

El dolo eventual

M^a DEL MAR DÍAZ PITA
Doctora en Derecho

Prólogo
D. Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal

tirant lo blanch

Valencia, 1994

Copyright © 1994

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

© M^a DEL MAR DIAZ PITA

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/361 54 80
DEPOSITO LEGAL: V - 1330 - 1994
I.S.B.N.: 84 - 8002 140 3
IMPRIME: GUADA LITOGRAFIA, S.L. PM

ÍNDICE

Capítulo I INTRODUCCIÓN

I.1.	La problemática del dolo eventual.....	15
I.2.	Necesidad de una teoría unitaria del dolo	41

Capítulo II PRIMER CRITERIO DE DELIMITACIÓN: EL NIVEL COGNITIVO

II.1.	Introducción: el conocimiento como elemento del dolo ...	47
II.1.a.	Concepto de conocimiento	48
II.1.b.	Significado extrajurídico del conocimiento	49
	A. Problemas planteados por la adopción de una perspectiva psicológico-individual	52
II.1.c.	El conocimiento como elemento del dolo en la Doctrina penal	55
	A. Consciencia y dolo en la Doctrina penal.....	55
	B. La tesis de Platzgummer: la co-consciencia	58
	B.1. Crítica a la tesis de Platzgummer	62
	B.1.a. La crítica de Köhler	63
	B.1.b. La crítica de Schewe	66
	C. Conocimiento «actual» y conocimiento «potencial» en la Doctrina penal	67
II.1.d.	Criterios para la constatación del elemento cognitivo	71
II.2.	El conocimiento como paradigma de delimitación	75
II.2.a.	Conocimiento del tipo objetivo: las teorías tradicionales	76

A.	El conocimiento del tipo objetivo en su totalidad	76
A.1.	La crítica de Frisch	80
A.1.a.	El conocimiento del resultado: la perspectiva «ex ante»	80
A.1.b.	Naturaleza y función del tipo objetivo	84
B.	El conocimiento del tipo como paradigma de delimitación	88
B.1.	Teoría de la representación	90
B.2.	Teoría de la probabilidad	95
B.3.	Crítica a las teorías cognitivas	98
II.2.b.	Conocimiento selectivo del tipo	109
A.	La tesis de ● tto	110
II.2.c.	Conocimiento del comportamiento típico: la tesis de Frisch.....	113
A.	La dimensión injusta típicamente relevante del comportamiento	116
A.1.	Contradicción con el Derecho	117
A.2.	Especial peligrosidad	120
A.2.a.	La consideración «ex ante» de la peligrosidad del comportamiento .	126
B.	Crítica	130

Capítul● III

SEGUNDO CRITERIO DE DELIMITACIÓN: EL NIVEL VOLITIVO

III.1.	Introducción: la voluntad como elemento del dolo	139
III.1.a.	Concepto de voluntad.....	140
III.1.b.	Significado extrajurídico de voluntad	141
III.1.c.	La voluntad en Derecho penal	144
A.	Voluntad y dolo.....	145
B.	Voluntad y acción	150
B.1.	Teoría causalista	151
B.2.	Teoría finalista	153
B.3.	Teoría negativa de la acción	156
C.	Toma de postura	160

C.1. La voluntad como elemento de la acción .	160
C.2. La voluntad como elemento del dolo	165
III.2. La voluntad como paradigma de delimitación	167
III.2.a. Las teorías tradicionales	168
A. Teoría del consentimiento	168
A.1. Versión jurisprudencial. Crítica	169
A.2. La «segunda fórmula de Frank». Crítica ...	171
A.3. La «primera fórmula de Frank». Crítica	173
B. Teoría del sentimiento o de la indiferencia	177
B.1. Exposición y crítica	177
III.2.b. Las nuevas tendencias	182
A. El elemento volitivo del dolo como decisión	184
A.1. La tesis de Roxin	184
A.1.a. Líneas fundamentales	184
A.1.b. Criterios de delimitación en el caso concreto	187
A.2. La tesis de Hassemer	190
A.2.a. La adopción de una perspectiva normativa	190
A.2.b. El dolo como decisión que refleja una mayor responsabilidad del sujeto	192
A.2.c. El dolo como disposición	195
A.3. La tesis de Philipps	198
A.3.a. Insuficiencia del elemento volitivo entendido como voluntad para una delimitación correcta entre dolo eventual e imprudencia consciente	199
A.3.b. El dolo como decisión adoptada en una situación de riesgo	204
B. El elemento volitivo del dolo como asunción: la tesis de Schroth	207
B.1. La constatación del dolo eventual como juicio práctico	208
B.2. El dolo como «asunción de los elementos constitutivos del injusto»	210
B.3. Casos en los que el sujeto no asume las circunstancias constitutivas del injusto	213

Capítulo IV
TERCER CRITERIO DE DELIMITACIÓN:
EL RIESGO

IV.1.	Introducción: el riesgo en Derecho penal	219
IV.1.a.	El concepto de riesgo	219
IV.1.b.	El riesgo como objeto del elemento cognitivo del dolo	223
	A. El riesgo concreto	224
	B. El riesgo normativamente relevante	226
IV.2.	La tesis de Herzberg: el conocimiento del «peligro desprotegido»	229
IV.2.a.	Exposición	229
IV.2.b.	Crítica	233
IV.3.	La tesis de Jakobs: el «riesgo habitual»	236
IV.3.a.	Exposición	236
	A. La ratio de la más grave penalidad del dolo	237
	B. El riesgo habitual	241
	B.1. El conocimiento del sujeto como juicio válido	242
	B.2. La evitación del resultado	243
	B.3. El bien jurídico amenazado	244
	B.4. El riesgo habitual	245
IV.3.b.	Crítica	246
IV.4.	La recklessness anglosajona	249
IV.4.a.	La recklessness como conocimiento del riesgo	249
	A. Exposición	249
	B. Clases de recklessness	252
	C. Naturaleza de la recklessness	254
IV.4.b.	¿La recklessness en Derecho español?	256

Capítulo V
CUARTO CRITERIO DE DELIMITACIÓN:
DIFERENCIAS ESTRUCTURALES

V.1.	Introducción: las diferencias de estructura entre el dolo y la imprudencia	261
------	--	-----

V.2.	La tesis de Armin Kaufmann: la voluntad activa de evitación	262
V.2.a.	Líneas generales	262
V.2.b.	Aplicación al caso concreto	266
V.2.c.	Crítica.....	269
V.3.	La tesis de Kindhäuser: error sobre la capacidad preventiva del sujeto	274
V.3.a.	Exposición	274
	A. Concepto teleológico de acción	274
	B. Disfuncionalidad de la intencionalidad en el concepto de dolo	278
	C. El control sobre la acción	280
	D. El error sobre la evitabilidad del resultado	283
V.3.b.	Consecuencias de esta teoría en la problemática del dolo eventual	286

Capítulo VI

HACIA UNA TEORÍA UNITARIA DEL DOLO

VI.1.	Insuficiencia del conocimiento como único paradigma delimitador	290
VI.2.	Necesidad del elemento volitivo	300
	VI.2.a. La ratio de la más grave penalidad del dolo.....	301
	VI.2.b. El dolo como decisión	307
VI.3.	El riesgo y la capacidad de evitación como indicadores adecuados del dolo	311
	VI.3.a. El riesgo como elemento de la situación típica global	311
	VI.3.b. La capacidad de evitación	314
VI.4.	Conclusiones previas	318
VI.5.	Operatividad del concepto de dolo como «decisión contraria al bien jurídico protegido»	322
	VI.5.a. Análisis previo de la postura jurisprudencial	323
	VI.5.b. Grupos de casos	329
	A. Delitos cometidos en el ámbito del tráfico viario	330
	B. Delitos de homicidio y lesiones cometidos fuera del ámbito del tráfico viario.....	336
	C. Problemas de calificación en los supuestos de utilización de medios constitutivos del tipo de asesinato	345

VI.6. Resumen	349
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	353