 162.

11 Cf. Pérez Barberá (2011), 162. Según este autor, «la doctrina Bartoli/Baldus no acu- dió nunca al argumento de que las consecuencias accesorias del hecho eran ‘indi-

4. Doctrina del *Dolus Indirectus* (Voluntad Indirecta)

Al contrario de la Doctrina Bartolus/Baldus, cuya relación entre autor y resultado no deseado era directa, acrecentada de la importancia que se daba al análisis de la consciencia del autor (relación subjetiva), la doctrina del *dolus indirectus*, prescindía de esa relación subjetiva. Al autor, no se le exigía la representación de la posibilidad, probabilidad o necesidad de la consecuencia accesoria. Así, por esta doctrina, «basta que el autor quiera directamente el resultado pretendido y que el resultado no querido, según un punto de vista objetivo, sea una consecuencia necesaria o probable de la acción, de acuerdo con el curso natural de las cosas»¹².

Covarrubias, en España, hizo un cambio en la doctrina Bartolus/Baldus, cuando al sacar de este el agregado de Baldus y apoyarse filosóficamente en Tomás de Aquino; pasó a considerar la idea de una voluntad indirecta¹³. En las palabras de este autor, «concorre un *voluntarium homicidium* no sólo cuando la voluntad del autor se dirige en exclusiva a la muerte, sino también cuando se dirige a una acción de la que inmediatamente se sigue la muerte»¹⁴. Suele decir que Covarrubias sistematizó la noción de una voluntad dividida, es decir, una

rectamente queridas' por el autor –tesis central de la teoría del *dolus indirectus*– sino que elaboró un concepto de dolo de puesta en peligro (Gefährdungsdolus), directamente emparentado con lo que luego se conocería como dolo eventual, según el cual la voluntad abarca eventualmente, no indirectamente, las consecuencias no deseadas».

12 Pérez Barberá (2011), 162.

13 «Lo que hace Covarrubias es tomar la doctrina Bartoli tal como esta había sido concebida por Bartolus, sin el complemento subjetivista de Baldus y con el agregado de la idea (ausente en el pensamiento de Bartolus) de que la previsibilidad objetiva de la consecuencia accesoria permite hablar de una voluntad indirecta del autor respecto a esa consecuencia. Esta insistencia de Covarrubias en una 'voluntad indirecta' (en verdad él nunca habló de un dolo indirecto) es lo que le permitió ser reconocido como el verdadero fundador de la teoría del *dolus indirectus*». Pérez Barberá (2011), 163. Esto es, a nuestro juicio, una muestra clara de que la idea conceptual entre dolo y voluntad no presenta distinción.

14 Ragués i Vallès (1999), 54, Nota 88.