

En la tipicidad se trata de comparar la conducta histórica concreta realizada con la descripción abstracta plasmada por el legislador en una norma. Las descripciones legales (los tipos) contienen elementos externos u objetivos, como también internos o subjetivos: así, el homicidio no es la mera realización de la muerte de alguien, sino la de carácter *doloso* (aparte, la imprudente: L.5). Y también las concretas conductas contienen elementos tanto objetivos, como subjetivos (L.3). La faceta subjetiva se refiere a la representación o conocimiento por el agente de los elementos de la tipicidad objetiva. Es decir, se trata de que lo objetivo del hecho (el riesgo desplegado por la conducta) sea conocido por el sujeto agente (esto es, que se lo haya representado). La «tipicidad subjetiva» o «imputación subjetiva» consiste en valorar si el agente conoce el riesgo de su conducta; es decir, si obra con dolo.

Entendemos por dolo el *conocimiento por el agente del riesgo que encierra su conducta*. Con otras palabras, la *conciencia de realizar los actos del tipo*. No se exige que además sepa que está prohibido, lo cual no es objeto del dolo, de la tipicidad subjetiva, sino de la culpabilidad (N.111); tampoco se exige que el agente goce de perfectas condiciones psíquicas, las cuales pueden influir o condicionar el dolo, pero no se identifican (C.35). Históricamente el término «*dolus*», proveniente del Derecho privado romano, en el que significa fraude, engaño..., de donde, a finales del siglo XIX, pasa a la teoría del delito (sobre todo, por v. LISZT): poseía entonces una carga de desvalor, es decir, se trataba de un concepto peyorativo. De ahí la denominación de *dolus malus* (conciencia y voluntad de realizar un delito, así como conciencia y voluntad de su carácter antijurídico) que durante siglos fue identificada con el elemento subjetivo del delito. Gracias al finalismo (WELZEL), de mediados del s. XX, se desgajó de dicho concepto el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. Este contenido se situó en la categoría de la culpabilidad y no en la tipicidad. Pasó a hablarse entonces del dolo como *dolus naturalis*, es decir, limitado sólo al conocer y querer realizar la conducta, sin incorporar elementos de la culpabilidad. En tiempo más reciente, el dolo se ha entendido como mero conocimiento, y no además como voluntad. Más en concreto: dolo es la representación del riesgo que encierra la propia conducta. Se trata de un concepto meramente cognoscitivo, y no volitivo, de dolo. Los elementos volitivos pueden afectar a otras categorías de la teoría del delito, pero no conforman el dolo.

La legislación penal española no aporta una definición de dolo. Sí se refiere en cambio a los casos en los que desaparece el dolo (el desconocimiento o error: art. 14.1-2 CP), que no se refieren a la voluntad, en cambio. De aquí se deriva que para el dolo baste el conocimiento, concretamente, del riesgo de la conducta. La definición (aun minoritaria en doctrina y jurisprudencia) que nos parece idónea es la del dolo como *conocimiento del riesgo de la conducta*.

Puesto que el dolo se refiere a la conducta, habrán de coincidir la faceta interna y externa; y deberán coincidir al menos durante un momento relevante. Se trata de los denominados criterios de referencia y simultaneidad (HRUSCHKA). El *criterio de referencia* indica que la representación o conocimiento (interno) debe referirse al riesgo (externo) del tipo, y no a otros factores irrelevantes. De tal manera que no será doloso el actuar en el que hay una divergencia relevante entre lo objetivo y lo subjetivo: son los casos de «tipos divergentes» (L.4 y L.5). Así, dolo y error se excluyen mutuamente: cuando hay dolo no hay error, y cuando se yerra, es porque se ha dejado de conocer. En definitiva, el criterio de referencia en materia de dolo expresa que el conocimiento debe

referirse al riesgo que la conducta despliega. Obsérvese cómo el sujeto puede conocer unos aspectos del hecho y no otros: lo esencial a estos efectos es que conozca los elementos que el tipo del delito en cuestión exige. Además, el *criterio de simultaneidad* expresa que la representación (lo subjetivo) debe referirse al riesgo (lo objetivo) al menos durante un tiempo relevante en el que éste se despliega. De este modo, no hay dolo si la representación no va seguida de creación de riesgo, aunque se produzca en efecto el resultado (*dolus praecedens*), como tampoco se convierte en doloso el conocimiento sobrevenido con posterioridad al resultado acontecido (*dolus subsequens*). Quien desea matar a otro, y planea incluso cómo llevarlo a cabo, no obra con dolo si no da inicio a un riesgo acorde con su representación (podrá tener malos deseos, pero dolo no); y quien, tras ver que alguien ha sufrido un daño, se alegra de lo producido, e incluso estaría dispuesto a hacerlo por sí mismo, tampoco obra con dolo, pues no coincidieron en el tiempo (sus malos sentimientos no convierten en doloso lo ya pasado). De este modo, se puede decir que los llamados «dolo» antecedente y subsiguiente no son propiamente dolo.

Como elemento interno que es, el dolo no es perceptible por los sentidos, sino que se atribuye o imputa en virtud de inferencias: es decir, se deriva de datos exteriores perceptibles. Por tanto, la atribución de una acción como dolosa se basa en la constatación, desde una perspectiva *ex ante*, de que el agente actualizó conscientemente las reglas de experiencia adquiridas en el cotidiano proceso de aprendizaje que le permitían anticipar las consecuencias de las propias acciones (SILVA y BALDÓ). Si se lo representó, y aun así continuó actuando (C.34), no es racional pensar que obrara sin dolo.

Tradicionalmente el dolo se ha clasificado en dolo directo de *primer grado* o intención (conciencia y voluntad predominante de realizar la conducta: C.31 y C.36), dolo directo de *segundo grado* o de consecuencias necesarias (voluntad de realizar la conducta con conciencia clara de la producción de ciertas consecuencias como inevitables: C.32 y C.37) y dolo *eventual* o de consecuencias eventuales (conciencia dudosa de estar realizando los actos que exige el respectivo tipo de un delito: C.33 y C.38). Además de su elevado psicologismo (lo cual ya es inadecuado para un saber práctico como es el Derecho), dicha tripartición carecería de sentido, si no fuera porque hay una serie de casos de difícil enjuiciamiento, aquellos en los que no es fácil distinguir dolo (eventual) de la imprudencia (L.5 y N.32).

Para diferenciar ambos grupos de conductas entre el dolo y la imprudencia, se han propuesto diversos criterios: entre otros, i) el del consentimiento o aprobación (será dolo eventual si el sujeto al menos se conforma con lo que vaya a pasar); ii) de la probabilidad (será dolo eventual si el sujeto cuenta con una elevada probabilidad de producción del resultado); y iii) el del sentimiento (será dolo eventual si demuestra al obrar un desprecio por el bien jurídico afectado). Pero dichos tres criterios no son satisfactorios: el del consentimiento, porque no resuelve sino que sólo traslada el problema a la decisión de si el agente consintió o aprobó la conducta, que es de lo que se trataba de decidir (petición de principio); el de la probabilidad porque no indica qué grado de probabilidad se exige como suficiente para afirmar el dolo; y el del sentimiento porque confunde el dolo con una actitud interna. El criterio diferenciador debe provenir del concepto mismo de dolo: si el dolo es conocimiento, dejará de existir cuando se dé un error; es decir, la clave está en identificar un *momento de error* respecto al riesgo del tipo, lo cual hará que la conducta pueda considerarse como imprudente (L.5). Sin embargo, hay casos de desconocimiento o error que se consideran dolosos. Son aquellos

supuestos en los que el agente *conoce que desconoce* el riesgo de su conducta y, a pesar de ello, continúa actuando; el sujeto sabe que está en error y no obstante sigue obrando (C.33). De ser así, se trataría de casos de error que no dejan de imputarse (como imprudencia), sino que se imputan al agente como dolosos (hay en efecto algo de imputación extraordinaria\* en estos casos: N.32).