

Dolo: ¿Conocimiento y voluntad?.

Willful misconduct: ¿ Knowledge and will?

Abg. Francisco Moreno*

Investigador Jurídico Independiente

Abg. Gianina Naranjo**

Investigadora Jurídica Independiente

Infomación del Artículo

Original - Ruptura, 2020

Artículo recibido / Received: 8 de septiembre, 2020

Artículo aceptado / Accepted: 12 de diciembre, 2020

Citación

Moreno, F. y Naranjo, G. (2020). *Dolo: ¿Conocimiento y voluntad?*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2020, p (533-559).

DOI: 10.26807/rr.vi02.43

Resumen: El dolo, desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria, se compone de dos elementos: uno cognitivo y uno volitivo. Si bien la doctrina afianzada ha desarrollado estos elementos de manera prolija y convincente, los problemas se reflejan en su aplicación en la realidad jurídico-procesal, en donde el elemento subjetivo de la voluntad (el más problemático), parece imposible de probar y, en este contexto, se recurre a soluciones que podrían interpretarse como contradictorias respecto de dicha conceptualización. Así, observamos

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Libre ejercicio de la profesión. Correo electrónico: fmoreno@morenotorreslegal.com

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Actualmente se encuentra en el libre ejercicio de la profesión y es candidata a Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: gianinananarajo@gmail.com

algunas teorías y soluciones jurisdiccionales como la utilización de la teoría de la probabilidad, la deducción del elemento volitivo o, incluso, la falta de valoración del elemento volitivo en el caso concreto. Ello nos lleva a preguntarnos si es necesaria la voluntad para la fundamentación del dolo o si, por el contrario, es un criterio doctrinal de imposible aplicación práctica. La respuesta, desde la perspectiva de este artículo, la encontraremos en el desarrollo jurisprudencial y, en cierta medida, en aquella doctrina minoritaria que considera que el elemento volitivo es irrelevante para la configuración del dolo.

Palabras clave: Dolo. Conocimiento. Voluntad. Imprudencia. Dolo eventual.

Abstract: *Willful misconduct, from the most doctrinally accepted perspective, is made up of two elements: knowledge and will. Although the established doctrine has developed these elements in a neat and convincing manner, the problems are reflected in their application during criminal procedures, where the subjective element of the will (the most problematic), seems impossible to prove and, in this context, the real application of the concept could be interpreted as contradictory with its elements. Therefore, we observe the application of the theory of probability, the deduction of the volitional element based on the knowledge of the elements that make a behavior typical, or even the lack of valuation of the will in the concrete case. This leads us to wonder if the will is necessary for the foundation of willful misconduct or if it is a doctrinal criterion of impossible practical application. The answer, from the perspective of this article, will be found in the jurisprudential development and, to a certain extent, in that minority doctrine that considers that the volitional element is irrelevant to the configuration of willful misconduct.*

Keywords: *Willful misconduct. Knowledge. Will. Negligence. Willful Blindness.*

Introducción

El dolo, ya como elemento de la culpabilidad (causalismo) o como elemento del tipo (doctrina moderna), ha transitado por un amplio desarrollo dogmático y jurisprudencial que, actualmente, lo define -de acuerdo con la doctrina mayoritaria- como el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo; es decir, que se compone de un elemento cognitivo y un elemento volitivo.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en relación con lo expuesto, considera que el dolo, como elemento subjetivo del tipo, se compone de dos elementos básicos: el conocimiento y la voluntad, esto es, el saber y querer realizar el tipo. Esta es la línea que sigue nuestra jurisprudencia, en concordancia con la norma prevista en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) (2014, Art. 26), si bien sin la última reforma del 2019, pero que, como se observará posteriormente, sigue requiriendo el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo.

A nivel adjetivo se constata que en el curso del proceso penal debería probarse el elemento cognitivo y volitivo del dolo como fundamento de la responsabilidad penal. Siendo materia de esta investigación el elemento volitivo, cabe manifestar que la doctrina lo ha definido conceptualmente ya como “la decisión en contra del bien jurídico” (Roxin, 1997; Díaz Pita, 2005); “el querer al menos en el sentido de aceptar” (Mir, 2016); “aprobar o consentir” (teorías del consentimiento); o, “tolerar el resultado, aceptar la configuración del tipo” (Stratenwerth, 2005); empero, la realidad es que se suelen presentar deficiencias en la aplicación procesal concreta cuando nos encontramos sobre la delgada línea entre el dolo eventual y la culpa consciente, o sobre la valoración y prueba de un elemento interno y subjetivo del sujeto.

Si bien el objeto del presente artículo será el componente adjetivo o de aplicación en la realidad procesal del dolo, para el efecto se requerirá un análisis doctrinal de las teorías del dolo más relevantes en la actualidad.

Para ello se desarrollará de forma sucinta en primer lugar, la teoría aceptada por la doctrina mayoritaria; posteriormente, aquella que postula la idea de la configuración del dolo sin voluntad (cognitiva subjetiva); a continuación, la teoría del dolo como atribución normativa (cognitiva normativa); posteriormente se realizará un análisis jurisprudencial de la relevancia del elemento volitivo en la configuración del dolo en función de las teorías previamente observadas; y, finalmente, se estudiará la reciente reforma normativa al concepto del dolo en el Ecuador.

I. Metodología

El presente artículo, por la naturaleza del tema investigado, se desarrolló sobre la base de un enfoque cualitativo, aplicando a su vez el método deductivo para el análisis de criterios doctrinales en relación con el dolo como elemento del tipo y fundamento de la pena, desde las teorías: volitiva, cognitiva subjetiva y cognitiva normativa para, finalmente, realizar un estudio de la aplicación práctica de dichos conceptos en el ámbito procesal de países como España, Perú, Colombia y Ecuador. Ello con el fin de determinar la aplicabilidad práctica o no del concepto tradicional de dolo como conocimiento y voluntad de la realización del tipo en el marco de un proceso penal concreto.

II. Resultados

- a) Para la doctrina mayoritaria el dolo se compone de dos elementos: conocimiento y voluntad.
- b) La voluntad puede interpretarse como el comportamiento humano desplegado por el sujeto una vez que ha conocido los elementos que hacen típica la conducta.
- c) Para la teoría volitiva, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente radica en el querer o no de la realización del resultado (consentir, aceptar).

- d) El elemento volitivo es irrelevante para la configuración del dolo de acuerdo con las teorías cognitivas (cognitiva subjetiva y cognitiva normativa).
- e) La diferencia conceptual y de aplicación práctica entre dolo eventual y culpa consciente constituye un tema de amplia discusión en la doctrina. La jurisprudencia, suele resolver dichos problemas en base a la aplicación de la teoría del consentimiento o la teoría de la probabilidad.
- f) El elemento volitivo, al ser valorado desde la esfera interna del sujeto activo, no se prueba en la práctica procesal.
- g) En la práctica, los Tribunales Penales al imputar un delito a título de dolo no evidencian valoración de prueba en relación con el elemento volitivo, sino que lo deducen del conocimiento. En ocasiones, ni siquiera lo mencionan.
- h) El dolo en el Ecuador, a partir de la reforma al COIP efectuada en el 2019, de acuerdo con el criterio de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia desarrollada con anterioridad a la misma, se compone de conocimiento y voluntad.
- i) A fin de evitar la existencia de subjetividad en el curso de un proceso penal, se debe entender a la voluntad como algo inherente a cualquier comportamiento humano y por tanto irrelevante como elemento para configurar el dolo.

III. Discusión

3.1 El dolo, como criterio de imputación subjetiva

3.1.1. Doctrina mayoritaria

El concepto de dolo, como elemento subjetivo del tipo penal y fundamento de la pena, ha sido ampliamente discutido por la doctrina y analizado desde varias teorías. No obstante, el que mayor acogida ha tenido en la doctrina mayoritaria es aquel que incluye dos elementos: el volitivo y el cognitivo.

Los partidarios de esta teoría definen al dolo como el conocimiento y voluntad en la realización de los elementos del tipo penal, de manera que el resultado es una consecuencia de aquello que es conocido y a su vez querido por el autor (Polaino, 2015). En este sentido, el dolo se constituye como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce como contrario a la ley (Carrara citado por Peña, 2017).

Tanto el elemento volitivo (relativo a la voluntad de realización de la conducta) como el elemento cognitivo (referente al conocimiento previo a la ejecución del tipo), revisten gran complejidad tanto en su delimitación conceptual como en su aplicación y prueba en un caso concreto. Ello en virtud de que, desde la perspectiva de esta teoría, el dolo tendría un doble componente psicológico que debería demostrarse en el marco de un proceso penal para que el reproche a título de dolo se encuentre justificado.

El elemento volitivo implica la predisposición del sujeto de ejecutar una acción determinada, tolerar el resultado y aceptar la configuración del tipo como consecuencia de dicha acción (Stratenwerth, 2005). Por ende, el dolo se configura cuando el sujeto quiere o persigue la producción del resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción (Cerezo, 2000).

Para Jescheck (2002) “el elemento volitivo del dolo, consiste en la resolución dirigida a la realización de la acción típica y en la ejecución de tal decisión (...) en la intención, también estriba el alcanzar el resultado típico” (p.216). Es decir que el sujeto debe querer realizar la acción típica y aceptar el resultado que dicha acción producirá en relación con el bien jurídico o, como lo entiende Roxin (1997), adoptar una decisión en contra del bien jurídico y ejecutar un plan conforme a dicha decisión.

El elemento cognitivo, por su parte, se refiere a que el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer aquellos elementos que caracterizan a su conducta como típica, entre los cuales debería abarcar: sujetos, conducta, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. (Muñoz y García, 2010, p.268).

Welzel, por su parte, determina que “*toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, esto es, por la consciencia de lo que se quiere (momento intelectual)*”. (p. 265). Este autor considera que el elemento intelectual comprende el conocimiento actual de las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. Es así como el conocimiento determinará el objeto sobre el cual recaerá la voluntad y el límite de esta.

Concordante con este criterio, Peña (2017) considera que este elemento “*apunta hacia la conciencia exigida de los elementos objetivos por parte del autor desde una valoración ex ante*” (p. 519). En esta misma línea, Bacigalupo (1999) determina que el conocimiento exigido por el dolo es conocimiento de cada uno de los elementos objetivos del tipo, es decir, que el sujeto, a pesar de conocer que una conducta se encuentra prohibida, la ejecuta en contra del bien jurídico.

Es importante considerar que, para esta teoría, tanto en el dolo de primer grado, en el de segundo grado y en el eventual, existirá un momento intelectual y otro volitivo, siendo el elemento volitivo el de mayor trascendencia incluso para determinar si el delito fue cometido con dolo o por imprudencia, y ello tendrá consecuencias jurídicas en la gravedad de la conducta y la pena asociada a la misma.

Este criterio aceptado por la doctrina mayoritaria ha sido objeto de crítica por parte de autores como Corcoy Bidasolo y Gimbernat, quienes consideran que:

- a) Tanto a nivel conceptual como aplicativo, el elemento volitivo se encuentra en contradicción con el principio de culpabilidad ya que, al pretender determinar qué quiso el autor al momento de realizar la conducta, se requeriría efectuar un juicio sobre la personalidad del autor y realizar un análisis de su esfera íntima, prescindiendo de su conducta.
- b) Implicaría constatar un hecho (pensamiento) que en la realidad pragmática no existe, por lo que se requeriría acudir a una presunción, es decir, “a un querer presunto” (Sánchez, 2017).

En este contexto y como una crítica a la teoría de voluntad, aparece la teoría cognitiva con sus enfoques psicológico cognitivo y normativo cognitivo, como una propuesta que pretende superar los problemas conceptuales y de aplicación del elemento volitivo como componente esencial para la configuración del dolo.

3.1.2. Teoría cognitiva subjetiva

De acuerdo con Alcócer (2018), los partidarios de la teoría del dolo cognitivo prescinden del “querer” y afirman la existencia del dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible que el resultado podía ocurrir (teoría de la representación) o haya actuado con conciencia de estar creando un riesgo “elevado” de realización del tipo penal (teoría de la probabilidad).

En este sentido, existirá dolo cuando el sujeto actúe con conocimiento de los elementos del tipo objetivo que caracterizan a la conducta como generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta a un determinado bien jurídico protegido por el Derecho Penal (Bacigalupo, 1984, p.307).

De acuerdo con Von Liszt (1999), el dolo “es la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o de una colectividad” (p.414), es decir que el sujeto actúa, a pesar de que conoce que su acto se encuentra social y jurídicamente desaprobado y, por lo tanto, merece un reproche mayor que quien actúa sin dicho conocimiento.

Para este doctrinario, la configuración del dolo requiere el análisis de la representación voluntaria del autor en relación con el acto; las circunstancias en las que el mismo es ejecutado; el grado de previsibilidad del resultado; y, la conciencia sobre la causalidad o no del resultado de sus acciones, dependiendo si el delito se ejecuta en modalidad comisiva u omisiva.

La esencia del dolo, en este orden de ideas, se encuentra en la representación del resultado como posible y la ejecución de la conducta que conduce a su efectiva producción; sin olvidar que para ello el autor conoce que dicha conducta se encuentra prevista en una norma penal como delito (Von Liszt, 1999).

Ahora bien, los defensores de la teoría cognitiva subjetiva exigen probar la efectiva existencia del elemento cognitivo en la mente del autor; sin embargo, es necesario considerar que al no tomar en cuenta (por ser irrelevante o imposible de probar) el elemento volitivo, se requiere la aplicación de un parámetro que conlleve a la imputación del delito dependiendo del grado de conocimiento del autor.

Por tal motivo, la doctrina desarrolla la teoría de la representación y una de sus especies, conocida como teoría de la probabilidad. La primera, vinculada a la del dolo psicológico cognitivo, determina que “existe dolo cuando el sujeto activo conoce el peligro concreto de lesión e imprudencia cuando conoce el peligro abstracto” Schmidhauser (1975), citado por Gimbernat (1981, p.182).

La segunda, por su parte, considera que el dolo se configura si, pese a haberse representado como probable la realización del tipo, el sujeto decide actuar (Ragués I Vallès (1999). Ahora bien, en cuanto al límite entre dolo eventual y culpa, Corcoy (2008) manifiesta que

existe dolo eventual cuando la producción del resultado es probable y culpa cuando es posible (en la mente del autor).

La diferencia entre las teorías de la voluntad y de la representación radica en que las primeras enfrentan al sujeto con el resultado, y las segundas, lo enfrentan únicamente con la situación peligrosa; por consiguiente, lo importante será la representación que el sujeto activo tiene en relación con el riesgo que su conducta -acción u omisión- crea para el bien jurídico protegido (Gimbernát, 1981). Por ello, la voluntad en sí mismo, resulta poco o nada relevante.

El enfoque psicológico cognitivo ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, por cuanto el conocimiento, desde esta perspectiva psicológica, reviste en cierto modo el mismo grado de complejidad que la voluntad en cuanto a su delimitación y prueba, al ser un componente interno (mental) del autor.

Por otra parte, respecto de la teoría de la probabilidad se plantean objeciones en el sentido de que no se puede (o debe) determinar la frontera entre el dolo y la culpa con base en criterios cuantitativos del riesgo ya que, a nivel aplicativo, en muchos casos, este grado de probabilidad es incierto o de difícil determinación.

Al respecto, surge la interrogante de si el conocimiento debe ser entendido como una realidad interna en la mente del autor susceptible de ser probada o si, por el contrario, éste debe ser atribuido mediante criterios normativos.

En función de esta interrogante podemos afirmar que el enfoque cognitivo psicológico ha ido progresivamente perdiendo fuerza, en la medida en que el funcionalismo constituye en la actualidad la teoría que mayor acogida ha tenido en un mundo en el que los roles sociales, el principio de confianza y el riesgo permitido se han implantado como el límite de la actuación lícita de sus integrantes. Es así que a continuación, abordaremos el enfoque normativo cognitivo del dolo.

3.1.3. Teoría cognitiva normativa

Los partidarios del enfoque normativo cognitivo, entre los cuales se encuentra Jakobs (1997), parten de la consideración de que el elemento determinante en el dolo como conocimiento no se encuentra en la mente del autor de un acto en específico sino en el significado que dicho acto tiene en la sociedad en concreto. En este sentido, García (2008) considera que el dolo no es un elemento del tipo que debe constatararse ni probarse, sino imputarse (p.408); ello debido a que dentro de una postura normativista importa lo que el sujeto debía saber y no lo que podía conocer o podía saber (Caro, 2014).

Por esta razón, Puppe (2010), parte de diferenciar el peligro de dolo desde la perspectiva de que la conducta constituye un método idóneo para producir el resultado y por ello, no importaría cuál es la actitud de la persona frente a la representación, sino cual sería en esas circunstancias, la actitud de una persona razonable y conocedora.

Desde otro punto de vista, de acuerdo con Laurenzo (1999), quien interpreta la teoría de Frisch, el dolo debe entenderse como representación del peligro concreto, que el autor tome posición personal frente a esa representación y actúe aun conociendo la posibilidad de realización del peligro que afectará a un determinado bien jurídico. La determinación del dolo, por ende, supondrá la realización de un juicio normativo de imputación que se efectuará a partir de parámetros externos de la conducta del sujeto activo.

De acuerdo con esta línea doctrinal, el conocimiento de las circunstancias es justamente el conocimiento del riesgo típico y no del resultado; no obstante, toda vez que el sujeto es consciente del peligro que conlleva su acción en referencia a la lesión del bien jurídico, su ejecución implica una auténtica decisión en contra del bien jurídico (Ragués I Vallés, 1999). Esta postura evidencia la irrelevancia del elemento volitivo en la configuración del dolo pero además, la importancia de la creación y representación del riesgo como parámetro para la imputación del resultado al autor.

Este criterio coincide con el expuesto por Feijoo Sánchez (2002), quien considera que el injusto doloso se caracteriza porque una persona toma la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer (abarcar intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que convertirán ese hecho en un hecho típico.

No obstante, coincidimos con aquella línea doctrinal planteada por (Alcocer, 2018; Ragués I Vallès, 1999, pp.403-522) que postula que será necesario considerar, para la configuración del dolo lo siguiente:

- a) Si el agente en la situación concreta tenía la capacidad o no de evitar la realización del resultado lesivo;
- b) Si la persona, según las circunstancias, actuó con conocimiento del peligro concreto o inminente de la realización del resultado;
- c) La posición jurídica que ocupa el agente en el contexto concreto de la interacción en el que se desarrolle su comportamiento, es decir, la determinación del rol y el alcance de los deberes que, en el marco del mismo, le corresponden al sujeto.
- d) Los conocimientos mínimos con los que cuenta el autor (con lo cual se excluiría a los sujetos inimputables);
- e) Las transmisiones previas de conocimientos que se refieren a la experiencia adquirida en virtud de su interacción social;
- f) La exteriorización del conocimiento propio del sujeto en el marco de la ejecución de la acción u omisión en que se realiza el tipo (forma de ejecución);
- g) Las características personales del sujeto, dentro de las cuales se encuentran entre otras, su procedencia, grado de preparación académica y profesional, su contexto cultural, etc.; y,
- h) El conocimiento que tiene el autor en la situación concreta en función de su ubicación espacial, temporal y situacional.

Como se observa, desde esta perspectiva y de acuerdo con Cancio Meliá (2010), lo que busca la normativización del dolo es la eliminación de la idea de “la constatación de elementos subjetivos individuales (especialmente el volitivo) y la aproximación a una concepción (...) del dolo, como forma de imputación en las que se atribuye externamente una determinada actitud del agente” (p.49). Por lo tanto, este enfoque conlleva una forma de interpretar el comportamiento humano con independencia de la situación psíquica del autor (Greco, 2017 citado por Sánchez 2017, p.282).

IV. El dolo y su aplicación judicial

4.1. (Ir)Relevancia del elemento volitivo

Ahora bien, es necesario considerar que los elementos del dolo sometidos a valoración y, por tanto, a prueba, en virtud de la concepción tradicional de este elemento del tipo penal serían el conocimiento y la voluntad. Pero ¿es necesaria la voluntad para la imputación a título doloso?

O, por el contrario, la voluntad no es más que un elemento conceptual -a veces considerado desde la perspectiva de la conducta del sujeto (Silva Sánchez, 1992)- pero carente de aplicación procesal.

Para responder esta pregunta, debemos considerar que la relación que existe entre el conocimiento y la voluntad no es inversamente proporcional respecto de la imputación dolosa, pues, como acertadamente manifiesta Pabón: “la voluntad supone el conocimiento, pero de ninguna manera lo contrario” (2013, p.386). Esto quiere decir que la voluntad por sí sola no genera relevancia penal, y esto por la sencilla razón de que el Derecho Penal sanciona conductas, no meros pensamientos. Esta interpretación supone que el conocimiento es necesario, aunque todavía no suficiente, pero que la voluntad siempre es insuficiente, al menos por sí sola.

Luis Greco, en un interesante artículo, considera que el dolo se encuentra vinculado con el dominio sobre la realización del hecho. Así, negativamente, la mera voluntad no transforma en dolosa una conducta sobre la cual el sujeto no tiene dominio.

Es así como Greco considera que no se encuentra el papel (tan importante) que desempeña la voluntad, sino es su sentido, ya contrario o coincidente con lo que el sujeto conoce y domina (en relación con este tema, Corcoy Bidasolo, 2005, p.258). En caso de no existir dicha coincidencia, se pregunta, ¿por qué lo que no quiere el sujeto, debería tener más relevancia que aquello que conscientemente domina? Y responde, siguiendo a Herzberg y Puppe, que lo contrario otorgaría al sujeto la competencia para decidir la ocurrencia o no de una conducta dolosa en el caso concreto (2017, pp.22-24).

La aplicación -acertada- de dicho criterio provocaría que el sujeto que dispara a larga distancia (donde el resultado sería más una casualidad), queriendo matar a un tercero, actúe imprudentemente, considerando que no tiene el dominio del hecho. Entenderla como dolosa, supondría que “la mala voluntad pesa en contra del agente, aun cuando no hay dominio” (Greco, 2017, p.21).

Las teorías que sustentan el dolo desde el punto de vista del riesgo y, en consecuencia, se deslindan del elemento volitivo, llegan a las mismas conclusiones, toda vez que el riesgo generado por un disparo a esa distancia representa un riesgo o peligro ínfimo y, por lo tanto, la conducta será imprudente, a pesar de que el sujeto haya querido subjetivamente la muerte.

Esta línea de interpretación nos lleva a concluir que la voluntad por sí sola es insuficiente para sustentar o caracterizar la configuración del dolo. Y, desde otra perspectiva, confirmamos la necesidad y llegamos a la suficiencia (al menos desde el punto de vista de estas teorías) del conocimiento o representación del riesgo como fundamentación de la imputación dolosa, ello desde las teorías cognitivas.

Desde otro enfoque, si advertimos la interpretación de la voluntariedad como conducta humana, podremos observar que quien realiza

un comportamiento humano (voluntario) conociendo los elementos que lo hacen típico, actúa ya con dolo (Mir, 2016, p.268, en similar medida, Silva Sánchez, 1992). La voluntad, en este orden de ideas, es consecuencia indivisible del conocimiento del peligro representado y la ejecución de la conducta por el sujeto.

Puppe, por su parte, apunta que la voluntariedad puede tener repercusiones sobre la conducta y que la intención de producir el resultado no es importante respecto al tipo, sino que tendrá, a lo sumo, relevancia en la culpabilidad o medición de la pena (2010, p.103-104).

La interpretación previamente realizada, coloca a la voluntariedad como una consecuencia necesaria e inevitable del comportamiento humano en relación con el efectivo conocimiento de los elementos típicos del delito, así como las consecuencias (punibilidad) derivadas de la conducta, pero no conduce a la certeza de su necesidad en la imputación del dolo.

Esto se puede apreciar en el desarrollo aplicativo del dolo eventual, toda vez que dicha voluntad se encuentra matizada por concepciones difícilmente constatables en la realidad, como la de aceptar o consentir (teoría del consentimiento) y, en otras ocasiones, se la considera -parcialmente- indeterminable judicialmente (teoría de la probabilidad).

Ahora bien, aterrizando en la perspectiva procesal, esta última teoría del dolo (probabilidad), podría llevarnos a la conclusión de que, si en ocasiones podemos prescindir de la prueba de la voluntariedad, parece no ser un elemento necesario e indispensable para la configuración del dolo.

A nivel jurisprudencial, la delimitación del dolo eventual y la culpa consciente suele contradecir, al menos en la esencia, la tradición judicial que conceptualiza al dolo como conocimiento y voluntad. El Tribunal Supremo español, en un reciente fallo, partiendo de la diferenciación entre estos dos conceptos, prescinde para el efecto de la prueba y valoración del elemento volitivo del dolo, diferenciando

la imputación dolosa de la culposa en razón de la representación o conocimiento del peligro.

De igual manera, la jurisprudencia peruana, a pesar de que ha utilizado el criterio dominante del dolo como conocimiento y voluntad, en ocasiones prescinde de la voluntad, y entiende que, conceptualmente, el dolo sólo requiere que el autor haya conocido el peligro concreto que deriva de su acción o, dicho de otra forma, habrá dolo cuando el sujeto es consciente del probable o inminente peligro de la realización del tipo.

La razón para prescindir del elemento de la voluntad parece obvia, y es lo que acertadamente afirma el Tribunal Supremo español cuando considera que: “la estratificación de fenómenos psíquicos presenta una difícilísima comprobación empírica en el ámbito procesal. De ahí que se acuda a criterios normativos para solventar con pautas objetivables tan espinosa cuestión” (STS 5473/2010, 2010, p. 6; en sentido similar, Peña, 2017, p.535).

No obstante, en este punto, es necesario manifestar que, si bien las teorías de la probabilidad utilizadas por los tribunales son cognitivas, según la apreciación de algunos de ellos, no habría que abandonar el elemento volitivo (al menos en la conceptualización), porque si alguien ejecuta una acción que genera un riesgo elevado para el bien jurídico, conociendo que es probable que se produzca el resultado, se colige que lo asume, acepta o le es indiferente (STS 902/2010, 2010).

En este sentido, el elemento volitivo se deduce del conocimiento, mas no se prueba, como oportunamente entiende Feijoo Sánchez, cuando menciona que lo que se prueba en juicio no es la decisión (elemento volitivo) sino únicamente el conocimiento, ya que una vez demostrado éste, toda decisión de actuar, a pesar de ese conocimiento, es dolosa (2002, pp.60-61). Desde nuestra perspectiva, podríamos interpretar la asunción, aceptación o decisión, como consecuencia necesaria de haber conocido el peligro. Aquella voluntad de actuar, presente en delitos dolosos y culposos.

Pues bien, los problemas del dolo volitivo no se advierten únicamente en aquella zona gris del dolo eventual (si bien es la más notoria), sino en todos los supuestos de dolo, como a continuación se detalla.

Según jurisprudencia peruana, la prueba del dolo será un problema siempre que no exista un método para determinar lo que el sujeto quería en el momento determinado. Taruffo, por su parte, refiere que puede ser difícil y, no pocas veces, imposible, ofrecer una demostración externa verificable, siempre que la voluntad se encuentre en la esfera psíquica del sujeto (2002, p.160).

En igual sentido, Corcoy Bidasolo arguye que, siempre que la prueba resulta de un proceso psíquico, se valoran criterios como antecedentes del sujeto y/o presunciones inválidas (2005, p.249). Es por lo cual Greco (2017) reflexiona y concluye que, si procediésemos a castigar conductas dolosas basadas en el elemento volitivo, estaríamos castigando con base en algo cuyo fundamento desconocemos (p.30). Aquello querido por el sujeto se encuentra limitado (a terceros) por el acceso privilegiado del individuo respecto a su propia mente.

La solución a la advertida falta de aprehensión de los elementos presentes en la psique del sujeto es desarrollada por la Corte Suprema de Justicia colombiana. Este órgano de justicia considera que la intención (voluntad) se debe deducir de los elementos externos de dicha voluntad y los factores objetivos demostrados, siendo conocida la imposibilidad de prueba directa respecto estos elementos. Sin perjuicio de ello, consideramos que esa “voluntad” se deduce de los elementos objetivos y externos que configuran el conocimiento del sujeto.

De acuerdo con lo previamente manifestado, la Corte Suprema de Justicia colombiana (2010) interpretó que, en el delito de prevaricato, el dolo consiste en el conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la decisión y conocimiento de que, con tal determinación, se vulnera el bien jurídico protegido (2010, Rad. 32777).

El dolo, sobre la base de dicha interpretación, se deduce, por ejemplo, de que los jueces comprendían (y conocían) los requisitos previstos en la ley que convertían su decisión en ilegítima, razón

por lo cual, la Corte argumenta que: “no existe divergencia entre la realidad y lo mentalmente representado, pues conocían los elementos objetivos y de su actuar se demuestra que deseaban su realización” (CSJ, 2017, Rad. 473, p.62).

No obstante, consideramos que no se demuestra que deseaban su realización, solo la deducen de los elementos que, según la Corte, demuestran el conocimiento de los elementos típicos de la conducta. La prueba, por lo tanto, se enfoca en el conocimiento para luego, sin elementos, deducir la voluntad exigida por el actual concepto de dolo admitido por la doctrina mayoritaria.

Habrán ocasiones en que los tribunales olviden (o no quieran) valorar el elemento volitivo (aunque de todas formas lo conceptualizan) por su dificultad probatoria en el caso concreto. Así, por ejemplo, en un proceso penal específico un Tribunal Penal ecuatoriano, después de considerar que el dolo se encuentra conceptualizado como conocimiento y voluntad, valora la responsabilidad del procesado sobre la base del conocimiento, olvidando referirse y valorar la prueba del elemento volitivo. En el extracto consta lo siguiente:

La responsabilidad de LUIS MARCELO CUYAGO SIZA queda demostrada en efecto, ya que tuvo pleno conocimiento que los acusadores particulares nunca le firmaron la letra de cambio, pues así dijeron en la audiencia de juzgamiento de forma concordante, ni siquiera le conocían; posteriormente solo se enteraron que es conviviente de la señora María Moreta, a quien si le debían seiscientos dólares mediante dos letras de cambio que lo firmaron en dos ocasiones, la deuda llegó a ochocientos dólares aproximadamente incluido los intereses, según lo confirmaron el acusador particular Julio Alcides Ugsha y su cónyuge; por ello, resulta lógico que el acusado, **con pleno conocimiento**, sin motivo alguno, incorporó una letra con la cantidad de cuatro mil quinientos dólares para su cobro en la vía judicial civil, de la cual el perito Marco Toapanta Pujos dijo que las firmas que constan en el reverso de la misma, no corresponden a los deudores del juicio ejecutivo N° 2008-395, del Juzgado de lo Civil del cantón Pillaro y acusadores particulares en el presente juicio. (Negrilla no corresponde al texto original)

En sentencia, otro Tribunal Penal ecuatoriano analizó el tipo de enriquecimiento privado no justificado y consideró, a efectos de fundamentar el elemento subjetivo del tipo, únicamente la configuración del elemento cognitivo, prescindiendo del elemento volitivo. A continuación, el extracto pertinente.

Las cuentas del señor Espín no concordaban con los ingresos declarados en sus declaraciones de impuesto a la renta, que las primeras habían sido más altas que las que declaró, que el patrimonio al 2016 no guardaba relación con los ingresos declarados, que su patrimonio era más alto que el declarado, elementos probatorios que permiten deducir que Marcelo Antonio Espín Cunha, **conocía que incrementó** su patrimonio de manera injustificada, es por ello que ocultó el origen de sus ingresos patrimoniales. (Negrilla no corresponde al texto original)

Por último, en uno de sus fallos la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, considerando los argumentos expuestos en la sentencia del tribunal a quo, reflexiona respecto al elemento volitivo, y entiende que el sujeto actuó con dolo directo, pues el resultado es consecuencia de la acción realizada, siempre que fue plenamente consciente de efectuar con su conducta la parte objetiva del tipo. Seguidamente, transcribe los nombres de las personas que testificaron, sin caracterizar su pertinencia en la prueba del elemento volitivo. Cabe considerar que el elemento cognitivo sí se encuentra valorado adecuadamente.

Nuevamente, podemos observar la dificultad e imposibilidad de probar y valorar la prueba del elemento volitivo (a pesar de considerarlo conceptualmente relevante), configurándose el dolo (en la práctica) con la prueba, caracterización y desarrollo del elemento cognitivo.

V. El dolo en el COIP

Si bien este artículo se enfoca en la aplicación adjetiva del dolo dentro de un proceso penal, consideramos necesario referirnos a la actual reforma del dolo prevista en el COIP, pues la jurisprudencia analizada, por lógica, corresponde a la anterior conceptualización normativa del dolo.

En este contexto y previo a la reforma, el concepto de dolo en el COIP era el siguiente:

Art. 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.

Si observamos la jurisprudencia previa a la última reforma del 2019, podemos constatar que los tribunales de justicia ecuatorianos desarrollaron el contenido del dolo desde el conocimiento y la voluntad para determinar el elemento subjetivo del tipo, sin perjuicio de que el artículo 26 del COIP (sin reforma) no hacía referencia expresa a estos elementos.

Ello porque si analizamos dicha norma, para que el sujeto tenga el designio de causar daño, primero debía conocer los elementos que determinan la ilicitud de la conducta y voluntariamente ocasionar daño. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, esto se encontraba en contradicción con la doctrina mayoritaria por cuanto sería aplicable únicamente en una de las modalidades de dolo.

Para desarrollar esta apreciación, primero debemos referirnos al concepto de “designio”, que según la RAE es el pensamiento, o propósito del entendimiento, aceptado por la voluntad; en otras palabras, la intención o el propósito de realizar una conducta dirigida por la voluntad.

Bajo esta línea, la doctrina ha clasificado al dolo en tres niveles: dolo directo, dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias y dolo eventual. Dicha clasificación tiene sentido en la medida en que no siempre el sujeto activo de un delito quiere el resultado, sino que este puede ser un daño colateral (dolo de segundo grado) o incluso, algo que el sujeto no quiere pero acepta o es muy probable que suceda (dolo eventual).

Por esta razón, como manifiesta Jescheck, en la intención estriba el alcanzar el resultado típico previamente “imaginado” en la mente del sujeto, lo que significa que solo en el dolo directo podríamos hablar de un designio, propósito o intención de causar un daño específico.

Cuando el sujeto A dispara en la sien a B conoce que matar es un delito y voluntariamente ejecuta la conducta con la intención y el propósito de matar -causar daño- a B. Empero, cuando el sujeto C quiere matar a D, cortando los frenos del vehículo en el que viaja con E, F y G, a pesar de que no tiene la intención de matar a los últimos, sabe que serán un daño colateral inevitable para cumplir con su plan principal. En este caso, habrá designio de matar en contra de D pero no respecto de E, F y G. ¿Actuó con dolo respecto la muerte de los cuatro sujetos? La respuesta evidentemente es sí; pero con dolo directo respecto de D y con dolo de segundo grado respecto de E, F y G.

Este problema conceptual, entendemos, es la causa por la cual nuestra jurisprudencia, acogiendo el criterio de la doctrina mayoritaria, desarrolló el contenido del dolo como saber y querer realizar el tipo.

Ahora bien, desde la reforma del 2019, nuestro legislador modificó sustancialmente el contenido del artículo 26 del COIP entendiendo que actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

A primera vista parecería que al eliminar el “designio de causar daño” (asociado al querer o voluntad de producción del resultado) como requisito para la configuración del dolo, se pretendió abandonar la concepción tradicional de este elemento subjetivo; no obstante, consideramos que la actual disposición normativa de hecho contempla expresamente el concepto de dolo como conocimiento y voluntad, aceptado por la doctrina mayoritaria y desarrollado por la jurisprudencia ecuatoriana previo a la reforma.

Desde esta perspectiva, creemos que en la práctica procesal y en el ámbito jurisdiccional ecuatoriano, no existirá un cambio trascendental en cuanto la concepción del dolo y, en consecuencia, persistirán los problemas relativos a la prueba de estos elementos.

Por ello, es indispensable que la actual definición de dolo se interprete y canalice desde la perspectiva que entiende a la voluntad como la consecuencia necesaria del conocimiento de los elementos del tipo y que es inherente a cualquier comportamiento humano y

por tanto irrelevante como elemento para configurar el dolo, en aplicación de las teorías psicológica cognitiva o normativa cognitiva.

Ello con el fin de abandonar la idea de la voluntad como querer subjetivo (X quería o no malversar fondos públicos), imposible de demostrar en la práctica, y procurar la aplicación de criterios objetivos relativos al conocimiento que la persona tuvo o debió tener al momento de ejecutar la conducta con el fin de determinar la imputación o no del resultado, por dolo o por imprudencia y la consecuente imposición de una pena.

Así, uno de los criterios que diferenciaría una conducta dolosa de una imprudente sería la existencia o no del conocimiento de los elementos del tipo (error de tipo vencible) y no la voluntad (como elemento de la psiquis del sujeto), eliminando o reduciendo considerablemente la indeseable subjetividad existente en el marco de los procesos penales que se llevan a cabo en función de la normativa vigente, pero sin olvidar la evolución de la doctrina y su importante papel en cuanto al entendimiento y aplicación de la ley.

VI. Conclusiones

La doctrina mayoritaria conceptualiza al dolo como conocimiento y voluntad de la realización del tipo y, dependiendo de la línea doctrinal que se siga, se valora de forma diferente la concurrencia de estos elementos.

Parte de la doctrina, observando una teoría cognitiva subjetiva, ha prescindido de la valoración del elemento volitivo, configurando el dolo desde el conocimiento; y, como se ha constatado, actualmente, cierta línea jurisprudencial utiliza la teoría de la probabilidad (cognitiva subjetiva) para sustentar la responsabilidad dolosa (eventual).

Actualmente, se pueden apreciar, desde el funcionalismo, teorías (minoritarias) que buscan normativizar el dolo, en donde la voluntad y el conocimiento dejan de valorarse subjetivamente y pasan a resolverse mediante un juicio de atribución o reproche y, por lo tanto, más que probarse, se imputan.

El elemento volitivo del dolo podría interpretarse como el comportamiento humano y la voluntad de actuar producto del conocimiento de los elementos que hacen típica una conducta. No obstante, aquella voluntad de actuar es inherente a los comportamientos dolosos e imprudentes y, en consecuencia, no sería relevante (ni necesaria) para la fundamentación del dolo.

La aplicación de la teoría de la probabilidad para la imputación a título de dolo eventual permite constatar la irrelevancia (como fundamento del dolo), innecesaridad (siendo el elemento cognitivo suficiente) e inaplicabilidad (por su dificultad probatoria) del elemento volitivo del dolo.

La jurisprudencia, en la conceptualización del dolo, considera que se encuentra compuesto por los elementos volitivo y cognitivo; empero, en la fundamentación probatoria, o bien lo deducen (y consideran erradamente probado) del elemento cognitivo, o bien prescinden totalmente de su apreciación, conformándose con la prueba y valoración del conocimiento. Estas circunstancias se interpretan desfavorablemente respecto a la vigencia del elemento volitivo en la fundamentación -al menos conceptual- del dolo, pues, al final, en el proceso penal, puede concluir en meros enunciados.

El dolo en el Ecuador, a partir de la reforma al Código Orgánico Integral Penal efectuada en el 2019, coincide con el concepto aceptado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia ecuatoriana desarrollada con anterioridad a dicha reforma y exige para su configuración tanto el conocimiento como la voluntad para la realización del tipo.

Los problemas prácticos con relación a la prueba del elemento volitivo del dolo, desarrollados en el presente artículo, persistirán con la última reforma al COIP, a menos que jurisprudencialmente se entienda a la voluntad como la consecuencia necesaria del conocimiento de los elementos del tipo, inherente a cualquier comportamiento humano y por tanto irrelevante como elemento para configurar el dolo.

Referencias Bibliográficas

- Alcócer, E. (2018). *Introducción al Derecho Penal, Parte General*. Lima, Perú: Juristas Editores.
- Bacigalupo, E. (1984). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. Edición. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Barja de Quiroga, J. (2018). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 2ª. Edición. Navarra, España: Thomson Reuters.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima, Perú: Ara.
- Cerezo, J. (2000). *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*. Tomo II. Madrid, España: Tecnos.
- Corcoy Bidasolo, M. (2005). *Delito Imprudente*. 2ª. Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial B de f.
- Díaz Pita, M. (2006). *Revista Penal. La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización*, 17, (pp. 59-71). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1382467>
- Feijoo Sánchez, B. (2002). *Dolo Eventual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, J. (2011). *Derecho Penal, Parte General, Teoría del Delito y de la Pena*. Medellín, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- García, C., Valle, M., Alcácer, R., Martínez, M. y Cuerda, A. (2008). *Estudios penales homenaje a Enrique Gimbernat*. 2da. Edición. Madrid, España: Dykinson.
- Gil, A., Lacruz, J., Melendo, M. y Núñez J. (2011). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.

- Gimbernat, O. (1981). *Estudios de Derecho Penal*. 2ª. Edición. Madrid: Civitas.
- Greco, L. (2017). Revista Nuevo Foro Penal. *Dolo sin voluntad*, 13 (88), (pp. 10-38). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6074004>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª Edición. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 5ª. Edición. Granada, España: Editorial Comares, S.L.
- Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, 4ª. Edición. Madrid. Editorial Hijos de Reus.
- Luzón, D. (1995). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I. Madrid, España: Editorial Universitas.
- Mir, S. (2015). *Derecho Penal Parte General*. 10ª. Edición. Barcelona-España: Editorial Reppertor.
- Muñoz, F y García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. 8ª. Edición. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Pabón, P. (2013). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 9ª. Edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Peña, A. (2017). *Derecho Penal, Parte General*. 6ª. Edición. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.
- Polaino, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Ragués I Vallès, R. (1999). *El dolo y su prueba en el Derecho Penal*. Barcelona. España: J.M. Bosch Editor.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: Editorial Civitas, S. A.

Sánchez, A. (2017). *Concepto y delimitación del dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento*. (Tesis doctoral, Universidad de Barcelona). Recuperado de http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/118362/1/ASMC_TESIS.pdf

Silva Sánchez, J. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 1ª. Edición. Barcelona, España: Bosch.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal, Parte General I*. 4ª. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Aranzadi.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Trotta.

Jurisprudencia

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. (21 de noviembre de 2016) 2159-2016. Juez ponente: Jorge Blum. 0049-2016.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. (30 de mayo de 2019) 873-2019 Juez ponente: Luis Enríquez. 15281-2017-00654.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. (05 de abril de 2018) Juez ponente: Luis Enríquez. 06242-2000-0057.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de febrero de 2017) SP2184-2017 Juez ponente: Eugenio Fernández Carlier. Radicación No. 473.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de junio de 2010) Juez ponente: Sigifredo Espinosa. Radicación No. 32777.

Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha. (24 de enero de 2018) Juez ponente: Zaskya Logroño. 17282-2017-03001.

Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Ambato, de la Provincia de Tungurahua. (30 de enero de 2014) Juez ponente: Patricio García. 18171-2013-0104.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (15 de junio de 2020) 315/2020. Jueza ponente: Ana María Ferrer. STS 1911/2020.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (02 de julio de 2020) 366/2020. Juez ponente: Juan Berdugo Gómez de la Torre. STS 2465/2020.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (30 de enero de 2010) 69/2010. Juez ponente: Alberto Gumersindo. STS 902/2010.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. (08 de octubre de 2010) 890/2010. Juez ponente: Alberto Gumersindo. STS 5473/2010.