

Lección 19

El tipo en los delitos dolosos: la parte subjetiva.

1.1.– El dolo.

1.2.– Las clases de dolo.

LECCION 19

EL TIPO EN LOS DELITOS DOLOSOS:

LA PARTE SUBJETIVA.

El **tipo** de injusto no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa. La **acción u omisión** subsumible en el tipo no es un simple proceso causal, sino un proceso causal regido por la voluntad. De ahí se desprende que, ya en el ámbito de la tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos concomitantes, selección de medios, etc.). Por eso ***el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (el llamado tipo subjetivo).***

- En la primera (tipo objetivo) se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la acción u omisión, las formas y medios de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la acción u omisión el objeto material, etc.).
- En la segunda (tipo subjetivo), el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, efectos concomitantes y selección de medios).

Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar.

Entre aquellos supuestos en los que el fin del autor coincide exactamente con el resultado prohibido en el tipo y aquellos otros en los que el fin pretendido es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal, pero en los que se desaprueba la forma de utilización de los medios elegidos para conseguir ese fin, hay diferencias evidentes que merecen una distinta valoración. De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre **tipo de injusto realizado dolosamente** y **tipo de injusto realizado imprudentemente**. La distinción tiene gran importancia, porque cada uno ofrece particularidades dogmáticas propias y por su distinta trascendencia social y jurídica.

El delito doloso supone una rebelión consciente en contra del bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es sólo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso, la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la imprudente del mismo delito.

El Código penal recoge claramente la distinción entre dolo e imprudencia (tradicionalmente llamada «culpa» en el Código penal anterior y en buena parte de la doctrina y la jurisprudencia), ya en la definición que del delito o falta da el art. 10: «Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas e imprudentes penadas por la ley».

Estas dos fuentes de imputación subjetiva son las únicas sobre las que puede basarse una responsabilidad

penal, de ahí que hayan sido acogidas como uno de los principios básicos del moderno Derecho penal constituyendo el llamado «principio de culpabilidad», que en sí mismo nada tiene que ver con la culpabilidad como categoría específica del delito, ya que por las razones que ya se han explicado a la hora de explicar la evolución de la teoría del delito y el concepto de acción, el dolo y la imprudencia deben estar ya presentes a la hora de calificar una determinada conducta como una conducta típica, sea o no el autor de la misma culpable del tipo de injusto realizado.

La limitación de la responsabilidad penal a la realización dolosa o imprudente de un tipo penal se acoge como una de las garantías básicas en el art. 5 C.P. que dice: «no hay pena sin dolo o culpa».

De acuerdo con ello, se estudiará por separado el tipo de injusto del delito doloso y el tipo de injusto del delito imprudente o culposo.

1.1.- EL DOLO

A la parte subjetiva de los tipos de injusto doloso corresponde todo aquello que pertenece a la dirección de voluntad del autor y a su conocimiento de los elementos objetivos del tipo. Por ello, la parte subjetiva se compone en todo caso de **dolo** y, en ocasiones, de los **elementos subjetivos del injusto**.

EL DOLO

El dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

Este concepto unitario de dolo no es fácilmente aplicable en algunos casos límites entre el dolo y la imprudencia en los que tanto el elemento cognitivo, como el volitivo quedan desdibujados o son difícilmente identificables, sin embargo se puede mantener que tanto el conocimiento como la voluntad son los elementos básicos del dolo, sin perjuicios de algunas matizaciones.

Los Elementos definidores del dolo son:

1.- El elemento intelectual o cognoscitivo.

Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber que es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica.

Por ej: en el homicidio, ha de saber que mata a otra persona; o en el hurto, que se apodera de una cosa mueble ajena.

El elemento intelectual del dolo se refiere a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): Sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva; así, *por ejemplo, el tipo subjetivo del homicidio doloso requiere conocimiento (y, como después se verá voluntad) de que se realizan los elementos objetivos del tipo de homicidio: Que se mata, que la acción realizada es adecuada para producir la muerte de otra persona.* El que el sujeto conozca la ilicitud de su hacer (crea que actúa en legítima defensa) o su capacidad de culpabilidad es algo que no afecta para nada a la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la teoría general del delito.

Además el conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando que hubiera debido o podido saberlo, sino que ha de saber lo que hace.

2.- El elemento volitivo.

Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario,

además, querer realizarlos.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo (típico) que el autor cree que puede realizar. Si el autor aun no esta decidido a realizar el hecho (por ejemplo: no sabe si disparar o esperar la reacción del otro, no hay dolo ya que el autor no quiere hacerlo todavía).

En resumen, el dolo será el conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico. En el elemento intelectual hay que saber y conocer lo que se hace, y que sea actual; y en el elemento volitivo es necesario que quiera realizarlos.

Con esto se está manejando un concepto de dolo que es el **dolo neutro**, frente al **dolo malo (dolus malus)**.

Esto es debido a que un sector de la doctrina condiciona **la existencia de dolo** a que el autor haya sido, además, consciente del significado antijurídico del acto (dolus malus). Sin embargo, el significado de que el dolo ha de ser neutro es el que se maneja aquí, ya que el conocimiento de la antijuridicidad será una cuestión a valorar en el ámbito de la culpabilidad, para así graduar la pena o excluirla en los casos de defecto o ausencia de ese conocimiento.

1.2.- CLASES DE DOLO.

No aparecen positivizadas, es una elaboración de carácter doctrinal y jurisprudencial; pero podemos distinguir:

• Dolo Directo.

Es la intención, el autor persigue la realización del tipo objetivo. O sea, en el dolo directo el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad). El autor quería matar y mata, quería dañar y rompe la cosa. En estos casos se habla de **dolo directo de primer grado**.

• Dolo Indirecto o dolo directo de segundo grado.

No es lo que queremos pero sabemos que es necesario. O sea el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende: El que vuela un coche de otro para matarlo.

• Dolo eventual

El sujeto no persigue la realización del tipo objetivo, pero se lo representa no como necesario pero sí como posible o probable y pese a ello actúa. Se constata una conciencia de la posibilidad de un resultado como probable, pese a lo cual el autor ha actuado consintiendo o siéndole indiferente la producción de tal resultado.

EJ: el que manipula sustancias alimenticias sin tomar ciertas precauciones y sabe del posible riesgo de contaminación de los alimentos, pese a lo cual no varía su conducta. O sea cuenta con él, acepta el riesgo.

En resumen todas estas categorías son formas de dolo, cualquiera de éstas formas se castiga igual porque es un delito doloso. Al salir de aquí se entra en el ámbito de la mera imprudencia (consciente o inconsciente).

Sin embargo, lo difícil es distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. El dolo eventual constituye, la frontera entre el dolo y la imprudencia, sobre todo con la llamada imprudencia consciente.

Para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente se han formulado dos teorías:

a) Teoría del consentimiento.

Es la mas extendida, afirma que debe apreciarse dolo eventual cuando el autor ha previsto la producción del resultado como posible (si la hubiera previsto ya como segura estaríamos en el ámbito normal del dolo directo) y pese a ello acepta (consiente) esa eventualidad y o le resulta indiferente.

La teoría del consentimiento o de la voluntad, atiende al contenido de la voluntad. Para esta teoría no es suficiente que el autor se plantee el resultado como de probable producción, sino que es preciso que además se diga: aun cuando fuere segura su producción, actuaría. Hay por el contrario, imprudencia si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción hubiese dejado de actuar.

Problemas:

- 1.- Lo que en realidad se va a valorar son las características del sujeto, o sea, valorar la personalidad del sujeto y no lo que ha hecho, es decir estaríamos ante un Derecho penal de autor, cosa que está prohibida por el juicio de culpabilidad.
- 2.- Es una fórmula que resulta insatisfactoria en muchos casos porque desatiende la finalidad de protección de bienes jurídicos, nos encontraríamos con casos de altísima probabilidad de producción del hecho y a la inversa.
- 3.- Es que la fórmula hipotética implica plantearse algo que el sujeto no se ha planteado, es decir, presumir algo que en la realidad no se ha dado.

• Teoría de la probabilidad.

Lo decisivo para saber si la conducta es dolosa o culposa es el grado de probabilidad con que el autor se representa el resultado. Es menos postulada, aunque en España ha ido progresivamente aumentando el numero de sus defensores. Exige menos requisitos que la teoría del consentimiento para afirmar la existencia de dolo: Es suficiente que el autor se haya planteado o representado la posibilidad de que el resultado se produzca y a pesar de ello haya actuado.

O sea, parte del elemento intelectual del dolo. Dado lo difícil que es demostrar en el dolo eventual el elemento volitivo, la teoría de la probabilidad admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello, actúa, admita o no su producción. Si la probabilidad es mas lejana o remota, habrá imprudencia consciente o con representación.

Problemas:

Se afirma que deja sin valorar una parte esencial del dolo: el elemento volitivo y que, por otra parte, no siempre la alta posibilidad de producción de un resultado obliga a imputarlo a titulo de dolo (intervenciones quirúrgicas de alto riesgo)

Esta teoría ha sido a veces aceptada por la jurisprudencia española, por ejemplo, el caso en que el conductor cree haber arrollado a alguien, pero no esta seguro, deteniéndose y observando manchas de sangre en el parachoques, manchas que pueden ser de sangre humana, pese a lo cual reanuda la marcha sin regresar al lugar de los hechos.

En conclusión, en la jurisprudencia predomina el criterio del consentimiento con algunos matices, que se han ido inclinando a favor de la teoría de la probabilidad.

El tribunal Supremo determina que el dolo eventual no queda excluido simplemente por que el resultado haya

sido excluido por el autor, sino que además, por el hecho de que no se tomaran medidas serias para evitar que el resultado.

• **ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO**

Sólo se dan en delitos dolosos, pero no en todos los delitos dolosos.

Se entiende que son los elementos subjetivos añadidos al dolo de los que el legislador hace depender el carácter injusto de la acción, de tal manera que la conducta típica realizada sin ese componente subjetivo no tendrá relevancia penal (será atípica). Ejemplo: el delito de hurto (art. 234 CP), se puede tomar una cosa mueble, ajena, conociendo que es ajena y queriendo hacer (dolo) pero si no lo hacemos con ánimo de lucro, no tiene categoría de hurto. Lo cual no quiere decir que no quepa en otro tipo legal.

Por tanto en algunos delitos dolosos además del dolo se requiere algún añadido. O sea, estos elementos subjetivos son finalidades o propósitos que el legislador añade por considerar que sólo concurriendo esa cualidad la conducta merece constituir un tipo penal.

Conforme a estos elementos hay que distinguir entre delitos de intención y delitos de tendencia:

1.- Los delitos de intención son aquellos en los que la conducta, objetivamente considerada, va orientada a una específica finalidad, sin que importe que esa finalidad se alcance o no. Según que esa finalidad, que no necesita alcanzarse, dependiese:

a) – de una actuación posterior del mismo sujeto (delito mutilado de dos actos)

b) – o sea independiente del autor (delito de resultado).

Ejemplos: el art. 451 CP delito de encubrimiento, es independiente que consiga el delincuente eludir a la justicia o le hayan cogido. En el caso de falsificación de moneda, para ser delito se debe falsificar y debe ponerse en circulación, y esto depende de una actuación posterior. El delito de revelación de secretos, se consuma con sólo tener la intención de revelar los secretos y el apoderamiento de cartas, etc., pero la revelación es un acto posterior del autor.

2.- Los delitos de tendencia, no existe una finalidad ulterior a la que debe dirigirse la conducta pero necesita un elemento subjetivo. Un determinado animo incorporado a la conducta.

En los delitos de intención el elemento subjetivo es una finalidad añadida al dolo, en los de tendencia no hay ninguna finalidad ulterior.

• **Por ultimo, respecto de los elementos subjetivos del injusto:**

1.- La ausencia de un elemento subjetivo del injusto, cuando el tipo lo ha incluido como elemento, determina la atipicidad de la conducta.

2.- La afirmación de que se da un elemento subjetivo del injusto presupone que el comportamiento es doloso.

%%%

Dº PENAL I

• LA TEORIA DEL DELITO (Lecciones 14-41)

Lección 19.– El tipo en los delitos dolosos: la parte subjetiva

1

6