

HIS PROVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2012

29

# El



tirant lo blanch



# Revista Penal

Número 29

## Sumario

### Doctrina

|                                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| – La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i> .....                                                                                                                                                         | 5   |
| – La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i> .....                                                                                                 | 29  |
| – La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M<sup>a</sup> José Cuenca García</i> .....                                                                                             | 48  |
| – Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i> .....                                                                                                               | 69  |
| – Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i> .....                                                                                                                                                              | 75  |
| – ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia</i> y <i>José Luis González Cussac</i> ..... | 87  |
| – Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i> .....                                                                                                                                                                                 | 97  |
| – El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....                              | 115 |
| – Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i> .....                                                                                                                       | 127 |
| – El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i> .....                                                                                                  | 145 |
| – La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..                                                                                                                                                      | 167 |
| – La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i> .....                                                                                                                      | 178 |
| – Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i> .....                                                                                                                                                                               | 203 |
| <b>Sistemas penales comparados:</b> Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....                                                                                                                                                                             | 223 |
| <b>Bibliografía:</b> Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....                                                                                                                                                                    | 265 |
| <b>In Memoriam:</b> Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i> .....                                                                                                                                                                                     | 272 |
| <b>Crónicas</b>                                                                                                                                                                                                                                                       |     |
| – El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i> .....                                                                                                                       | 277 |
| – Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i> .....                                                                                                               | 289 |
| <b>Noticias</b> .....                                                                                                                                                                                                                                                 | 294 |



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



Cátedra de Derechos Humanos  
Manuel de Lardizábal



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
ferreolive@terra.es

### **Comité Científico Internacional**

|                                                    |                                                          |
|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------|
| Kai Ambos. Univ. Göttingen                         | Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III                   |
| Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha     | Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide               |
| David Baigún. Univ. Buenos Aires                   | Enzo Musco. Univ. Roma                                   |
| Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca | Francesco Palazzo. Univ. Firenze                         |
| Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg                | Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa                      |
| Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra               | Claus Roxin. Univ. München                               |
| George P. Fletcher. Univ. Columbia                 | José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha |
| Luigi Foffani. Univ. Módena                        | Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg             |
| Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha     | Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz                  |
| Vicente Gimeno Sendra. UNED                        | Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg                          |
| José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense       | John Vervaele. Univ. Utrecht                             |
| José Luis González Cussac-Univ. Jaume I            | Joachim Vogel. Univ. Tübingen                            |
| Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt                 | Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires               |
| Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla             |                                                          |

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

### **Sistemas penales comparados**

|                                            |                                                       |
|--------------------------------------------|-------------------------------------------------------|
| Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania) | Manuel Vidaurri Aréchiga (México)                     |
| Luis Fernando Niño (Argentina)             | Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)                  |
| Alexis Couto de Brito (Brasil)             | Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)                   |
| Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)       | Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)        |
| Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)    | Svetlana Paramonova (Rusia)                           |
| Angie A. Arce Acuña (Honduras)             | Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay) |
| Giuseppe Amara (Italia)                    | Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)               |

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL:  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual\*

Massimo Luigi Ferrante\*\*

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

**ABSTRACT:** Viene analizzata la nozione di *dolus eventualis* comparando il sistema penale tedesco con quello italiano. Con riferimento a quest'ultimo non appare del tutto compatibile il concetto in questione, alla luce del tenore testuale dell'art. 43 del codice penale. Vengono quindi analizzate le posizioni della dottrina italiana sul punto e, in conclusione, l'autore auspica una riforma della materia in armonia con la Costituzione.

**KEY WORDS:** *Dolus eventualis*, intenzione, previsione e volontà dell'evento.

**RESUMEN:** Se analiza la noción de dolo eventual comparando el sistema penal alemán con el italiano. En referencia a este último, el concepto en cuestión no parece totalmente compatible, a la luz del art. 43 del Código penal italiano. Así pues, se analizan las posiciones de la doctrina italiana al respecto, proponiendo el autor como conclusión una reforma de la materia que la armonice con la Constitución.

**PALABRAS CLAVE:** dolo eventual, intención, previsión y voluntad respecto al resultado

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Las teorías cognitivas. III. Las teorías volitivas. IV. El criterio de aceptación del riesgo. V. Los intentos de la doctrina italiana de resolver el problema del dolo eventual. VI. Las propuestas de la doctrina para una reforma. VII. Consideraciones conclusivas.

### I. Introducción

Se me ha asignado la tarea de exponer un resumen de las posiciones doctrinales en materia de dolo eventual. Con este fin, por evidentes motivos de tiempo, estoy obligado a tomar en consideración solamente algunas de las teorías más significativas, con el obje-

tivo de identificar los aspectos más problemáticos de la materia, con particular referencia al sistema penal italiano.

Para alcanzar el objetivo anteriormente enunciado es absolutamente necesario considerar antes que nada las diferencias que se dan entre el Código penal italiano y el *Strafgesetzbuch*. De esta comparación, necesariamente

\* Texto de la intervención en el seminario "Nelle pieghe della volontà colpevole: intenzione e risultato. Tre casi controversi di omicidio con dolo eventuale", celebrado el 5 de febrero de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cassino. Traducción realizada por Víctor Manuel Macías Caro, doctorando de la Universidad de Módena y Reggio Emilia/Universidad Humboldt de Berlín.

\*\* Investigador confirmado de Derecho penal y Profesor agregado de Derecho penal de la Administración pública y de Derecho penal del deporte en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cassino.

apresurada, surgirán más claramente las mayores dificultades que debe afrontar la doctrina italiana respecto a la del otro lado de los Alpes. Dicho de forma extremadamente sintética, mientras que en el *Strafgesetzbuch* no hay ninguna definición de dolo (el § 15 StGB se limita a establecer la punibilidad de las meras conductas dolosas, excepción hecha con los casos de previsión expresa de la punibilidad de las conductas imprudentes)<sup>1</sup>, el art. 43, apartado I, primera parte, del Código penal italiano da, como es conocido, toda una definición de delito doloso: “(...) es doloso o según la intención, cuando el hecho lesivo o peligroso, que es el resultado de la acción u omisión y del que la ley hace depender la existencia del delito, es previsto por el agente y querido como consecuencia de la propia acción u omisión (...)”.

Se trata de una definición que constituye un tipo de lecho de Procusto para las exigencias de política criminal que aconsejan la punibilidad de las situaciones reconducibles al dolo eventual y la cual sería necesario tener en cuenta en un sistema penal marcado por la misma y, sobre todo, por el principio de legalidad, en especial por el subprincipio de taxatividad, entendido como prohibición de aplicar las normas penales fuera de los casos expresamente previstos por el legislador. De hecho, si es cierto que la tipificación del supuesto de hecho penal deriva de la combinación de la norma penal individual con las normas que regulan los elementos estructurales del delito, se hace evidente que, en ausencia de una voluntad de que se realice el resultado, la disposición que prevé un delito castigado a título de dolo debería considerarse aplicada fuera de los casos indicados por la ley tanto en el supuesto en el que se prevea el correspondiente tipo imprudente como, con mayor razón, en el supuesto contrario.

A la luz de estos problemas es necesario considerar las distintas posiciones doctrinales al respecto.

## II. Las teorías cognitivas

Ya clásica, la *teoría de la probabilidad* (*Wahrscheinlichkeitstheorie*), que ha tenido entre sus partidarios a Grossmann<sup>2</sup>, Grünhut<sup>3</sup>, Sauer<sup>4</sup>, H. Maier<sup>5</sup> y en Italia a Pessina<sup>6</sup>, sostiene que el dolo eventual se da cuando el autor considera el resultado como probable, mientras que la culpa consciente tiene lugar cuando lo considera solo posible. Encuadrable en las clásicas teorías llamadas cognitivas, que se basan en el elemento del dolo de la representación, la teoría en cuestión encontró una válida objeción centrada en las dificultades de establecer la diferencia entre probabilidad y mera posibilidad en términos de porcentajes<sup>7</sup>.

Para superar dichos problemas, otra postura de origen alemán, encuadrable también en la categoría de las teorías cognitivas (o, si se quiere, de la representación), la llamada *teoría de la posibilidad* (*Möglichkeitstheorie*), consideró justificada la punibilidad a título de dolo eventual basada en la mera representación de la posibilidad de la verificación del resultado. Se trata de una teoría, sostenida por H. Schröder<sup>8</sup>, Schmidhäuser<sup>9</sup>, Maihofer<sup>10</sup> y en Italia por Spasari<sup>11</sup>, que no se enfrenta con obstáculos estructurales insuperables en el sistema penal alemán, pero sí en el italiano, en el cual, como es conocido, la distinción entre dolo e imprudencia tiene su *τόπος* en el plano volitivo y no en el cognitivo, que es “común” al dolo y a la culpa con previsión, tomada en consideración como agravante por el art. 61, apartado 3, del Código penal italiano.

Objeciones estas que, *mutatis mutandis*, son extensibles a todas las posturas que con referencia al dolo se centran en el aspecto cognitivo. Por lo tanto, vale también para las propuestas más modernas, como las *teorías de la representación* de Frisch<sup>12</sup>, de Jacobs<sup>13</sup>, de Puppe<sup>14</sup> y el *criterio del peligro descubierto* de Herz-

1 El párrafo 15 StGB, titulado “*vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*”, establece textualmente: “*Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht*”.

2 GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburg, 1924, pp. 32 y ss.

3 GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, p. 16.

4 SAUER, “Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit”, en *ZStW*, 1931, p. 131.

5 MAIER, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeines Teil*, 1953, pp. 250 y ss.

6 PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Nápoles, 1871, p. 161.

7 Sobre ello véase CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1998, pp. 33 y ss.

8 SCHRÖDER, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, en *Sauer Festsschrift*, Berlin, 1949, pp. 207 y ss.

9 SCHMIDHÄUSER, “Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit”, en *GA*, 1957, pp. 305 y ss.

10 MAIHOFFER, “Zur Systematik der Fahrlässigkeit”, en *ZStW*, 1959, p. 191.

11 SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, pp. 125 y ss.

12 FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.

13 JACOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1993, pp. 258 y ss.

berg<sup>15</sup>, en tanto que el elemento volitivo del dolo, expresamente requerido por el Código penal italiano, es pasado por alto en estas últimas.

Así pues, las diferencias subrayadas al principio entre Código penal y *Strafgesetzbuch* han tenido una relevancia determinante por lo que respecta a la falta de difusión de las distintas teorías cognitivas en la doctrina italiana.

### III. Las teorías volitivas

Distinto es el discurso sobre las teorías llamadas volitivas, también de origen alemán. Abandonada la *teoría de la indiferencia* (*Gleichgültigkeitstheorie*), o si se quiere de la *Gesinnung*, desarrollada principalmente por Engisch<sup>16</sup> y centrada en la indiferencia del reo respecto al resultado como indicador del dolo eventual, mejor suerte encontró la *teoría de la aprobación* o *del consentimiento respecto al resultado*, sostenida con diversos matices por von Hippel<sup>17</sup>, Beling<sup>18</sup> y Maurach<sup>19</sup>. De acuerdo con la versión originaria de esta posición, el elemento volitivo del dolo se da cuando el resultado haya sido “aprobado”, mientras que en ausencia de dicha “aprobación” y en presencia de la “esperanza” del reo de que el resultado no se verifique, estaríamos en presencia de culpa consciente. En la doctrina italiana, se ha adherido en el pasado a esta postura Pecoraro Albani<sup>20</sup> y se vieron influidos en lo que respecta a la relevancia de la actitud interna del reo Morselli<sup>21</sup> y Malinverni<sup>22</sup>.

La teoría del consentimiento tuvo un desarrollo posterior, el cual sin embargo la ha desnaturalizado sustancialmente. De hecho, la versión moderna de dicha teoría se basa en una interpretación restrictiva del término “aprobación”, no influido por el rechazo emocional del resultado, lo cual dificulta la configurabilidad del dolo eventual en la versión originaria: entendido en sentido jurídico, dicho rechazo y también el deseo de que el hecho no se verifique no excluirían el consentimiento del autor. Esta versión ha encontrado una importante adhesión en el Tribunal Supremo alemán, con la sentencia del 4 de noviembre de 1988 en materia de contagio del VIH<sup>23</sup>. En realidad, observa correctamente Canestrari<sup>24</sup>, el concepto de “aprobación en sentido jurídico” no es definible y termina por no ser diferenciable del *criterio de aceptación del riesgo*.

### IV. El criterio de aceptación del riesgo

El criterio del que se acaba hacer mención encontró en Alemania, entre sus partidarios, aunque con matices diversos, a Armin Kaufmann<sup>25</sup>, Stratenwerth<sup>26</sup> y Jescheck<sup>27</sup> y es mayoritario también en la doctrina italiana: piénsese, entre muchos otros, en Delitala<sup>28</sup>, Antolisei<sup>29</sup>, Bettiol<sup>30</sup>, Marcello Gallo<sup>31</sup>, F. Mantovani<sup>32</sup> y Padovani<sup>33</sup>. A pesar de ello, en la línea con Eusebi<sup>34</sup>, Canestrari<sup>35</sup> e, incluso antes, con Bricola<sup>36</sup>, se puede considerar que dicho criterio constituye una fórmula vacía, mani-

14 PUPPE, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis”, en ZStW, 1991, pp. 1 y ss.

15 HERZBERG, “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit - Ein Problem des objektiven Tatbestandes”, en Jus, 1986, p. 777.

16 ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, pp. 233 y ss.

17 VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903, pp. 111y ss.

18 BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 194 y ss.

19 MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1971, pp. 263 y ss.

20 PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 306 ss.

21 MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, pp. 55 y ss.

22 MALINVERNI, “Gli stati affettivi nella nozione di dolo”, en Arch. pen., 1955, p. 351.

23 BGH, 4 novembre 1988, 1 StR 262/88. Sobre esta sentencia, véase CANESTRARI, “La rilevanza del rapporto sessuale non protetto dell'infeito Hiv nell'orientamento del BGH”, en Foro italiano, IV, 1991, pp. 149 y ss.

24 CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, *Manuale diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 397.

25 KAUFMANN, A., “Der dolus eventualis im Deliktsaufbau”, en ZStW, 1958, pp. 74 y ss.

26 STRATENWERTH, “Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit”, en ZSTW, 1958, pp. 51 y ss.

27 JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, pp. 299 y ss.

28 DELITALA, “Dolo eventuale e colpa cosciente” en Annuario dell'Università cattolica, 1932.

29 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1975, pp. 277 y ss.

30 BETTIOL, G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, pp. 463 y ss.

31 GALLO, M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Il reato, Parte II, L'elemento psicologico, Torino, 2001, pp. 119 y ss.

32 MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1979, pp. 280 y ss.

33 PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, p. 251.

34 EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, en Riv. it. dir. proc. pen., 1987, pp. 1076 y ss.

35 CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, op. cit., p. 398.

36 BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, Milano, 1960, p. 5.

pulable en virtud de las exigencias de política criminal. Los asuntos judiciales en los que se ha hecho reiteradamente un mal uso de dicho concepto constituyen una prueba de esta observación...

De hecho, si se hace memoria de la fórmula vaga que se enseña a los estudiantes (existencia de dolo eventual cuando el sujeto, después de haberse representado la posibilidad de verificación del resultado, actúa pese a dicha representación “aceptando el riesgo” de que el mismo se verifique), resulta muy difícil sostener que la aceptación del riesgo de que se verifique el resultado equivalga a la volición de este y que en casos así se esté en presencia de una verdadera intención. Aquí, como se ha dicho anteriormente, el intérprete italiano debe arreglar cuentas tanto con la formulación citada más arriba del primer inciso del primer apartado del art. 43 CP, que exige que el resultado que *querido* y define el delito doloso “según la intención”, como con el principio de taxatividad.

Dado el carácter de verdad de Perogrullo, esta consideración podría compararse con el descubrimiento de la pólvora, si las exigencias de política criminal, de algún modo sentidas como propias por gran parte de la doctrina italiana, no hubieran llevado a “remover” dicho aspecto de inconstitucionalidad. Se trata de una remoción perniciosa, requerida por las mencionadas exigencias, hoy particularmente advertidas por la opinión pública, que solicita de manera emocional (y a veces sin orden ni concierto) un Derecho penal de la seguridad a costa del Derecho penal constitucionalmente orientado.

En una situación de este tipo, puede observarse cómo la expresión “dolo eventual” adquiere todos sus posibles significados: el adjetivo “eventual”, que se debería haber referido al resultado o evento previsto, termina, sobre la base de las interpretaciones criticadas anteriormente, por referirse por el contrario al dolo en tanto que este último puede no darse en el supuesto de hecho concreto y por lo tanto su existencia puede resultar meramente eventual...

### V. Los intentos de la doctrina italiana de resolver el problema del dolo eventual

Resulta por ello comprensible la toma de posición de Pannain, quien partiendo del repudio por parte del

legislador italiano a la teoría de la representación consideraba como su consecuencia inevitable la eliminación del dolo eventual del Derecho penal italiano<sup>37</sup>. Otros autores, pese a no llegar a una conclusión tan radical, formularon propuestas diversas entre sí, aunque unidas todas en su intento de delimitar la preocupante potencia expansiva del concepto en cuestión, no queriendo resignarse (permítaseme asumir como propia una terminología usada por la doctrina alemana, *sich abfinden*<sup>38</sup>, precisamente en materia de *bedingter Vorsatz*) a las desarmonías aplicativas que imperan hoy en día.

Piénsese en Pagliaro, que ha tomado para tal fin la primera fórmula de Frank<sup>39</sup>. Como se sabe, de acuerdo con dicha fórmula se estaría en presencia de dolo eventual en el caso en el que del análisis del delito y del modo con el que el autor ha perseguido el fin concreto se deduzca que habría actuado igualmente en el caso de certidumbre respecto al resultado lesivo conectado con su acción, mientras que se estaría en presencia de culpa consciente cuando se deduzca por el contrario que se habría abstenido<sup>40</sup>. Es bien conocida la principal crítica a dicho criterio: un juicio presuntivo no parece idóneo al fin de determinar una responsabilidad dolosa, visto el hecho de que esta última se basa en una relación psicológica efectiva, que no puede ser determinada sobre la base de razonamientos hipotéticos<sup>41</sup>.

Dicha observación, dotada de una validez de fondo sin duda, no elude sin embargo la consideración de que entre la opción de basarse en una voluntad hipotética y la de basarse en una “no voluntad” (representada por la aceptación del riesgo), parece preferible la primera. De hecho, aquella no deja de ser voluntad, por muy hipotética que sea, y se ve identificada además sobre la base de hechos. Para dicho propósito, reconstruir la que habría sido la voluntad del autor en el supuesto en el que hubiese certeza respecto a la verificación del resultado, y hacerlo sobre la base de datos fácticos, constituye un criterio más selectivo que los supuestos de dolo eventual respecto al criterio de la aceptación del riesgo. El primero se centra en una criba más rigurosa y profunda de la situación en la que el sujeto ha actuado, dado que no se basa exclusivamente, como sucede en gran parte con el criterio de la aceptación del riesgo, sobre el grado de posibilidad de verificación del resultado, sino

37 PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, tomo I, Torino, 1967, p. 437.

38 Usan esta expresión, entre otros: JESCHECK/WEIGEND, op. cit., p. 299.

39 PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1980, pp. 292 y ss.

40 FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Tübingen, 1926, p. 182.

41 Sobre esto, véase CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, op. cit. p. 396.



que tiene en cuenta aspectos fácticos y personales que han marcado la propia situación.

Otro intento de delimitar el ámbito del dolo eventual ha sido efectuado por *Canestrari*. Partiendo de la constatación de la crisis del criterio de la aceptación, el autor boloñés propone una fisonomía del dolo eventual más compleja, estructurada en dos vertientes, la objetiva y la subjetiva<sup>42</sup>. La primera se centra en el *riesgo (no consentido) doloso*, o sea, el riesgo cuya asunción un hombre medio de la misma profesión y condición del autor no puede tomar seriamente en consideración. La segunda vertiente, la subjetiva, se centra, a nivel cognitivo, en una efectiva representación del concreto resultado ofensivo (representación necesariamente fundada sobre el conocimiento de la situación de hecho) y, a nivel volitivo, en la aceptación no solamente del riesgo, sino también del resultado. Se trata de un esfuerzo interpretativo válido (dirigido también a limitar los casos de violación del principio de taxatividad) que, pese a ser elaborado *de iure condito*, ha sido propuesto por el autor, como se verá a continuación, también *de iure condendo*.

## VI. Las propuestas de la doctrina para una reforma

Para delimitar el concepto de dolo eventual, la doctrina italiana ha realizado grandes esfuerzos, dignos de atención también respecto a la reforma del Código penal. No siendo posible en esta sede hacer referencia a todos, permítase indicarse de forma breve algunos. Piénsese en la propuesta de *Canestrari*<sup>43</sup>, cuyas líneas esenciales acaban de ser delineadas *de iure condito*. Piénsese en la de *Prosdocimi*<sup>44</sup>, sobre la base de la cual

para existir dolo eventual la aceptación del riesgo se debería traducir en una deliberada aceptación del hecho. Piénsese en la contribución de *Masucci*<sup>45</sup>, que ha propuesto especificar normativamente que el resultado se debería considerar querido también en el caso de que sea previsto como consecuencia cierta o concretamente posible de la conducta.

Piénsese, sobre todo, en los varios proyectos de reforma del Código en los cuales la contribución de la Academia ha sido determinante, incluso si los resultados no han sido siempre aparentemente satisfactorios. De hecho, para resolver los problemas en cuestión no basta añadir junto al dolo intencional una noción de dolo eventual centrada en la representación de que la verificación del resultado ofensivo sea altamente probable con posterioridad a la conducta, como se ha hecho en el proyecto Nordio<sup>46</sup> o añadir a dicho requisito la aceptación del riesgo, como ha sido el caso del proyecto Grosso<sup>47</sup>. Estas se tratarían de intervenciones legislativas que presentarían problemas respecto al principio de legalidad, en particular respecto al subprincipio de taxatividad, en tanto que resultan indeterminados tanto el concepto de *alta probabilidad* y el criterio para averiguarlo, como, de acuerdo con lo discutido anteriormente, el concepto de *aceptación del riesgo*. Consideraciones análogas valen para el concepto de posibilidad concreta de la verificación del evento, recordado por *Masucci*.

Para intentar superar estos callejones sin salida, teniendo como fin una reforma penal que respetase la Constitución, sería necesario tomar nota de las propuestas de *Canestrari*, de *Prosdocimi* y del proyecto

42 CANESTRARI, *Dolo eventuale*, op. cit., pp. 21 y ss. y pp. 75 y ss; CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, op. cit., pp. 398 y ss.

43 "Hay dolo siempre que el autor se representa concretamente la realización del hecho típico como consecuencia posible de la propia conducta y acepta su verificación. El riesgo de realización del hecho típico debe ser no consentido y de naturaleza tal que su asunción no puede ni siquiera ser tomada en consideración por una persona diligente y diligente del círculo social al que pertenece el autor, puesta en la situación en la que se encontraba el sujeto concreto y en posesión de sus conocimientos y capacidad." (CANESTRARI, *Dolo eventuale*, op. cit., pp. 320 y ss.).

44 "Hay dolo eventual siempre que la aceptación del riesgo de realización del tipo se traduce en una deliberada aceptación del hecho, considerado como potencial precio de un resultado intencionalmente perseguido." (PROSDOCIMI, *Considerazioni su dolo eventuale e colpa con previsione*, *Prospettive di riforma del codice penale*, p. 173).

45 MASUCCI, "Fatto" e "valore" nella definizione del dolo, Torino, 2004, p. 398.

46 El art. 19 del proyecto elaborado por la Comisión presidida por Carlos Nordio, artículo dedicado al delito doloso, establece textualmente: "El delito es doloso cuando el autor despliega la conducta activa u omisiva con la intención de que se verifique el resultado lesivo o peligroso constitutivo de delito, o bien con la representación de que, con posterioridad a su conducta, la verificación del resultado ofensivo es cierta o altamente probable." El proyecto está publicado en Italia Oggi, 5 de agosto de 2004, pp. 43 y ss.

47 El proyecto elaborado por la Comisión presidida por C. F. Grosso establece, en su art. 30 dedicado al dolo, lo siguiente "1. Responde a título de dolo quien con una conducta voluntaria activa u omisiva, realizare un hecho constitutivo de delito:

a) si actúa con la intención de realizar el hecho,

b) si actúa representándose la realización del hecho como cierta, o bien como altamente probable, aceptando el riesgo de la misma".



Pisapia<sup>48</sup> basadas sobre la *aceptación del hecho*. Se introduciría así un concepto más determinado respecto al de aceptación del riesgo y sobre todo más próximo a una dimensión volitiva: el aceptar un resultado es más próximo a quererlo que el aceptar el mero riesgo de dicho resultado. Además, de ese modo se valorizaría también la importancia de los datos del caso concreto con relevancia para averiguar la decisión del autor<sup>49</sup>.

### VII. Consideraciones conclusivas

En conclusión, las tendencias de la doctrina italiana contrarias a la expansión del concepto de dolo even-

tual (y a la consecuente invasión del terreno de la culpa consciente) se posicionan, con buen criterio, en contra de la opinión de que a la doctrina le compete encontrar servilmente una justificación a las aberraciones interpretativas impuestas, en contra de la Constitución, por “exigencias de política criminal”. La tarea de los estudiosos es muy distinta, a saber, la de realizar anotaciones exegéticas y dogmáticas rigurosamente en línea con los principios constitucionales, ejerciendo una función de “magisterio” respecto a los otros operadores jurídicos.

---

48 El art. 16 del proyecto, apartado c), elaborado por la Comisión presidida por Giuliano Pisapia establece textualmente: “...*el delito es doloso también cuando el autor acepta el hecho representado como altamente probable y la aceptación es deducible de elementos unívocos, siendo posible en dicho caso la aplicación de una atenuante facultativa*”.

49 En dicho sentido CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, op. cit., 399. Sobre esto, también ROMANO, M., *Commentario sistematico al codice penale*, tomo I, Milano, 2004, p. 412; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, p. 32; DE FRANCESCO, “Dolo eventuale e colpa cosciente”, en Riv. it. dir. proc. pen., 1988, pp. 120 y ss.