



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 5 • Septiembre 2013



El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos*



Alfonso Galán Muñoz

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

RESUMEN: En el presente artículo se analizan los casos de conductas no permitidas, quien las realiza sabe que puede dar lugar a varios resultados delictivos similares o diferentes sin embargo, está completamente convencido de que al final sólo llegará a producir uno de ellos. Éstos son los casos del denominado dolo alternativo, modalidad subjetiva de actuación a los que la doctrina penal no ha conseguido dar una solución unánimemente aceptada hasta el momento y que sirve para poner de manifiesto las carencias que presentan aquellas concepciones del dolo que se centran exclusivamente en su faceta intelectual, olvidándose o despreciando la volitiva.

PALABRAS CLAVE: Dolo, dolo alternativo, dolo acumulativo, dolo de peligro, imprudencia, concurso de delitos, concurso de leyes.

ABSTRACT: The present paper analyses cases in which the person that follows not permitted acting is aware of the fact that his behaviour could conduce to a variety of possible criminal results, of similar or different nature, nonetheless is simultaneously convinced that only one of them will finally be produced. These cases represent so-called alternative dolus, subjective mode of acting against which the criminal law doctrine has still now not achieved any unanimously accepted solution, and thus serves to highlight these deficiencies that introduce concepts of dolus exclusively focused on the intellectual aspect, forgetting or disregarding the volitional.

KEY WORDS: Dolus, Alternative Dolus, Cumulative Dolus, Dolus of Risk, Negligence, Crime Concurrence, Legal Concurrence.

SUMARIO: I. El dolo alternativo como unión de dos dolos típicos. II. Posibles repercusiones de la presencia del dolo alternativo en la calificación jurídico-penal de una conducta. III. La necesidad de replantearse el problema. IV. Concepto y posibles contenidos de los dolos típicos. V. Determinación del contenido real del denominado dolo alternativo y de los efectos que el mismo habría de tener sobre el injusto realizado. VI. Conclusión.

* Este trabajo se realizó inicialmente durante una estancia de investigación efectuada en la Universidad de Tubinga (Alemania), gracias al disfrute de una beca de investigación de la fundación Alexander von Humboldt y ha sido posteriormente revisado para esta publicación.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

I. El dolo alternativo como unión de dos dolos típicos

Cuando hablamos del dolo alternativo no estamos hablando de una nueva clase de dolo diferente de los que tradicionalmente la doctrina ha venido distinguiendo, esto es, de los dolos directo de primer grado, directo de segundo grado y del meramente eventual. En realidad, con dicha expresión se suele aludir al problema que se presenta a la hora de calificar típicamente aquellas conductas quien las realiza sabe que con ellas podrá dar lugar a la comisión de varios delitos diferentes, pero está seguro de que al final sólo llegará a producir uno de ellos, al tener su acumulación por imposible.¹

Los ejemplos citados respecto a este tipo de casos son de lo más variado.

Así, se entiende que actúa con dolo alternativo, quien dispara una sola vez a un perseguidor que está acompañado de un perro, representándose como posible resultado de su conducta tanto la muerte de uno como la del otro, pero considerando imposible ocasionar ambas simultáneamente; o también aquel que dispara o arroja un ladrillo a una multitud, sabiendo que con ello podrá lesionar o matar a cualquiera de los integrantes de la misma, pero nunca a más de uno de ellos.

Otro grupo de supuestos de dolo alternativo es aquel en el que su autor, pese a estar seguro de su conducta sólo atenta contra un posible objeto, no lo está sobre la concreta naturaleza que éste tenía, cualidad que podría alcanzar una significativa relevancia típica, como sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que disparase a un matorral sabiendo que tras él podían estar su vecino o el perro del mismo, pero no los dos; o en aquel otro caso en que el sujeto se apodera de una cosa que se había encontrado en la calle, sabiendo que era ajena, pero sin estar seguro de que tenía el carácter de cosa perdida (lo cual determinaría que su conducta fuese constitutiva de

apropiación indebida) o de cosa olvidada (lo que llevaría a considerarla como hurto), aunque sí conocía que necesariamente habría de tener uno de esos dos caracteres.²

El primer problema que plantean estas conductas es el referido a si realmente en las mismas se puede apreciar la presencia de una modalidad de imputación subjetiva que merezca un tratamiento independiente del que se ha ofrecido para el resto de casos analizados por la doctrina; hecho que niega Weber, ya que entiende que en todas las conductas efectuadas con el denominado dolo alternativo, aún cuando su autor pudiese haberlas ejecutado persiguiendo la realización de un tipo concreto, siempre lo habría hecho admitiendo simultáneamente y como contrapartida del mismo la posible consumación del resto de los que tenía por posibles, lo que le lleva a considerar que en todos los casos de dolo alternativo se debería apreciar la realización dolosa de todos los delitos implicados.³

En tal sentido, señala el citado autor que cuando un sujeto prende fuego a una residencia de extranjeros, sabiendo que dentro hay 30 residentes, está actuando cuando menos con dolo eventual de lesionar o matar a los 30, por lo que no puede existir problema alguno para castigarle tanto por todos los homicidios dolosos consumados que finalmente llegase a ocasionar, como por las tentativas correspondientes a aquellos resultados que, pese a haber sido abarcados por su dolo, no hubiesen llegado finalmente a producirse.⁴

Este ejemplo viene a poner de manifiesto el error de base en el que, a nuestro modo de ver, incurre Weber al analizar los casos de dolo alternativo, como se podrá apreciar, quien realiza la conducta contemplada en el mismo habría actuado no sólo descartando, sino considerando como perfectamente posible el llegar a producir con ella acumuladamente las lesiones de los 30 residentes, posibilidad que, si bien es cierto abre las puertas a que se le puedan imputar todas y cada una de ellas a título de dolo eventual, también nos

¹ Así lo entienden, entre otros, Wessels J., y Beulke, W., quienes señalan que el dolo alternativo se produce cuando una persona al ejecutar una conducta no está seguro de cuál de entre los dos posibles tipos excluyentes va realizar con su ejecución, pero mantiene a ambos como posibles en *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 38ª ed., Müller, Heidelberg, 2005, p. 88. Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, C.H. Beck, Múnich, 2006, p. 479. En nuestra doctrina, Serrano González de Murillo, J.L., “Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado ‘dolo alternativo’”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1051, Kühl, K. y Lackner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 2004, p. 102.

² Precisamente, Roxin, C. distingue los dos supuestos de dolo alternativo referidos a dos posibles objetos de los referidos a uno con dos posibles cualidades diferentes, en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, C.H. Beck, Múnich, 2006, p. 480.

³ Weber, U., Baumann J. y Mitsch W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, p. 492.

⁴ *Ibidem*.

obligaría a entender que nos encontramos ante un caso de dolo acumulativo y no ante uno que pudiese tenerse por cometido con dolo alternativo.

Está claro que, como bien señala Weber, quien ac-túa planteándose como posible el ocasionar con ello múltiples resultados delictivos diferentes de una forma acumulada, “toma a la producción de todos ellos como contrapartida” de su conducta, haciendo así que todos se le puedan imputar a título, cuando menos, de dolo eventual. Lo que no se puede hacer de aquel otro que hubiese realizado su actuación precisamente negando la posible producción acumulada de dichos resultados, esto es, con aquel sujeto que estuviese seguro de que con la misma nunca podría llegar a producir más de uno de los resultados posibles, por entender que con la producción de uno de ellos excluiría la del resto.

Parece evidente que este último sujeto, el que ac-túa con verdadero dolo alternativo, no “toma como contrapartida” de su conducta todos los resultados que se podrían derivar de la misma, como sí sucedería con el que actuase con dolo acumulativo, hecho éste, que impedirá que se puedan asimilar, como venía a proponer el citado autor alemán, los dolos con los que ambas actuaciones se habían realizado, ni tampoco, por tanto, el tratamiento penal que les habría de corresponder.

Otro autor que niega que los casos realizados con el denominado dolo alternativo hayan de recibir un tratamiento particularizado y diferenciado respecto a otros que ya habrían sido resueltos por la doctrina es Joerden. Él considera que quien efectúa una de las conductas en las que tradicionalmente se ha apreciado la presencia de un verdadero dolo alternativo, respecto a dos posibles delitos, lo habría hecho, considerando como condición indispensable para la realización de uno de ellos la no realización del otro y viceversa.

De este modo, debería entenderse que dicho sujeto habría considerado la posible producción de ambos delitos como las dos caras de una misma moneda, hecho que provocaría que su dolo sólo pudiese llegar a albergarlos simultáneamente contemplando sus respectivas y posibles realizaciones desde dos perspectivas contrapuestas y excluyentes entre sí, lo que,

evidentemente resulta imposible, ya que la adopción de una de tales perspectivas habría de determinar, por definición, la automática exclusión de la contraria y viceversa.

Dicho en otros términos, para que el sujeto activo de una conducta delictiva se representase como realmente posible uno de los resultados o delitos en cuestión siempre tendría que adoptar la perspectiva que le permitiera albergarlo en su dolo y al mismo tiempo rechazar aquella que le permitiera hacerlo respecto al otro resultado o delito que tenía por su alternativo, por lo tanto, desde ese momento ese delito sólo le podría ser imputado a título de imprudencia y nunca de dolo. En este sentido Joerden afirma que la existencia en estos supuestos del dolo referido a uno de los resultados que se tenía por posibles, vendría siempre y necesariamente a descartar la posibilidad de atribuir el otro a dicho título.⁵

Es por ello que el denominado dolo alternativo desaparecería como tal, ya que la unión real y en un mismo acto de dos dolos, que de hecho se excluirían mutuamente se habría de tener siempre por imposible, lo que provocaría que en estos casos sólo se pudiese apreciar el dolo dirigido a uno de los resultados o delitos posibles y la mera imprudencia respecto a aquel otro que se tuviese como su alternativo.

Una vez que se había negado la posible apreciación en estos casos de la unión de dos dolos referidos a dos resultados que se tienen por posibles, pero que como excluyentes entre sí, quedaría aún por determinar cuál habría de ser la perspectiva para entender este tipo de situaciones, ya que este hecho resultaría fundamental a la hora de determinar cuál de entre dichos resultados habría sido el realmente abarcado por su dolo, y cual, por el contrario, sólo le podría atribuir a título de imprudencia.

Joerden responde a este problema afirmando que siempre se habría de optar por aquella perspectiva que predicase que el dolo del sujeto estaba referido al delito más grave de los posibles, ya que sólo así se atendería a la verdadera peligrosidad que éste había mostrado con su conducta y, precisamente por ello, no se le privilegiaría injustamente respecto de aquel otro que hubiese actuado con un dolo exclusivamente referido a dicho resultado más grave y no

⁵ Joerden, J.C., “Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz”, *ZStW*, 95, 1983, pp. 589 y ss. Esta postura ha sido acogida como propia por algún autor de nuestra doctrina, como Silva Sánchez, J.M., “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984, p. 376.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

a la posible producción alternativa de cualquier otro más leve.⁶

Esta postura ha sido objeto de varias críticas por parte de la doctrina tanto alemana como española, pues le reprochan, principalmente, que no justifique de forma suficiente, pese a admitir inicialmente que el autor de las conductas efectuadas con dolo alternativo había actuado con idéntico tipo subjetivo con respecto a los dos posibles resultados que podría ocasionar, cómo llegó a concluir que sólo uno de ellos se le podría atribuir tal título, y considerar el otro como producido de forma meramente imprudente.⁷

Se estima en tal sentido, que, al igual que sucedía con Weber, tampoco Joerden habría venido a analizar la problemática subjetiva que realmente presentan los supuestos del dolo alternativo, puesto que al realizar su análisis parte del estudio de unas perspectivas subjetivas que analizan la representación que el sujeto tendría sobre las posibilidades de acaecimiento simultáneo de los dos resultados posibles, así se habría alejado de la representación propia de los casos de dolo alternativo para adentrarse, nuevamente, en la que resultaría predicable de aquellos supuestos en los que se debería apreciar un dolo acumulativo.⁸

Así, señalaba Jakobs que si bien la interpretación comentada resulta perfectamente aceptable cuando el autor de la conducta delictiva a enjuiciar hubiese actuado representándose como factible uno de los resultados, excluyendo al mismo tiempo la posible producción del otro y la acumulación de ambos (supuestos de pre y postnondependencia de los resulta-

dos delictivos), la misma no habría tenido en cuenta que también podrían existir supuestos en que se hubiese actuado representándose simultáneamente como posibles tanto la producción del primero como la del segundo, y considerando, sin embargo, como seguro que sólo se producirá uno de ellos y nunca los dos (supuestos de contravalencia de resultados); casos éstos que serán, precisamente, los que se habrán de incardinar en el seno del denominado dolo alternativo.⁹

En efecto, en estos casos no se tiene por posible la producción acumulativa de los resultados, como sí sucede en los realizados con dolo acumulativo, pero tampoco se excluye el poder llegar a ocasionar ninguno de ellos, hecho que permitirá entender —a diferencia de lo que mantenía Joerden— que todos ellos se tenían por realmente como posibles al mismo tiempo por parte del sujeto activo de los mismos.

Es por ello que la mayor parte de la doctrina considera que el dolo alternativo es realmente una modalidad de posible concurrencia en una única conducta de los dolos típicos de varios delitos, distinta de la meramente acumulativa¹⁰ y por ello ha a ser analizada de forma completamente independiente respecto a éste.

II. Posibles repercusiones de la presencia del dolo alternativo en la calificación jurídico-penal de una conducta

La admisión de la viabilidad de la apreciación del denominado dolo alternativo referido a varios delitos en

⁶ Así lo afirma Joerden, J.C. quien rechaza la posibilidad de solucionar este problema atendiendo al principio de *in dubio pro reo* o la aplicación de la constatación procesal alternativa (*Wahlfeststellung*), por entender que nos encontramos ante una cuestión jurídica y no ante una mera cuestión de hecho, *op. cit.*, p. 594.

⁷ Así, Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1062.

⁸ Así señala, Serrano González de Murillo, J.L. que si se parte de que una de las posibilidades que pudo tener en cuenta el autor es que se produjera simultáneamente más de un resultado nos habremos internado en el ámbito del dolo alternativo, *op. cit.*, p. 1062.

⁹ Jakobs, G. afirmaba que en el dolo alternativo, si bien es cierto que, como señala Joerden no se produce la acumulación de las exclusiones que caracteriza a los supuestos de la pre- y postnondependencia de resultados (cuando se considera posible uno u otro de los resultados pero se excluye tanto a producción del otro, como la simultánea de los dos), también lo es que lo que fundamenta el dolo en ambos casos no es la exclusión de la posibilidad del acaecimiento de uno de los posible resultado, sino la consideración como probable del otro, siendo, precisamente, la acumulación de dichas representaciones de posible acaecimiento de los dos resultados y no la de las referidas a sus respectivas exclusiones la que permitirá apreciar el dolo alternativo. Nota al pie núm. 73, en *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 335 y 336. También Schmitz, R. afirmaba que resultaba difícilmente comprensible que en todos los casos en los que el resultado finalmente producido fuese el menos grave de los posibles, se tuviese que atribuir su producción a título de mera imprudencia, afirmando además, que la propuesta comentada tampoco vendría a fundamentar de forma suficiente la presencia de una especial peligrosidad del autor de estas conductas, a la que se aludía como motivo determinante de la necesidad de apreciar la tentativa del delito más grave en los casos en que no se hubiese llegado a producir ninguno de los resultados, en Schmitz, R., “Der dolus alternativus”, *ZStW*, 112, 2000, *op. cit.*, pp 312 y ss.

¹⁰ Esta es la postura absolutamente mayoritaria en la doctrina tanto española (véanse, Silva Sánchez, J.M., “*Aberratio ictus...*”, p. 376 o Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, pp. 1051 y ss.), como alemana, así, por ejemplo Kindhäuser, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p.130 o Kühl, K., *op. cit.*, p. 102, aunque, continúa debatiéndose en el seno de la misma cual podría ser el contenido que podría llegar a tener la combinación de dolos que ha de dar lugar a la apreciación del dolo alternativo, ya que mientras algunos

determinados supuestos y su clara diferenciación con el acumulativo, planteó a la ciencia penal el reto de tener que establecer qué tratamiento se habría de brindar a las conductas en las que pudiese concurrir, problema que ha respondido la doctrina de una manera que, ciertamente, dista mucho de ser uniforme.

Si tuviésemos que destacar una de las posibles soluciones propuestas como la más aceptada por la doctrina, destacaríamos la que considera que la presencia del dolo alternativo en un supuesto debería llevar a la apreciación en el mismo de un concurso ideal entre todos aquellos delitos que hubiesen sido abarcados por dicha clase de dolo, con total independencia del grado de ejecución que cada uno de ellos hubiese llegado a alcanzar.¹¹

En este sentido, señalaba Jakobs, en coherencia con su planteamiento crítico respecto a la postura de Joerden, que para apreciar el dolo basta una de las posibilidades que el sujeto represente como posible, que realice una y la otra no, habrán de apreciarse dos verdaderos dolos en el caso de que las dos posibilidades representadas por el sujeto realizasen un tipo (supuestos de contravalencia), con lo que habría de entenderse que en los casos de dolo alternativo referidos a dos delitos se realizarían en unidad de acción la consumación y la tentativa de cada uno de ellos.¹²

Dentro de esta corriente también se encuentran las posturas sostenidas por aquellos autores que, si bien consideraban adecuada la apreciación de un concurso

de delitos en los casos de dolo alternativo, exceptúan de dicha solución general aquel grupo de supuestos en los que existiese una relación de subsidiaridad entre los delitos que su sujeto activo hubiese abarcado alternativamente en su dolo, como sucedería, por ejemplo, cuando se plantea la posibilidad de lesionar o de matar a una misma y única persona, ya que al resultar el primero de dichos dolos claramente subsidiario con respecto al segundo, no podría apreciarse una vez que éste último se hubiese apreciado.¹³

Pese a la enorme aceptación que esta propuesta ha encontrado entre la doctrina alemana, la misma no está, exenta de problemas.

Así se le reprocha el hecho, por ejemplo, de que conforme a la misma se llegue a otorgar el mismo tratamiento típico a los supuestos de dolo alternativo y a los de dolo acumulativo,¹⁴ equiparación valorativa que atentaría claramente contra el principio de culpabilidad, puesto que llevaría a asimilar, por ejemplo, el desvalor de la conducta realizada por un sujeto que quería matar a dos personas, con otra más leve en la que un individuo hubiese pretendido tan sólo matar a uno de entre dos posibles víctimas.¹⁵

Lo insatisfactorio de la asimilación valorativa entre los casos de dolo alternativo y acumulativo producida con la apreciación del concurso de delitos en los primeros, llevó a otros autores a entender que lo más correcto sería apreciar en ellos un único delito y no un concurso entre varios; solución que, evidentemente,

autores, como Jescheck, H-H y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 304 o Köhler, M., *strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 1996, p. 169 han entendido que las tres clases de dolo (a saber la intención o dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el eventual) podrían presentarse en la forma del dolo alternativo, postura que también es defendida dentro de nuestra doctrina por Serrano González de Murillo, J.L., *Consideraciones en torno...*, p. 1052; otros, como Roxin, C., entienden como necesario que cuando menos uno de los dolos de la combinación alternativa deba de tener forma de *dolus eventualis*, *op. cit.*, p. 480, postura que sin embargo es rechazada por Jakobs quien considera que el dolo alternativo podría vincular a todos los dolos que no tuviesen por contenido la producción segura de la consecuencia de la acción, incluyéndose en el mismo la denominada “actuación a sabiendas en sentido amplio”, modalidad del dolo que se incluía entre el dolo referido a las consecuencias secundarias, en los que el sujeto actuase con “constancia” de las mismas, clase de dolo que se correspondería con lo que tradicionalmente se ha denominado como dolo directo de segundo grado. Véase Roxin, *op. cit.*, pp. 324 y 335.

¹¹ Jakobs, G., *op. cit.*, p. 335, afirma que nos encontraremos ante supuestos en los que existen dos dolos, y en los que se realizan una consumación y una tentativa en unidad de acción, decantándose también por la apreciación de un concurso ideal entre el delito consumado y el intentado, autores como Roxin, C., *op. cit.*, p. 480 o Kindhäuser, U., *op. cit.*, p. 130, entre otros.

¹² Jakobs, G., *op. cit.*, p. 335.

¹³ Así, por ejemplo, Jescheck, H-H y Weigend, T. afirmaban que cuando se produjese uno de los resultados representados, debería apreciarse un concurso ideal de delitos en el delito consumado y el intentado, salvo cuando esta última fuese subsidiario respecto a aquel (caso de la lesión corporal respecto al homicidio). Véase Jescheck, H-H y Weigend, T., *op. cit.*, p. 304.

¹⁴ Véanse en este sentido, Serrano González de Murillo “Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado ‘dolo alternativo’”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1053; Wessels, J. y Beulke, W., *op. cit.*, p. 89 o Cramer, P. y Sternberg-Lieben, D. en Schönke y Schröder, *Strageseztbuch. Kommentar*; C.H. Beck, Múnich, 2006, p. 287.

¹⁵ Así lo entiende, Schmitz, R., *op. cit.*, pp. 306 y ss., mientras que Joerden consideraba que como prohibida la pretendida opción doctrinal de brindar una solución idéntica a los supuestos de dolo acumulativo y a los de dolo alternativo, puesto que en el dolo alternativo faltaría la necesaria unión de dos dolos que se daría en el acumulativo, al haber excluido la posibilidad de la realización simultánea de los dos posibles delitos, véase Joerden, J.C., *op. cit.*, p. 584.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

obligaría a tener que concretar cuál de los dos alternativamente abarcados por el dolo de su autor habría de ser el que finalmente se habría de tomar en cuenta a la hora de sancionarlo, problema al que la doctrina ha respondido de muy diversas formas.

Una primera propuesta fue la de apreciar en tales casos tan sólo aquel delito que efectivamente se hubiese llegado a consumir o el más leve de todos los posibles, cuando ninguno de ellos se hubiese concretado, ya que se entendía que ante la duda de cómo calificar la tentativa realizada por el reo de estos últimos supuestos, siempre se tendría que optar por aquella que resultase la más favorable para él, esto es, por la tentativa referida al delito más leve y no por la del más grave.¹⁶

Esta propuesta presenta el problema que vendría a relegar completamente, en los casos de tentativa, el desvalor correspondiente a la más grave de las posibles, lo que, en opinión de algunos autores, no resulta comprensible ni aceptable ya que no llegan a entender por qué razón la mera representación de la posibilidad de cometer un delito más leve, podría llegar a eliminar completamente el desvalor correspondiente al injusto de la tentativa del más grave.¹⁷ Se afirma en tal sentido, que no se alcanzaría a entender, por qué si un sujeto dispara a su perseguidor representándose como posible matarle o matar al perro que éste llevaba, pero no a ambos, se le habrá de castigar tan sólo por la tentativa del delito de daños correspondiente a la posible lesión del último, cuando no habría, sin embargo, problema alguno para castigarlo por la correspondiente tentativa de homicidio en caso de que hubiese realizado la misma conducta teniendo tan sólo por posible matar a la persona y no a su perro.

En otras palabras, no se entiende por qué se privilegia al sujeto que actúa con un dolo referido a dos

posibles delitos alternativos castigándole tan sólo por la más leve, cuando a aquel otro que únicamente abarcase en su dolo la posible comisión del más grave de los delitos en cuestión se le castigaría, en todo caso y sin mayor problema, por la tentativa de dicho delito.¹⁸

Es precisamente por ello que otros autores se mostraron partidarios de apreciar en los casos de tentativas efectuadas con dolo alternativo tan sólo aquella que castigase a la más grave de las posibles (p. ej. el homicidio en el caso anteriormente señalado), postura que resultaría, sin embargo, incompatible con el simultáneo mantenimiento de la calificación por el delito más leve (p. ej. los daños), cuando éste fuese el que finalmente se llegase a consumir, ya que resulta difícil de justificar porque la producción de este último resultado podría hacer desaparecer el desvalor de la tentativa que se habría apreciado respecto al más grave.¹⁹

Este dilema llevó a otros autores a entender que se debería de apreciar la tentativa de aquel delito que tuviese la pena más grave de entre todos los que fueron abarcados por el dolo del autor, en tanto todos ellos quedasen en grado de tentativa, como cuando fuese el más leve el que se llegase a consumir,²⁰ postura que fue aceptada y desarrollada por Vogel, quien la trató de completar al establecer también un tratamiento específico para los supuestos de dolo alternativo referidos a delitos que tuviesen el mismo valor.²¹

Sin embargo, tampoco estas propuestas resultan completamente satisfactorias, porque vendrían a postergar por completo del desvalor del resultado de modo objetivo, producido cuando éste no fuese el del delito más grave de entre los abarcados por el dolo alternativo de su autor, lo que determinaría que en ta-

¹⁶ Postura sostenida por Maurach y Zipf, en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 6ª ed., Müller, Heidelberg, 1983, p 295, aunque fue posteriormente abandonada por los mismos, que pasaron a decantarse por apreciar aquel delito que hubiese alcanzado mayor grado de ejecución, o en caso de que todos hubiesen quedado en el mismo grado, la tentativa correspondiente al más grave; pudiendo apreciarse, sin embargo, un concurso de delitos cuando el injusto que quedase en tentativa fuese más grave que el que se llegó a consumir. Véase a este respecto a los citados autores en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 8ª ed., Müller, Heidelberg, p. 309.

¹⁷ Schmitz, R., *op. cit.*, p. 308.

¹⁸ Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1056.

¹⁹ Jakobs, G. *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, L. Röhrscheid, Bonn, 1967, p. 155, Vogel, J., por su parte, tilda a esta propuesta de ser un inadmisibles ejemplo de derecho Penal del resultado. En § 15 del *Leipziger Kommentar*, p. 67 (en prensa).

²⁰ Así, por ejemplo, Kühl, K. y Lackner, K., *op. cit.*, p. 103. Otto, H., *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 2000, p. 80.

²¹ Así, señalaba Vogel, J., que en aquellos otros supuestos en los que el dolo alternativo se refiriese a delitos iguales, o cuando menos de igual valor, se tendría que sancionar a su autor tan sólo por aquel que efectivamente se llegase a consumir, mientras que en caso de que no se hubiese producido la consumación de ninguno de ellos se le tendría que imputar tan sólo aquel con respecto al cual hubiese actuado con un verdadero dolo eventual, quedando, finalmente, en manos del juez el decidir cuál habría de ser concreto delito que se le imputaría en

les supuestos no se llegase a abarcar enteramente la medida del injusto efectivamente realizado.²²

Nos encontramos, por tanto, en los casos de dolo alternativo, ante un grupo de casos cuya correcta y completa valoración penal no parece que se pueda alcanzar mediante la mera apreciación de uno de los delitos que tenía su autor por posibles, pero tampoco por la de todos ellos en concurso ideal; hecho que posiblemente llevó a algunos autores a entender que lo más conveniente sería combinar la apreciación de ambas soluciones a la hora de valorar los diversos casos en que se podría haber actuado con dicha modalidad de dolo.

Es, precisamente, en esta línea en la que se encuadran propuestas como la realizada por Wessels y Beulke quienes consideraban que, si bien no habría problema alguno para apreciar tan sólo el delito efectivamente consumado en aquellos casos en que éste presentase aproximadamente la misma gravedad a aquel otro que no se consumó, esto no sería posible cuando el delito consumado no pudiese llegar a absorber de forma completa el desvalor propio de la tentativa que se podría predicar respecto de aquel, circunstancia que obligaría a apreciar en dichos supuestos un concurso ideal de delitos que la valorase junto al injusto efectivamente consumado.²³

Sin embargo, aún quedaría por establecer cómo se habrían de calificar aquellos otros casos de dolo alternativo en los que no se hubiese llegado a consumir ninguno de los delitos que se tenían por posibles, supuestos éstos en los que, en opinión de los citados autores, lo correcto sería apreciar la mera realización de la tentativa correspondiente al delito más grave de los abarcados por dicho dolo, en tanto que permitiese abarcar el completo contenido del injusto de aquella otra que se referiría a su delito alternativo, ya que, de

lo contrario, sólo se podría valorar el completo injusto realizado apreciando, de nuevo, el concurso ideal de delitos entre las tentativas referidas a las dos.²⁴

Como se puede comprobar, nos encontramos ante una postura intermedia entre las que pretendían apreciar en todos los supuestos de dolo alternativo un único delito y aquellas otras que, por el contrario, se decantaban por apreciar en los mismos, necesariamente, todos y cada uno de los delitos abarcados por el dolo en unidad de acción, lo que determinará que esta propuesta no sólo haya de enfrentarse a los problemas que planteaban cada una de dichas posibles soluciones por separado, sino que además se encuentre ante el difícil reto de tener que justificar cómo se puede mantener la viabilidad simultánea de dos soluciones tan diferentes respecto a los mismos casos sin incurrir una manifiesta contradicción interna.²⁵

Así, se podría reprochar a esta posición mixta, por ejemplo, que llegase a otorgar a determinados casos de dolo alternativo el mismo tratamiento que el previsto para los efectuados con dolo acumulativo, como también sucedía con los partidarios de la apreciación de un concurso de delitos en estos casos. Pero, sobre todo, se le tendría que criticar el que no hubiese llegado a justificar de manera convincente cómo se podría llegar a mantener dicha solución cuando al mismo tiempo, se señalaba que en otros supuestos realizados con la misma clase de dolo, la apreciación de un único delito permitiría valorar de forma completa el injusto efectivamente efectuado.

En este sentido, se señalaba que no parecía en modo alguno convincente, por ejemplo, que el mero hecho de que el delito que se llegase efectivamente a consumir de entre los abarcados por el dolo alternativo del sujeto tuviese un valor equiparable o superior al de aquel otro que se consideraba como

aquellos otros casos en los que se pudiese apreciar el dolo eventual del sujeto con respecto a varios de los posibles delitos, supuesto éste, que debería ser considerado como un claro ejemplo de determinación procesal alternativa de los hechos (*Wahlfeststellung*) en § 15 del *Leipziger Kommentar*, pp. 67 y 68 (en prensa).

²² Así, por ejemplo, Roxin, C. alude al ya clásico ejemplo del cazador furtivo que actúa con un dolo alternativo de cometer el delito de caza furtiva y el de homicidio, ya que no sabe si dispara contra una pieza de caza o un mero paseante. Atendiendo a la postura comentada, debería entenderse que cuando se alcanzase con el disparo a la pieza y no a la persona en cuestión, se debería sancionar por la realización de una mera tentativa de homicidio, calificación típica extraña, cuando menos, en opinión del citado autor, puesto que no parece discutible que el sujeto se habría propuesto y habría ejecutado un delito de caza furtiva. En *op. cit.*, pp. 480 y 481. Jakobs, G. por su parte, critica tanto a esta como al resto de postura minoritarias, el hecho de que en su opinión no viniesen a abrazar enteramente la medida del injusto conocido. En *op. cit.*, p. 336.

²³ Wessels, W. y Beulke, J., *op. cit.*, p. 89.

²⁴ *Ibidem*, p. 90. En similares términos se manifiestan Cramer, P. y Sternberg-Lieben, D. quienes consideran, frente a los autores anteriores, que la posible absorción del delito más leve por el más grave tampoco habría de exceptuarse por el mero hecho de que ambos estuviesen referidos a bienes jurídicos personalísimos. En *op. cit.*, p. 287.

²⁵ Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1059.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

su alternativo, pudiese servir para entender que su apreciación pudiese absorber el desvalor propio de la tentativa de este último delito.²⁶

De hecho, esta solución podría llevar a resultados realmente sorprendentes, si bien se podría determinar que quien matase a una persona actuando con un dolo alternativo referido a dicho resultado o a la posible muerte de un perro, hubiese de responder tan sólo por dicho homicidio consumado, también provocaría que se tuviese que apreciar un concurso ideal entre la tentativa de dicho delito y el de daños dolosamente consumados en caso de que el mismo sujeto, con la misma acción, hubiese llegado a matar al perro y no la persona;²⁷ calificación ésta que resulta claramente contradictoria con la anterior, ya que vendría a apreciar la consumación dolosa de un delito (los daños) que ni siquiera se había tenido por intentando en aquella.

Una propuesta de solución que parte de presupuestos completamente diferentes a los que se han comentado, sería la planteada por Fischer, autor que consideraba absolutamente irrelevante la existencia objetiva de una única lesión en los supuestos de dolo alternativo, ya que entendía que el núcleo de todo delito no sería la contravención del orden codificado, sino la consciente lesión de una relación de reconocimiento de la capacidad de configuración personal del prójimo; relaciones éstas, que constituirían, a su juicio, los pilares de la organización estatal y que se producirán en toda interacción humana, puesto que todo sujeto, al interactuar con otro, se reconocería a sí mismo en su contraparte.²⁸

Una vez establecido este punto de partida, afirmaba el citado autor que el desvalor de la acción delictiva realizada, se encontraría no tanto en el concreto ejercicio instrumental del poder de organización propio (p. ej. utilización de un instrumento arriesgado) como en el concreto significado social del mismo, esto es, en el hecho de que el ejercicio realizado hubiese privado al tercero de una parte de su ámbito personal de orga-

nización;²⁹ circunstancia que habría de determinar, a su juicio, que en los casos de dolo alternativo se hubiesen de apreciar, en principio, la comisión de varios hechos delictivos y no sólo de uno, puesto quien los realiza habría ejecutado una acción tendente a lesionar varias relaciones de reconocimiento distintas y no solamente una, incluso cuando hubiese actuado con un dolo alternativo referido simplemente a varios objetos diferentes, pero pertenecientes al mismo titular, con lo que la apreciación de un único delito en tales casos no permitiría, a su modo de ver, valorar completamente el injusto que realmente habría realizado.³⁰

Ahora bien, una solución bien distinta habrían de recibir, sin embargo, aquellos otros casos de dolo alternativo en los que el autor solo se representase como posible atacante de un único objeto al que le habría atribuido diferentes y alternativas cualidades típicas, como sucedería, por ejemplo, cuando hubiese disparado a un solo objeto que veía tras un matorral, sin saber si al hacerlo estaba disparando a un niño o al perro de éste, pese a que en el desvalor de la conducta efectuada en estos casos habría abarcado dos posibles relaciones de reconocimiento, quien la había realizado lo habría hecho con la total certeza que, finalmente, sólo podría provocar un verdadero resultado de peligro y no dos, con lo que el desvalor del resultado de su actuación sólo afectaría a una de dichas relaciones, haciéndose así, inviable la apreciación de la comisión de más de un delito.³¹

Es indudable que a la propuesta de Fischer se le podría nuevamente reprochar que hubiese venido a asimilar el tratamiento del dolo alternativo con respecto al acumulativo cuando el primero apareciese referido a dos objetos diferentes;³² problema que además se vería notablemente agravado si se llegase a mantener, como hacía este autor, que también se habrían de apreciar la realización de varios delitos diferentes en aquellos supuestos en los que actuando con dolo alternativo se hubiese llegado a poner en peligro varios objetos del mismo titular, ya que dicha postura obligaría

²⁶ Así, Vogel, J., tilda de no reconocible y de indeterminado el criterio de la proximidad de gravedad del contenido del injusto de los delitos abarcados en el dolo alternativo o de la similitud del fin de protección de los mismos, como posible referente diferenciador de los casos en que se habría de apreciar un único delito o varios. § 15 del *Leipziger Kommentar*; p. 67 (en prensa).

²⁷ Wessels, J. y Beulke, W., *op. cit.*, p. 89.

²⁸ Fischer, M., acogería por tanto la denominada “Teoría del injusto personal” (Personale Unrechtslehre) En *Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des dolus alternativus*, Fráncfort del Meno, 1993, pp. 187 y ss. y 198.

²⁹ *Ibidem*, pp. 207 y ss.

³⁰ *Ibid.*, pp. 215 y ss.

³¹ *Ibid.*, pp. 219 y ss.

³² Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1064.

a afirmar que los objetos son elementos necesarios de la relación de reconocimiento y que, por tanto, existirían tantas relaciones de reconocimiento lesionadas y tantos delitos cometidos como objetos materiales hubiera tenido por posibles el sujeto activo al realizar su actuación, lo que llevaría al absurdo resultado de que se tuviesen que apreciar, por ejemplo, la realización de 1 000 tentativas de estafas, cuando quien pretendiese obtener la entrega de un televisor mediante un engaño realizado frente al titular de una empresa de venta por catálogo, se representase como posible que éste pudiese tener en existencia un mínimo de 1 000 televisores como el que pretendía conseguir.³³

Ahora bien, el mayor problema al que se enfrentaría dicha propuesta sería el derivado del hecho de que se pretenda fundamentar el diferente tratamiento de los casos de concurso de leyes y de delitos del dolo alternativo, atendiendo a una supuesta diferencia de la representación de su autor, según hubiese actuado con un dolo referido a uno o a varios objetos, diferencia que a todas luces resulta inexistente, puesto que parece lógico entender que cuando un sujeto dispara contra un arbusto que se mueve, representándose como posible resultado de su conducta tanto la lesión de un niño como la del perro de éste, tiene como posibles la lesión de ambos objetos, como quien les dispara una sola vez sabiendo que ambos se encuentran físicamente próximos, pero estando completamente convencido de que con dicha acción sólo podría llegar a darle a uno de ellos.

En realidad, tanto quien se representa por posible lesionar a dos objetos diferentes con su actuación, como aquel otro que la efectuase pensando que sólo podría atentar contra uno que podría estar dotado de una naturaleza diversa, habrá actuado apreciando el doble peligro de producción de los resultados posibles tan sólo desde una perspectiva *ex ante* y no desde una perspectiva *ex post*, ya que en ambos casos estaría completamente seguro de que al final su actuación sólo podría llegar a producir uno de los posibles resultados lesivos y nunca los dos.

No existe, por tanto, diferencia alguna en la representación del sujeto en uno y otro supuesto, lo que hace imposible que se pueda diferenciar su tratamiento, como proponía Fischer atendiendo a la presunta divergencia existente en la representación de sus respectivos autores.³⁴

Otra posible solución de los supuestos de dolo alternativo ha sido propuesta recientemente por Schmitz, quien, en principio, señalaba que tal vez la misma se pudiese encontrar al apreciar una única tentativa delictiva, tanto en los casos en que se diese una tentativa inacabada contra bienes jurídicos del mismo valor, como en aquellos otros en los que, habiéndose atentado contra bienes de diferente valor, se hubiese llegado a lesionar uno de ellos, sin que la posible producción de éste o de su alternativo se hubiese dejado por parte de su autor en manos exclusivamente de factores externos a su voluntad, ya que, mientras la seguridad que tenía el autor de las primeras conductas comentadas respecto a la imposibilidad de acaecimiento acumulado de los dos resultados posibles, determinaría que fuese imposible apreciar en su actuación el dolo necesario para poder imputarle otra tentativa, al no existir voluntad alguna de consumarla,³⁵ quien realiza las segundas hubiese mantenido la capacidad de decidir cuál sería el delito que finalmente se llegaría a producir, permitiría entender que una vez producido éste, habría desistido voluntaria y omisivamente respecto del resto de los que fueron inicialmente albergados por su dolo.³⁶

Sin embargo, el problema planteado por el dolo alternativo continuó sin solución en el resto de supuestos, que no son pocos, lo que llevó a Schmitz a buscar otro posible tratamiento de los mismos que viniese a responder de forma completa a su problemática.

Parecía claro que en la búsqueda de una solución completa para los casos de dolo alternativo se habría de partir del hecho de que estas actuaciones presentan una problemática referida a la culpabilidad de su autor que no puede ser correcta y completamente

³³ Ejemplo expuesto por Schmitz, R., para demostrar la incoherencia de esta argumentación en nota al pie núm. 57, en *op. cit.*, p. 316.

³⁴ Schmitz, R., *op. cit.*, pp. 315 y 316. Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1063.

³⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 320.

³⁶ Así, lo entendía Schmitz, R., por ejemplo, en aquellos casos en los que un sujeto esperase tras una puerta a que entrase el guardia de seguridad de un edificio o su perro, con la intención de matar a aquel de los dos que o hiciese primero. En este supuesto una vez que se hubiese producido la muerte, por ejemplo, del perro por haber sido el primero que entró, debería entenderse que se había desistido con respecto a la muerte del perro, afirmando en tal sentido el citado autor que encuentra la apreciación de dicho desistimiento voluntario tendría incluso fundamentos de política criminal "... ya que no se puede motivar al autor a no realizar el hecho penal, se le puede incentivar para cometer sólo uno de ambos y renunciar al otro", *op. cit.*, p. 321.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

valorada ni mediante la mera apreciación de un concurso de delitos entre todos los que éste hubiese tenido por posibles, ni por la de uno solo de dichos delitos; mientras que tampoco resultaría factible solventarla mediante la mera utilización del instrumento procesal de la determinación alternativa de los hechos referida a todos los delitos que el sujeto tuvo por posibles (*Wahlfeststellung*), ya que en caso de que uno de ellos se consumase no existiría la inseguridad sobre cuál habría sido el objetivamente realizado, abriría las puertas a la utilización de dicha solución procesal.³⁷

Es por ello, que se propone adoptar una solución valorativa propia y específicamente referida a los casos de dolo alternativo, conforme a la cual lo que se tendría que hacer es sancionar a su autor mediante la emisión de un pronunciamiento de culpabilidad formulado alternativamente respecto de todos los delitos que éste hubiese tenido por posibles; pronunciamiento que tendría la virtualidad de permitir que el juez pudiese valorar la concreta incidencia que dicho dolo habría tenido en el desvalor de la acción realizada a la hora de determinar la pena que se le debería aplicar.³⁸

Así, por ejemplo, si un cazador furtivo disparase contra un guardia sabiendo que podría matarlo o matar al perro que éste llevaba, se le debería condenar señalando en la sentencia que “... el acusado se ha hecho merecedor de pena a causa de la comisión de una tentativa de homicidio y de unos daños consumados que se excluirían entre sí...”,³⁹ lo que vendría a posibilitar que el juez tuviese en cuenta tal hecho a la hora de determinar la concreta pena que se le habría de aplicar.

Pero, ¿cómo incidiría dicho pronunciamiento en la pena aplicable al autor de estas conductas? A esta cuestión responde Schmitz señalando que, en el caso comentado, pese a que el injusto del delito más leve consumado (los daños) no pudiese incrementar la pena que correspondería al intentando más grave (el homicidio), si habría de elevar el límite mínimo de la correspondiente a este delito cuando dicho límite fuese inferior al mínimo legalmente previsto para aquél, ya que, parece innegable que la pena que se

debería imponer al autor de estas conductas no debería ser nunca menor que la que como mínimo le habría correspondido por la simple consumación de dicho delito.

Será precisamente por ello, por lo que el pronunciamiento de culpabilidad formulado alternativamente respecto de ambos delitos habría de servir para que en estos casos se pudiese incrementar el límite inferior de la pena de la tentativa del delito más grave, hasta equipararla a aquella que cuando menos le habría correspondido a su autor por la consumación del otro más leve.⁴⁰

Se elevaría de este modo el límite inferior del marco punitivo aplicable a estos casos manteniendo al mismo tiempo el superior más alto de los posibles, solución punitiva que se habría de adoptar con total independencia de si el dolo alternativo estaba referido a uno o a varios objetos y que, además, se tendría que aplicar, no sólo respecto de casos como el comentado, sino también con relación al resto de los posibles, esto es, tanto a aquellos casos en los que todos los delitos posibles hubiesen quedado en grado de tentativa, como a aquellos otros en los que se hubiese llegado a consumir el más grave de ellos, teniendo éste un límite punitivo inferior al previsto para la tentativa de su alternativo más leve.⁴¹

Una cuestión bien diferente sería entonces, la de cómo valorar los supuestos en los que el dolo alternativo estuviese referido a delitos de igual valor, por ejemplo, el posible homicidio de dos personas diferentes; situación ésta en la que, según el citado autor, ya no sería necesario dictar el denominado pronunciamiento alternativo de culpabilidad, puesto que la condena por uno solo de dichos delitos permitiría valorar el completo injusto realizado, siempre y cuando en la misma se hubiese tenido en cuenta tanto el hecho de que dicho delito se había efectuado con una unión alternativa de varios dolos, como la concreta intensidad que presentaban cada uno de los dolos que componían dicha unión.

Partiendo de este hecho, afirmaba Schmitz que la presencia del dolo alternativo en este tipo de conductas podría y debería influir en su valoración de la siguiente forma:

³⁷ Schmitz, R., *op. cit.*, p. 323.

³⁸ *Ibidem*, pp. 322 y 333.

³⁹ *Ibid.*, p. 323.

⁴⁰ Schmitz, R., *op. cit.*, p. 323.

⁴¹ *Ibidem*, p. 324.

- 1) En caso de que su autor considerase como segura la comisión de cuando menos uno de los dos resultados que había abarcado por su dolo (p. ej. uno de los dos homicidios), se representaría la posibilidad de producir uno u otro con una probabilidad de 50 %, pero actuaría con una representación de 100 % respecto a la probabilidad de acaecimiento de uno de ellos, por lo que se podría entender que en dicho delito “...dos dolos atenuados llevarían a un dolo directo [...]”.⁴²
- 2) Si el autor tenía por posibles tanto el producir alguno de los dos tipos delictivos, como ninguno de ellos, debería entenderse que a pesar de que el porcentaje referido a cada uno de ellos sería de tan sólo 33.3 %, tendría una representación de la posibilidad de la efectiva producción de alguno de los dos de 66.6 %; porcentaje éste que, si bien, es inferior al de los casos anteriormente comentados, es mayor que el que se daría cuando el sujeto se representase el acaecimiento de un único resultado delictivo sólo como probable, considerando como igualmente posible, que el mismo no se llegase nunca a producir (50 %).
- 3) Cuando el sujeto buscarse con un dolo directo uno de los posibles resultados en cuestión (comportamientos en los que se actuaría con media intención), no se producirá un incremento de la voluntad de ejecución del mismo por el simple hecho de que junto al resultado directamente perseguido se tuviese otro como también posible.

De este modo, se ponía de manifiesto que las distintas posibles combinaciones de dolos que podrían darse en el seno del dolo alternativo referido a varios posibles delitos equivalentes o, por lo menos equiparables, incidirían en la gravedad subjetiva del injusto realizado, resultando necesario, por tanto, que el juez las tomará en cuenta a la hora de determinar la concreta pena que habría de aplicarles a sus respectivos responsables, del mismo modo, que atiende a las diferencias valorativas que presentan los dolos directos

y eventual a la hora de determinar la pena correspondientes a los injustos realizados con uno y otro.⁴³

Ahora bien, todavía quedaría, en opinión de Schmitz un grupo de supuestos diferentes dentro de los casos de dolo alternativo por analizar, como sería aquel referido a los casos en los que un sujeto actuase representándose como posible consecuencia alternativa de su conducta la producción de dos resultados que, en principio, parecen encontrarse en una relación de subsidiaridad entre sí, como sucedería, por ejemplo, cuando se representase como posible resultado de su acción bien matar a un sujeto X, o bien lesionar a otro Y.

En estos supuestos, se deberá entender que el dolo de lesionar sería subsidiario con respecto al de matar, de la misma forma que el injusto de las lesiones lo es respecto del homicidio contenido en el §212 StGB, por lo que si finalmente se llegase a producir el resultado consumativo de éste último delito su apreciación excluiría la de la posible tentativa referida a aquel otro.⁴⁴

Sin embargo, si lo que llegase a producirse fuese finalmente el resultado más leve de los posibles (las lesiones corporales), se habría de entender que el desvalor de dicho delito consumado —aún cuando llegase a dar lugar a la apreciación del tipo cualificado del § 224 StGB referido a aquellas lesiones que resultasen especialmente peligrosas para la vida— no podría en ningún caso llegar a absorber al que le es propio a la tentativa del más grave (la del homicidio), por lo que el completo desvalor del hecho realizado sólo se podría abarcar mediante la emisión de un nuevo pronunciamiento alternativamente formulado respecto de ambos.⁴⁵

Esta propuesta ha sido parcialmente recogida dentro de nuestra doctrina por Serrano González de Murillo, quien señala que la valoración de los casos de dolo alternativo ha de realizarse tanto desde una perspectiva *ex ante*, como desde una *ex post*; lo que le lleva a entender que, si bien es cierto que en los mismos sólo se puede apreciar la realización de un

⁴² *Ibid.*, p. 326.

⁴³ Así, afirmaba Schmitz, R., que el concreto dolo con el que se ejecute un hecho siempre incidirá en la valoración del injusto correspondiente al mismo, ya que la ejecución con dolo directo de una conducta siempre será más grave que su ejecución con mero dolo eventual, como lo demuestra el hecho de que algunos tipos delictivos dolosos excluyan, por su propia configuración, su comisión con un simple dolo eventual, lo que no es sino un claro reflejo de que dicho dolo resulta menos grave que el directo con el que éstos se habría de cometer, *op. cit.*, p. 325.

⁴⁴ Schmitz, R., *op. cit.*, p. 331.

⁴⁵ En este precepto, tras haber realizado una breve enumeración de cuatro de los comportamientos que pese a haber generado una lesión corporal comportan un riesgo adicional para la vida que debe ser objeto de valoración en el injusto, (p. ej. utilización de armas), se manifiesta expresamente el fundamento de dicho delito, al considerar incluidos en su tipo todas las lesiones corporales que fuesen ocasionadas mediante un comportamiento peligroso para la vida humana.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

hecho delictivo, ya que su autor partía de que al final sólo podría realizar uno de los dos que tenía por posibles (perspectiva *ex post*), también lo es que el injusto realizado por el mismo debería abarcar desde lo mínimo hasta lo máximo que hubiese podido realizar, ya que tanto lo uno como lo otro habría sido tenido por posible (desde una perspectiva *ex ante*) por dicho sujeto.⁴⁶

Es por ello que el citado autor entiende que quienes actúan en estos supuestos habrían de responder, siempre y en todo caso, conforme a un marco penal que viniese a encontrar la zona de intersección que presentasen las penas previstas para los delitos que éstos hubiesen querido realizar alternativamente, sin llegar, evidentemente, a acumularlas.⁴⁷

En esta línea, afirma Serrano González de Murillo que el autor de las conductas realizadas con dolo alternativo no debería verse punitivamente favorecido por el mero hecho de haber actuado sabiendo que podía llegar a realizar un delito más leve del más grave que finalmente había consumado o que, cuando menos, sabía que podía llegar a consumir; aunque tampoco sería correcto que sólo se le castigase por la pena de este último delito más grave, cuando la prevista para el más leve tuviese un umbral punitivo inferior más alto que el legalmente previsto para aquél; consideraciones todas ellas que le llevaron a entender que en estos supuestos “... de los varios posibles tipos en juego, el límite inferior del marco penal vendría determinado por el tipo que prevea el límite inferior más alto (ya sea del delito más grave o más leve) y el límite superior por el delito más grave, es decir, por aquel que prevea un umbral superior relativamente más alto”.⁴⁸

Ahora bien, resulta evidente el hecho de que el tratamiento punitivo propuesto para los casos de dolo alternativo carece de anclaje legal alguno en nuestro ordenamiento penal, a diferencia de lo que sucede en el alemán donde aparece recogido en el § 52. 2 StGB, lo que impedirá su aplicación en el mismo mientras no medie una reforma que lo venga a establecer de forma expresa, cumpliendo así con las exigencias derivadas del principio de legalidad de las penas.

Así lo reconoció el propio Serrano González de Murillo, quien, precisamente por ello, propuso introducir un nuevo artículo 77 bis en nuestro Código Penal cuyo tenor literal sería el siguiente:

Si el responsable de un delito duda sobre cuál de los posibles delitos que se representa, y cuya realización simultánea es imposible se va a concretar responderá por el marco penal comprendido entre el límite superior correspondiente al delito más grave y el límite inferior más alto de entre los correspondientes a los referidos delitos. Si duda acerca de en qué objeto, de entre los homogéneos que considera posibles, se va a concretar la acción típica, sólo responderá por un delito consumado o, en su caso intentado.⁴⁹

Como se puede comprobar esta solución coincide, en líneas generales aunque con matices, con la que realizó en su día Schmitz en referencia al ordenamiento alemán, hecho que nos ha llevado a analizarlas de forma unitaria, a pesar de que su predicamento en uno y otro ordenamiento, presenta importantes notas diferenciadoras que han de ser consideradas.

En este sentido, y comenzando por la propuesta de Schmitz, debemos señalar que pese a lo novedosa que pudiese parecernos en un principio, si la analizamos con algo más de detenimiento nos daremos cuenta de que lo único que vendría a proponer es aplicar la regla generalmente prevista en el § 52.2 StGB para el concurso ideal de delitos a algunos de los supuestos de dolo alternativo (en concreto, a los referidos a delitos de diferente valor),⁵⁰ lo que determinaría que también viniese a incurrir, respecto a dichos casos, en el mismo problema que precisamente le reprochaba a la solución concursal defendida en su mayoría por la doctrina de aquel país, ya que también vendría a sancionar algunos supuestos de dolo alternativo como si hubiesen sido efectuados en realidad con dolo acumulativo.

Por otra parte, tampoco parece que sea muy adecuado, que la propuesta comentada pueda llegar a castigar con una pena superior a aquel que actuase

⁴⁶ Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1065.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1066.

⁴⁸ Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1067.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 1067 y 1068.

⁵⁰ El parágrafo 52.1 StGB establece que en los casos de concurso ideal de delitos se castigue tan sólo con la pena del delito más grave, si bien en su segundo apartado que dicha pena nunca podrá ser inferior a la inferior prevista para el delito más leve, regla que fue citada por el propio Schmitz, R. como referente básico de su propuesta, *op. cit.*, p. 323.

con dolo de cometer un delito grave A u otro B más leve, pero dotado de un marco punitivo general con un límite mínimo superior al de A, que a aquel otro que lo hiciese teniendo por posible cometer alternativamente dos de los primeros, esto es, dos delitos graves A, por cuanto el mayor castigo impuesto a la primera conducta frente a la segunda no resulta en absoluto acorde con el evidente mayor desvalor que tanto objetiva como subjetivamente presentaría ésta última actuación.

Ahora bien, el ya de por sí complejo problema valorativo planteado por la propuesta de Schmitz no se soluciona cuando se predica su aplicación con respecto a la legislación española, sino que incluso se llega a agravar.

Así, por ejemplo, resulta que la citada solución podría llevar a que los supuestos de dolo alternativo referidos a dos delitos de diferente gravedad se llegasen a sancionar en nuestro ordenamiento penal con una pena no sólo idéntica, sino incluso superior a la que le habría correspondido en caso de haber sido realizados con uno acumulativo, lo que resulta claramente contradictorio con el menor desvalor que a todas luces presentaría aquel tipo de actuaciones en comparación con éstas.

Piénsese, por ejemplo, en un caso hipotético en el que un sujeto actuase con dolo alternativo referido a un delito que debería ser sancionado con penas de 4 a 12 años de prisión y a otro que tuviese una pena de 9 a 11 años, respectivamente, supuesto éste que conforme a la propuesta comentada habría de ser sancionado con una pena de entre 9 (límite inferior más alto) a 12 años (límite superior del más grave), lo que llevará a que se le sancione con mayor pena que la que le habría correspondido en caso de que hubiese realizado la misma conducta actuando con un dolo directamente dirigido a producir acumulativamente ambos delitos, ya que el art. 77 de nuestro Código Penal vendría a determinar que en dicho supuesto sólo se le pudiese castigar con una pena de 8 a 12 años.

¿Por qué sancionar de forma más severa a quien realiza una conducta con la seguridad de cometer sólo un delito entre varios posibles y de diferente valor que aquel otro que lo hiciese no sólo teniendo como posible, sino incluso queriendo cometerlos todos a la vez? La verdad es que esto no parece tener ningún sentido.

En realidad, este verdadero dislate valorativo no es sino el reflejo de la descoordinación punitiva, que, a nuestro juicio, produciría la introducción de una regla concursal tan extraña a nuestro sistema de determinación de penas como la propuesta por Schmitz en referencia al alemán y aceptada, sin mayores reparos, por Serrano González de Murrillo con respecto al nuestro, lo que nos lleva a entender que esta propuesta, al igual que sucedía con las anteriores, tampoco sirve para solucionar adecuadamente el problema que plantean las actuaciones realizadas con un verdadero dolo alternativo.

III. La necesidad de replantearse el problema

Como se puede deducir de lo expuesto hasta ahora, el tema del dolo alternativo ha sido un problema sin solución para la doctrina penal desde hace casi cien años,⁵¹ sin que parezca que los últimos estudios referidos al mismo hayan logrado dar una respuesta plenamente satisfactoria a la problemática valorativa que viene a presentar.

De este modo, se advierte que quienes propugnan apreciar un concurso de delitos en estos casos, asimilan su tratamiento punitivo con el propio de los del dolo acumulativo, mientras que los que proponen apreciar en ellos un único delito no parece que lleguen a abarcar el completo desvalor del injusto que les resultaría propio, ya que si aprecian sólo el delito más grave de los posibles, estarían relegado el posible desvalor del resultado correspondiente a al más leve cuando fuese éste el que se consumase; mientras que si atienden tan sólo al que se hubiese consumado, estarían dejando sin valorar el hecho de que la acción realizada podría haber llegado realmente a ocasionar dos delitos, aunque al final sólo hubiese ocasionado uno.

Tampoco las soluciones mixtas aportan una solución satisfactoria, ya que no sólo han acumulado los problemas propios de las propuestas anteriores, sino que incluso les habrían añadido otros directamente derivados de su pretensión de combinar dos soluciones como las anteriores que parecen abiertamente contradictorias entre sí.

Podría pensarse, por tanto, que nos enfrentamos en realidad a un supuesto irresoluble para los instrumentos doctrinales tradicionales, por lo que lo más

⁵¹ Schmitz, R., *op. cit.*, p. 331.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

lógico sería, como proponen algunos autores, olvidarnos de los mismos y centrar nuestros esfuerzos en la búsqueda de una solución nueva que viniese, simplemente, a dar una respuesta punitivamente adecuada al problema planteado, pero tampoco parece que las soluciones aportadas en esta línea hayan conseguido el objetivo de establecer un sistema plenamente coherente y adecuado de valoración de todos estos supuestos.

¿Qué opción nos queda entonces? ¿Nos olvidamos del problema del dolo alternativo, asimilamos su tratamiento al del acumulativo, como hace la doctrina mayoritaria y guardamos los problemas que dicha propuesta presenta en ese oscuro y recóndito lugar en el que se almacenan aquellos a los que la dogmática actual no es capaz de responder de una forma plenamente convincente?

Evidentemente, esta última postura no puede resultar en modo alguno aceptable, por lo que a continuación procederemos a replantearnos toda la problemática inherente a los supuestos de dolo alternativo, lo que nos obligará, en primer lugar, a tener que concretar que entendemos por dolo típico de un delito y cuál podría ser el contenido real del mismo, ya que, consideramos, que sólo partiendo de dichos datos podremos determinar si el denominado dolo alternativo es realmente el producto de la unión de varios dolos y, si ello fuese así, cuál habría de ser el contenido real de los mismos.

IV. Concepto y posibles contenidos de los dolos típicos

Como acabamos de señalar, antes de adentrarnos en el concreto análisis de la problemática inherente al dolo alternativo, se hace necesario definir de una forma general qué entendemos por dolo a efectos típicos, concepto que se está viendo sometido en los últimos tiempos a diversas reinterpretaciones que pretenden normativizarlo, centrando todo su contenido en su aspecto intelectual y eliminando, al mismo tiempo,

cualquier posible referencia en su seno a aquel elemento volitivo que tradicionalmente lo había venido también a configurar.

Así, se afirma desde estos postulados que el propio Código Penal español viene a confirmar que el dolo es sólo conocimiento y no voluntad, por cuanto en su art. 14 alude tan sólo a la ausencia del elemento intelectual como posible causa de exclusión de la presencia del dolo, sin hacer referencia alguna, como contrapartida, a la posibilidad de que la ausencia de su supuesto aspecto volitivo pudiese llegar a producir también dicho efecto;⁵² consideración que se ve además respaldada por el hecho de que la exigencia de la prueba del presunto elemento volitivo del dolo sea tenida por algo más retórico que real en el devenir cotidiano de nuestros tribunales.⁵³

Se considera de este modo, que la diferencia básica entre la conducta dolosa y la imprudente nos vendrá dada por el concreto contenido del conocimiento con que se habrían realizado la una y la otra y no por la manifestación de voluntad que su ejecución pudiese representar; conocimiento que, además, sólo podrá estar referido al grado de peligro que el sujeto le atribuya a su acción y nunca al resultado que se podría derivar de la misma, por cuanto, se entiende que dicho elemento típico nunca podrá ser conocido de una forma *ex ante* por su sujeto activo, lo que, evidentemente, impedirá que pudiese ser objeto del elemento intelectual con el que éste hubiese venido a actuar.⁵⁴

Es por ello, que se entiende que la apreciación del dolo o de la imprudencia en una conducta sólo dependerá de la representación que hubiera tenido su autor con respecto al peligro que iba a generar al realizarla, afirmándose en tal sentido, que siempre actuaría con dolo de lesionar aquel que hubiese actuado sabiendo que su conducta generaría un verdadero peligro concreto de producir tal resultado,⁵⁵ consideración de la conducta realizada que, además, no podría cambiar por el mero hecho de que la hubiese efectuado partiendo al mismo tiempo de la suposi-

⁵² Feijoo Sánchez, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *CPC*, núm. 65, 1998, p. 280.

⁵³ Bacigalupo, E., “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, 2005, pp. 69 y 73 y ss. Sobre la prueba del dolo, desde una concepción cognitiva del mismo, véase el interesante estudio de Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 357 y ss.

⁵⁴ Véanse, en este sentido, Bacigalupo, E., *op. cit.*, p. 77 y Feijoo Sánchez, B. *op. cit.*, p. 280.

⁵⁵ Así, por ejemplo, Ragués i Vallés, R., *El dolo...*, *op. cit.*, p. 175 y 353; el mismo autor en “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2002, pp. 2 y 4. En similares términos se pronunciaba Silva Sánchez, J.M., si bien partiendo de una configuración del injusto asentada exclusivamente en la infracción de la norma de determinación

ción irracional de que al final dicho resultado no se llegaría a producir.⁵⁶

De este modo, se afirma que todo sujeto que actúe con conciencia de la peligrosidad concreta de lesionar que su actuación conllevaba, lo habría hecho, cuando menos, con un dolo eventual de ocasionar de lesionar, es decir, con un verdadero dolo eventual de lesión,⁵⁷ modalidad de dolo cuya apreciación se expande hasta tal punto que pasa a ser considerada como la forma prototípica del verdadero dolo de lesión.⁵⁸

Esta nueva concepción del dolo fue precisamente analizada en un trabajo publicado por la profesora Díaz Pita; trabajo en el que lo primero que destacó la citada autora fue el hecho de que reducir la apreciación del dolo a la constatación del conocimiento de la peligrosidad de la conducta realizada no habrá de suponer, como pretendían los defensores de las posturas anteriormente comentadas, que se desdote a dicho elemento típico de su esencia psicológica o subjetiva sustituyéndola por una normativa, puesto que, evidentemente, el conocimiento también es una realidad eminentemente subjetiva y psicológica, cuya naturaleza no variará por el mero hecho de que se vea sometida cualquier clase de valoración jurídica.⁵⁹

Ahora bien, lo que sí que harían estas propuestas sería restringir la extensión de los parámetros de naturaleza psicológica que se habrían de valorar normativamente para apreciar la presencia del dolo en un determinado comportamiento, al entender que dicha valoración habría de estar exclusivamente referida al conocimiento del riesgo con el que hubiese actuado el sujeto y no a su voluntad;⁶⁰ restricción que no cabe duda de que facilitaría enormemente la apreciación y

prueba de dicho elemento típico en casos conflictivos, pero que también vendría a provocar una extensión del Derecho penal hacia conductas cuya verdadera naturaleza dolosa habría de ser considerada, cuando menos, como más que dudosa.⁶¹

En efecto, el reducir la fundamentación del dolo de lesión a la mera presencia de una correcta representación del peligro de la conducta, permite apreciarlo en casos que tradicionalmente habrían sido considerados como ejecutados con mera imprudencia consciente y también provoca que sea realmente difícil distinguir esta forma de dolo de aquella otra que podría estar referida tan sólo al mero peligro de lesionar sin llegar a abarcar la efectiva lesión, ya que, prácticamente, asimilará el dolo referido a la lesión con aquel otro que apareciese exclusivamente referido al peligro concreto de su producción.⁶²

Ahora bien, ¿podría entenderse que la expansión del dolo de lesión fomentada por las corrientes normativas de dicha forma de imputación se corresponde realmente con las diferencias valorativas que la diferencian de otros títulos de imputación más leves, como podría ser el meramente imprudente o el dolo referido al peligro concreto pero no a la lesión?

En este sentido, señalaba Díaz Pita que lo más adecuado a la hora de establecer la diferencia entre conductas dolosas e imprudentes sería atender, precisamente, a aquel dato que habría fundamentado la diferente valoración normativa que reciben unas y otras por parte del Derecho penal, esto es, a aquel hecho o circunstancia que determina que las conductas dolosas tengan un mayor castigo en dicha rama del ordenamiento jurídico que las meramente imprudentes; dato

de la ley penal como norma primaria dirigida al ciudadano, en cuando afirmaba que la voluntad no es un elemento del dolo, sino de la acción por lo que lo que diferencia al dolo de la imprudencia es que quien actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta, mientras que quien lo hace imprudentemente desconoce en toda su dimensión dicho significado. En *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo...* En el mismo sentido, se manifestaba ya el citado autor en "*Aberratio ictus...*", p 367; concepción que parte de la sostenida en su día por Frisch, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, C. Heymann, Colonia, 1983, p. 411. Esta postura lleva a algunos otros autores, como Feijoo Sánchez, B. a entender que, dado que el conocimiento del sujeto sólo se puede deducir partiendo de las circunstancias objetivas que rodean su conducta, habrá de entenderse que la diferencia existente entre las conductas dolosas y las imprudentes se tiene que concretar a efectos prácticos en el hecho de que mientras que en las primeras su autor la habría efectuado teniendo a su alcance todos los datos necesarios para calcular la posibilidad de realizar un hecho típico, esto no habría sucedido en aquellas que serían tenidas por meramente imprudentes. En *op. cit.*, p. 300.

⁵⁶ Bacigalupo, E., *op. cit.*, p. 77.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 76 y 81. También Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 402.

⁵⁹ Díaz Pita, M.M., "La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización", *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p. 66.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibid.*, p. 71.

⁶² En este sentido, no resulta en modo alguno sorprendente que alguno de los defensores de esta propuesta normativa se hayan manifestado como abiertamente contrario a establecer posibles diferencias y similitudes entre ambas formas de dolos. Véase, por ejemplo, Feijoo

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

que, a su juicio, no puede venimos dado exclusivamente por la concreta representación con que cada una de ellas se hubiese realizado por parte de sus respectivos sujetos activos, ya que, existen casos en los que puede resultar incluso más grave actuar sin haberse planteado la peligrosidad inherente a la conducta que se va a realizar, que el hacerlo habiendo tenido plena conciencia de la misma.⁶³

Compárese en tal sentido, por ejemplo, la gravedad del caso un médico que ocasiona la muerte de su paciente al cometer un pequeño error durante la realización de una operación de alto riesgo, con otro que, sin conocer dicho dato, ya que no se interesó en comprobarlo, también ocasiona la muerte de su paciente debido a que no desinfectó previamente el instrumental que iba a utilizar en la operación. No cabe duda de que el autor de la primera de las conductas comentadas conocía de la peligrosidad de la operación cuando la realizó, lo que no sucede en el segundo caso y, sin embargo, lo cierto es que valorativamente dicho conocimiento no habría de llevar necesariamente a que la actuación del primero tuviese que ser considerada como más grave, ya que se debería tener como más grave la lesión del deber objetivo de cuidado que realiza quien mata sin saber que estaba generando el peligro de hacerlo, que la de aquel que lo hubiese hecho teniendo conciencia de tal circunstancia y que, precisamente por ello, hubiese tratado de evitarla, aunque hubiese errado finalmente en dicho intento.⁶⁴

Parece por tanto, más lógico entender que si algo diferencia la valoración de las formas de actuación imprudentes y las dolosas, será el hecho de que las primeras reflejan una decisión de su autor contraria a los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal que le ponen en una íntima relación subjetiva con la posible lesión de los mismos,⁶⁵ dato éste que no cabe duda de que resultará mucho más relevante,

a la hora de fundamentar la mayor gravedad de su conducta con respecto a las meramente imprudentes, que el exclusivamente referido a la representación de la peligrosidad con que unas y otras se hubiesen efectuado.⁶⁶

Es por ello, por lo que la valoración normativa relativa al dolo habrá de estar referida, no sólo a la constatación de la correcta representación de la realidad por parte de su autor, como señalaban los partidarios de su concepción cognitiva y supuestamente normativa, sino también, y primordialmente, a la de aquella manifestación de voluntad del sujeto que le vendría a poner en íntima relación con el posible y futuro resultado lesivo, haciendo que el mismo se le pudiese imputar a título de dolo y no de mera imprudencia.

De este modo, el dolo se nos presentará como un elemento típico necesariamente compuesto de un aspecto intelectual y de uno volitivo, concepción que no sólo responde a la verdadera razón de ser del tratamiento diferenciado de dichas actuaciones respecto a las imprudentes y a la naturaleza de los hechos que lo fundamentan, sino que, además, también nos permitirá diferenciar dos realidades, como son las referidas al denominado dolo de peligro y al dolo de lesión, cuya distinción, como ya señalamos, desaparecía, o por lo menos se relativizaba enormemente, en sus concepciones meramente cognitivas.

Entendemos en tal sentido, que una concepción del dolo, como la aquí sostenida, que lo defina atendiendo no sólo al mero fenómeno subjetivo del conocimiento de autor de una conducta sino también a su voluntad, vendrá a permitir que el mismo pueda aparecer referido a elementos que, aún cuando no podrían llegar a ser propiamente conocidos por dicho sujeto en el momento de actuar, si podrían ser perseguidos por la voluntad que habría manifestado al actuar (como podría ser la lesión que ésta podría llegar

Sánchez, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005. nota al pie 67, p. 337, ya que dicha negativa posiblemente se derivará del hecho de que, conforme a las mismas, las dos formas de dolo vendrían prácticamente a identificarse, al venir ambas referidas a la simple generación de un concreto peligro de efectiva lesión.

⁶³ Díaz Pita, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 306.

⁶⁴ En tal sentido, señalaban, precisamente, Muñoz Conde. F. y García Arán, M. que la mayor o menor gravedad de una conducta imprudente dependerán del grado de lesión del deber de cuidado que se haya producido con la misma y no de si se había hecho con conciencia o no del riesgo que le era inherente, por cuanto “... a veces la inconciencia, es decir, que el sujeto ni siquiera se haya percatado de la peligrosidad de su conducta, refleja un grado de despreocupación y ligereza aún más grave que la imprudencia consciente, en la que el sujeto cree que puede dominar el peligro que está creando conscientemente”, en *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 288.

⁶⁵ Véase en este sentido, Vives Antón T.S., “Fundamentos del sistema penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 233 y ss.

⁶⁶ Díaz Pita, M.M., *El dolo...*, op. cit., p. 308.

a ocasionar),⁶⁷ hecho que hará factible, a su vez, que también pudiese aparecer referido a cualquier otra realidad anterior a dicho resultado, pero posterior a la conducta, como podría ser, por ejemplo, el peligro concreto de su producción.

Es precisamente partiendo de estas bases, donde la concepción del dolo sostenida por Díaz Pita manifiesta toda su virtualidad práctica.

La profesora decía que dado que el dolo sería la voluntad contraria o despreciativa a los valores protegidos penalmente que manifiesta un sujeto al actuar, tendríamos que entender que para considerar como dolosa una conducta se requerirá que se hubiese efectuado, no sólo teniendo un conocimiento *paralelo en la esfera de lo profano* de las diferentes realidades, tanto normativas como empíricas que conforman el tipo objetivo de un delito (incluido su resultado consumativo), sino también y sobre todo, habiéndose optado *voluntariamente* por realizarla en lugar de haberse abstenido hacerlo, como habría hecho quien en esa situación todavía mantuviese un mínimo respeto por los bienes que se pretendían proteger por el ordenamiento penal.⁶⁸

El problema estará entonces en concretar cuando la decisión voluntaria manifestada por el sujeto al actuar habría llegado a abarcar la producción de la lesión que podría ocasionar al hacerlo, cuestión a la que responde Díaz Pita señalando que no existe dolo de lesión en la conducta realizada por quien hubiese decidido ejecutarla, teniendo conciencia de la peligrosidad concreta que la misma iba a generar, pero confiando plenamente, al mismo tiempo, en poder evitar que dicho peligro pudiese llegar a realizarse en la efectiva lesión, puesto que, dicha confianza determinará que el sujeto no hubiese manifestado con su actuación ni siquiera el desprecio absoluto con respecto a la posible producción de tal resultado que permitiría entender que su voluntad había llegado a abarcarlo.

Distinto habría de ser el caso de quien teniendo por peligrosa la conducta que iba a realizar hubiese optado voluntariamente por ejecutarla, pese a tener dudas

sobre sus posibilidades de evitar que dicho peligro se pudiese llegar a concretar en la lesión. En este supuesto, quien así actúa, al decidir hacerlo pese a no estar seguro de si su conducta llegaría a producir la lesión o no, habría manifestado su total indiferencia o desprecio hacia el posible acaecimiento de dicho resultado, lo que nos permitirá entender que había manifestado una voluntad que abarcaría también su efectiva producción.⁶⁹

Habría de entenderse, por tanto, que el dolo de un sujeto abarcará la lesión desde el mismo momento en que hubiese decidido actuar sin estar plenamente convencido de poder evitar su producción, circunstancia que, al mismo tiempo y paralelamente, también determinará que nunca pueda apreciarse dolo en aquellas otras conductas en que quien las ejecuta lo hubiese hecho estando plenamente convencido de que podría evitar por sus propios medios que tal resultado llegase a acontecer, casos estos en los que de producirse dicho resultado sólo se le podría imputar a título de imprudencia consciente.

Podría entenderse que, en el citado ejemplo de Guillermo Tell, cuando este ballestero experto decidió disparar sobre la manzana situada en la cabeza de su hijo no lo habría hecho con dolo de lesionarlo (como se habría de deducir automáticamente si entendiésemos que para apreciar dicho dolo, cuando menos en su forma eventual, bastaría con que tuviese, como de hecho tenía, un pleno y correcto conocimiento de la peligrosidad que presentaba su conducta respecto a la efectiva producción de tal resultado), ya que, la plena confianza que tendría dicho ballestero, incluso racionalmente fundamentada, en poder evitar que su disparo llegase a ocasionar la efectiva lesión a su hijo determinaría que se tuviese que excluir que el mismo hubiese actuado con dolo de producirla, esto es, con un verdadero dolo de lesión, quedando, por tanto, sólo abierta la posibilidad de imputarle tal resultado a título de imprudencia cuando éste finalmente llegase a producirse y concurriesen, además, el resto de requisitos que configuran a esta modalidad de imputación.

⁶⁷ Compartimos plenamente la postura sostenida en este sentido por Muñoz Conde, F. y García Arán, M. cuando señalaban que si bien es cierto que en realidad el único objeto seguro de la volición es la acción misma, ya que el resultado siempre es incierto "... ello no quiere decir, como pretende algún sector de la doctrina que a voluntad vaya sólo dirigida a la acción. También el resultado puede ser querido y, precisamente por eso, cuando éste se quiera directamente se procura realizar una acción que pueda producirlo con toda certeza, por ejemplo, disparando a quemarropa. Por ello, en los delitos de resultados consistentes en la lesión de un bien jurídico (homicidio, lesiones, daños), el dolo debe ir también referido al resultado, no bastando con un dolo de peligro", *op. cit.*, p. 272.

⁶⁸ Díaz Pita, M.M., *El dolo...*, *op. cit.*, p. 309.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 309 y ss.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

Ahora bien, ¿la negación del dolo de lesionar en estos casos y su mera posible imputación a título de imprudencia ha de llevar paralelamente a que se niegue que su autor hubiera actuado con dolo de poner en peligro al bien jurídico protegido?

Parece evidente que si se entiende, como hacían algunas de las propuestas anteriormente comentadas, que la confianza en la evitación del resultado determina la ausencia de un dolo referido a la propia peligrosidad *ex ante* de la conducta a realizar y no sólo al posible resultado lesivo derivado de la misma,⁷⁰ se tendrá que afirmar que quien confía en poder evitar la lesión estaría actuando no sólo sin un verdadero dolo referido a ésta, sino también sin uno que abarcase en su seno el peligro concreto de ocasionarla, con lo que tampoco dicho peligro se le podría imputar a tal título.

Sin embargo, la negación en estos supuestos de la posibilidad de apreciar un dolo de peligro no parece demasiado sostenible, por cuanto, si bien es cierto que en los mismos su autor no habría actuado con un verdadero dolo de lesionar,⁷¹ ello no puede ni debe conllevar que se haya de entender que también lo hubiese hecho sin que su dolo hubiese abarcado el previo peligro de su producción, ya que por mucho que en dichos sujetos hubiesen decidido actuar confiando en que podrían evitar la efectiva producción del resultado lesivo, ello no habría de suponer que también hubiesen creído que podrían evitar la generación de una verdadera situación de peligro concreto de su producción, lo que, a nuestro juicio, determinaría que dicho resultado previo de peligro sí se les pudiese imputar a título de dolo.

Así, por ejemplo, habría de entenderse que la plena confianza que podría tener Guillermo Tell en poder evitar la efectiva lesión de su hijo impide afirmar que su dolo hubiese abarcado dicho posible resultado típico, ello no habrá de suponer que no se pueda y se le deba atribuir el previo resultado de peligro de su producción a título de dolo, ya que, que por mucho que dicho sujeto hubiese actuado confiando plenamente en poder controlar la producción de la lesión, ello no querría decir que también lo hubiese hecho creyendo que podría evitar la previa generación del peligro concreto de su acaecimiento, lo que nos permitirá entender que, si bien no actuó con una voluntad de lesionar, si lo había hecho con la de poner peligro.⁷²

Podríamos decir, por tanto, que dicho ballestero disparó sin voluntad o dolo alguno de lesionar, pero también que lo habría hecho con una voluntad o dolo de generar el peligro previo a su producción, esto es, con un verdadero dolo de peligro concreto, consideración que se deriva del hecho, a nuestro juicio incuestionable, de que si bien es cierto que todo el que quiere lesionar ha de querer necesaria y previamente poner en peligro, esto no querrá decir que como contrapartida se tenga que afirmar que todo el que quiera poner en peligro deba también por ello querer lesionar.

Se pone así de manifiesto que el dolo referido al peligro y el dolo dirigido a la lesión son dos realidades subjetivas que no tienen porque coincidir, a nuestro juicio, habrá que determinar también si resulta erróneo el reducir las diferencias existentes entre los

⁷⁰ Así, por ejemplo, Bacigalupo afirmaba que cuando un sujeto representase correctamente la peligrosidad inherente a la conducta que pretendía realizar pero confiase, al mismo tiempo, de una forma racional aunque errada, en poder evitar que la misma llegase finalmente a realizarse en el efectivo resultado lesivo, habría actuado sin una correcta representación del peligro concreto referido a dicha lesión, lo que determinaría que la misma no se le pudiese imputar a dicho título, sino todo lo más por imprudencia *op. cit.*, p. 77; postura que, contrasta con la de quienes, como Mir Puig, S., en *Derecho Penal. Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2004, p. 262 y 269, partiendo de una concepción bipartita del dolo configurado como conocimiento y voluntad, pero también exclusivamente referida a la peligrosidad de la conducta y nunca a los posibles resultados de la misma, consideran que sería, precisamente, la posibilidad de coexistencia en una misma conducta de la conciencia de su autor del riesgo estadístico que conlleva la misma, junto a su creencia incluso irracional de que el mismo no iba finalmente a realizarse la que permitiría considerar que quien la realizó había actuado con culpa consciente y no con dolo, aún cuando reconocen que lo difícil será que el juez pueda encontrar pruebas que vengan a avalar la presencia de dicha superstición. Esta diferente postura respecto al carácter que habría de tener la confianza del sujeto para excluir u dolo, no puede hacernos olvidar que ambas vendrían a afirmar que dicha confianza del sujeto en poder evitar el resultado (racional o no), habría de determinar que se tuviese que entender que el mismo no se habría llegado a representarse su conducta como real y concretamente peligrosa, lo que habría de llevar a que tampoco dicho carácter se le pudiese imputar a título de dolo.

⁷¹ En contra de esta postura se habría de posicionar Ragués i Vallés, R. al entender que sería imposible negar la presencia de un dolo de lesión en cualquier conducta que no fuese neutral en la que se hubiese tenido conciencia de su peligrosidad abstracta y también de la situación en la que se actuaba, lo que le habría de llevar a entender que también en ésta concurriría un verdadero dolo de lesión, al no poder considerarse la misma en modo alguno como neutral. Véase *El dolo...*, *op. cit.*, p. 509.

⁷² De este modo, la propuesta de Díaz Pita se ajustaría perfectamente a la realizada en su día por Rodríguez Montañés, según la cual, el dolo de peligro se nos presenta como una forma imputación cercana a la culpa consciente respecto al resultado lesivo. En *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 113, 116, 128, 137 y 186.

injustos típicos de los delitos de lesión y los de peligro a una mera cuestión de grado de afección objetiva del bien jurídico protegido en los mismos,⁷³ dado que esta exigencia de afección objetiva también vendrá a fijar, a nuestro juicio, los referentes objetivos a los que habrán de estar referidos las voluntades o dolos que los vendrían a configurar.

Se diferencian así, claramente, las realidades subjetivas propias de los delitos de peligro y de los de lesión, las cuales, si bien son formas o manifestaciones del mismo concepto de dolo, se distinguen precisamente en el hecho de estar referidos a objetos o referentes objetivos netamente diferentes, aunque necesariamente relacionados entre sí, como serían la lesión, por un lado, y el mero peligro de su producción, por otro;⁷⁴ diferenciación esta que ha de resultar, como vamos a ver a continuación, esencial a la hora de dar un adecuado tratamiento de los complejos supuestos incluidos bajo la genérica denominación del dolo alternativo.

V. Determinación del contenido real del denominado dolo alternativo y de los efectos que el mismo habría de tener sobre el injusto realizado

Una vez que hemos concretado lo que debe entenderse por el dolo de un delito y que también hemos definido el contenido que habría de tener el mismo para poder integrar los injustos típicos de los delitos de lesión y los de peligro, ha llegado el momento de volver a plantearnos qué clase de dolos vendrían a conformar aquel que se ha denominado como dolo alternativo.

En este sentido, hemos de partir del hecho de que si algo se ha podido comprobar en las páginas precedentes es que, con independencia de las diferentes soluciones e interpretaciones doctrinales referidas a dicha modalidad de dolo, todas ellas habrían venido a entender que éste se diferenciaría del acumulativo, precisamente, por el hecho de que quien actúa con el mismo lo hace descartando completamente la posibi-

lidad de producir simultánea y acumuladamente más de uno de los resultados delictivos que tenía por posibles, ya que consideraba que la producción de uno de ellos vendría a determinar la absoluta imposibilidad de ocasionar el resto.

Resulta evidente, por tanto, que la única diferencia entre ambas clases de dolos no nos vendrá dada por el hecho de que sus respectivos autores actuaran con una diferente representación respecto a la probabilidad de producción de los distintos resultados que sabían podían ocasionar, sino por el hecho de que mientras en un caso habrían decidido actuar estando plenamente convencidos de que siempre evitarían la efectiva producción acumulada de los que tenían por posibles, ya que estaban seguros de que sólo podrían producir uno de ellos, aunque no sabían cuál (dolo alternativo); en el otro (dolo acumulativo) lo habría hecho queriendo producirlos todos, o cuando menos, habiendo albergado dudas sobre su capacidad real de poder evitar que se llegasen a producir simultáneamente más de uno de ellos.

Este factor diferencial va a resultar a nuestro juicio fundamental a la hora de establecer el tratamiento correcto de las conductas que se hubiesen cometido con un verdadero dolo alternativo, por cuanto si se parte, como aquí se hace, de que el dolo de lesión ha de abarcar en su seno a la efectiva producción de dicho resultado para poder ser considerado como tal, tendremos que entender que quien actúa con un dolo alternativo sólo lo hace con uno de esos dolos y no con varios, como sucede en el supuesto del acumulativo, ya que al haber actuado confiando plenamente en que su actuación sólo podría dar lugar a la realización de una de las lesiones que tenía por posibles y nunca a todas ellas, no se podría entender que lo hubiese hecho con un dolo referido a más de uno de tales resultados.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien dispara una sola vez a un guardia forestal y a su perro, convencido de que con dicha conducta sólo podía lesionar a uno de los dos y nunca a ambos.

⁷³ No le falta razón, en tal sentido, a Ragués i Vallés, R. cuando señala que el entender que quien le atribuye a su conducta la aptitud de crear un peligro concreto, también le atribuye por la fuerza la capacidad de lesionar, llevaría a dejar sin sentido la totalidad de los delitos de peligro concreto recogidos en el Código Penal, ya que éstos pasarían a ser meras tentativas de los respectivos tipos de lesión. En *El dolo...*, *op. cit.*, p 174.

⁷⁴ Como bien señala Rodríguez Montañés, T. no nos encontramos, ante dos nuevas clases de dolo, diferentes del dolo directo o del eventual. En realidad, los denominados dolo de peligro y dolo de lesión no son sino meras manifestaciones de un único concepto de éste que tan sólo divergen en el objeto con respecto al cual aparecen respectivamente referidos, uno a la efectiva lesión del bien jurídico y otro a su mera puesta en peligro. En *op. cit.*, pp. 45 y ss.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

En este caso, el sujeto sabe y quiere poner en peligro tanto al guardia como al perro con su disparo, pero también está seguro de que su actuación sólo podrá lesionar a uno de ellos, con lo que habrá de entenderse que, en realidad, estaría actuando con dos dolos de peligro, pero tan sólo con uno de lesión, ya que, pese a que es indudable que su dolo comprendería las puestas en peligro de ambos, también lo es que sólo llegará a abarcar la efectiva lesión de uno de los dos.

No existen, por tanto, varios dolos de lesión en el dolo alternativo, como erróneamente se ven obligados a entender quienes aprecian dicho elemento típico tan pronto como constatan que el sujeto activo de una conducta objetivamente típica la había realizado como una correcta representación subjetiva del peligro inherente de la misma. Lo que en realidad se produce en estos supuestos es una actuación realizada con varios dolos de peligro, pero con uno sólo de lesión, configuración ésta de los supuestos de dolo alternativo que, a nuestro juicio, será la única que valorará correctamente la realidad subjetiva presente en los mismos y que, precisamente por ello, va a ser la que va a permitir establecer un tratamiento jurídico penal completo, coherente y adecuado de todas sus posibles formas de aparición.

Así, una primera e importante consecuencia práctica de esta interpretación será que resulte absolutamente imposible apreciar en los casos de dolo alternativo tantas tentativas de delitos de lesión como lesiones alternativas hubiese tenido por posibles su autor, por cuanto al considerarse que dicho sujeto realmente actuó con un único dolo lesión, la apreciación de una de dichas tentativas habrá de llevar a la necesaria exclusión del resto de las posibles, al carecer éstas de la base subjetiva necesaria para poder apreciar su realización.

De este modo, habrá de considerarse que quien dispara a una manifestación sin herir a nadie, pese a la posibilidad de matar a cualquiera de los allí reunidos, pero sólo a uno de ellos y nunca a más, habrá de responder, lógicamente, por una única tentativa de homicidio y no por un número igual al de personas que se encontrasen allí reunidas y hubiesen podido resultar alternativamente heridas por el disparo, por cuanto los dolos de peligro con los que dicho sujeto actuó con respecto a todas y cada una de dichas posibles lesiones, no permitirán apreciar el tipo subjetivo propio de las tentativas de los delitos de lesión (p. ej. homicidios) que podrían llegar a castigarlas.

Del mismo modo, también entendemos que si, en el mismo supuesto, el sujeto que disparó, en caso de que llegase a producir la muerte de alguno de los manifestantes, sería responsable tan sólo de la realización de un único delito de homicidio doloso consumado, sin que no se aprecie la concurrencia de ninguna otra tentativa con respecto a la posible lesión del resto de los manifestantes, al carecer éstas del sustento subjetivo necesario para poder apreciar su realización.

Ahora bien, los dos casos planteados aluden a dolos alternativos dirigidos a delitos del mismo valor (homicidios), pero ¿qué sucederá cuando el sujeto actúe con un dolo alternativo referido a dos posibles resultados delictivos de diferente valor e incluso de diferente naturaleza? Esto es, ¿cómo calificaríamos aquel caso en el que el sujeto albergase en su dolo tanto la posibilidad de matar a uno de los manifestantes, como la de herir a otro? ¿Y cómo calificaríamos el caso donde el sujeto que dispara sabe que puede matar a la persona que le perseguía o al perro que lleva, pero no a los dos simultáneamente? En definitiva, ¿cómo habremos de calificar los supuestos de dolos alternativos referidos a delitos de diferente naturaleza y valor?

Pues bien, lo primero que ha de señalarse al respecto es que el hecho del dolo alternativo de un sujeto aparezca referido a resultados típicos no homogéneos no altera en absoluto su naturaleza y contenido. Es decir, seguiremos encontrándonos ante un dolo que abarcaría varios posibles peligros pero una única efectiva lesión, de nueva cuenta, sólo se podría apreciar una única tentativa referida a dicha clase de delitos.

Es evidente que el problema en estos supuestos será el de decidir qué calificación típica se habría de aplicar a una conducta que podría ser considerada, en principio, como constitutiva de dos tentativas diferentes, pero que nunca puede dar lugar a la apreciación simultánea de ambas al no concurrir aquel doble dolo de lesionar que permitiría hacerlo.

Nos encontramos en estos supuestos, ante un claro caso de concurso de normas, donde lo decisivo será encontrar y aplicar la calificación jurídica que valore de forma más completa el injusto realizado por el sujeto.

Así, en caso de que ninguno de los delitos que se tuvieron por posibles se llegase a consumir, siempre se debería imputar a título de dolo aquel que fuese el más grave, puesto que, la exclusiva apreciación de la tentativa del otro, del más leve, vendría a privilegiar

al autor de estas conductas, lo que evidentemente sería injusto.⁷⁵

De este modo, si en los ejemplos planteados con anterioridad no se llegasen a consumir ninguno de los diversos delitos que habían sido abarcados por el dolo alternativo de su respectivo autor, éste habrá de responder por la comisión de las tentativas del delito más grave que habría podido cometer (las de los homicidios) y no por las referidas al resto de delitos que hubiese tenido por posibles y alternativos con respecto a aquel (p. ej. los daños o las meras lesiones), ya que, al valorarse el único dolo de lesión con que actuó en la apreciación de la tentativa referida al delito más grave, careceríamos de base subjetiva alguna para poder imputarle las tentativas relativas al resto de delitos más leves que aquél.

En consecuencia, esto nos lleva a entender que a dicho sujeto se le habría de castigar de manera exclusiva por la consumación dolosa del delito más grave, cuando fuese ésta la que finalmente, se llegase a producir. Ahora bien, esto no quiere decir que la propuesta sostenida venga a menospreciar o a relegar completamente el desvalor del resultado efectivamente producido cuando éste se concretase en la efectiva consumación del delito más leve, puesto que, habrá de entenderse que será la realización de dicho resultado la que, unida al resto de requisitos típicos de los delitos imprudentes, podrá dar lugar a la apreciación en estos supuestos de un verdadero concurso ideal de delitos entre aquel que viniese a castigar la producción imprudente del resultado más leve y la tentativa del más grave que no hubiese llegado a consumarse.

No existe ningún obstáculo para afirmar que la apreciación del dolo referido a la lesión que consumaría el delito más grave debe excluir la posibilidad de apreciar aquel otro dirigido al resultado consumativo del más leve, es decir, no supone obstáculo alguno para que éste último se le pueda imputar a aquel que de hecho lo ocasionó a título de imprudencia.

Es más, si se afirma que el autor de las conductas efectuadas con dolo alternativo habría actuado con un único dolo de lesión, pero con varios dolos de pe-

ligro concreto, llegado el caso en que el resultado más leve se le pudiese imputar a título de imprudencia, se debería de entender que el mismo había sido producido con una verdadera imprudencia consciente, ya que a nuestro juicio el dolo de peligro concreto de una lesión vendría estructuralmente a coincidir con la imprudencia consciente referida a la misma.⁷⁶

Por último, hemos de señalar que la solución propuesta también permitiría dar adecuada respuesta al problema que se podría presentar en aquel caso, también posible, pese a que el sujeto hubiese actuado con un dolo alternativo referido a dos delitos, hubiese venido finalmente a ocasionar los resultados consumativos de los dos, como podría suceder, por ejemplo, cuando el sujeto que disparase a quien le perseguía y al perro que éste llevaba, estando seguro de que sólo podría ocasionar la muerte de uno de ellos, sin embargo, ocasionase la de ambos.

Este grupo de supuestos de dolo alternativo, sólo ha sido analizado por Wessels y Beulke, quienes señalaban que su correcto tratamiento penal sólo se podría alcanzar volviendo a valorar si su autor había actuado con un verdadero dolo alternativo o si, por el contrario, lo habría hecho realmente con uno acumulativo;⁷⁷ postura que, a nuestro juicio, no vendría a resolver nada, ya que si se afirma, como se había hecho previamente, que en el caso del sujeto que dispara al perro y a su perseguidor se debe apreciar su dolo alternativo referido a la muerte de cada uno de ellos, esto no podrá volver a valorarse por el mero hecho de que finalmente hubiese llegado a matarlos a ambos.

El verdadero problema al que hay que responder respecto a dichos casos no será, por tanto, el concretar cuando nos encontramos o no ante un verdadero supuesto efectuado con dolo alternativo, sino el de establecer como se habría de calificar penalmente aquellos casos, en los que habiéndose constatado dicho dolo, se llegase a producir la consumación de dos delitos que se habían tenido por excluyentes entre sí, cuando realmente no lo eran.

En este sentido, habrá de señalarse que si se entiende, como hace la mayoría de la doctrina, que el sujeto

⁷⁵ Joerden, J.C., *op. cit.*, p. 594. En el mismo sentido, también Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1067 y en similares términos Schmitz, R. quien, como ya vimos, señalaba acertadamente que no se conseguiría entender que la mera representación de la posibilidad de cometer un delito más leve pudiese llegar a eliminar completamente (nosotros diríamos a absorber) el correspondiente a la del más grave. En *op. cit.*, p. 308.

⁷⁶ Véase *supra*, nota al pie núm. 69.

⁷⁷ Wessels, J. y Beulke, W., *op. cit.*, p. 90.

El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

que actúa con dolo alternativo lo hace con un dolo compuesto de dos dolos de lesión referidos, cada uno de ellos, a los respectivos resultados consumativos de los dos delitos que tenía por posibles, no podremos sino considerar que cuando llegase objetivamente a producir dichos resultados acumulativamente tendría que responder por la dolosa consumación de los dos delitos que los valorarían; consideración que no sólo asimilaría completamente el tratamiento penal de su conducta con la de aquel otro que hubiese actuado con un verdadero dolo acumulativo, sino que, además, vendría a imputarle como dolosa la comisión de dos delitos, pese a haber admitido, previamente, que dicho sujeto ni siquiera se había representado su producción acumulada como una posibilidad real.

Mucho más correcto será entender que al haber en estos supuestos un único dolo de lesionar, sólo se podrá imputar a su autor uno de dichos delitos a título de dolo, quedando abierta la posibilidad de imputarle el otro a título de imprudencia; interpretación que nos llevará a apreciar, por ejemplo, en el supuesto planteado anteriormente, un simple concurso ideal de delitos entre el homicidio doloso consumado y aquel otro delito que viniese, en su caso, a sancionar la producción imprudente de los daños derivados de la muerte del perro, calificación que valora mucho mejor que la anterior el injusto realizado, precisamente por haber partido de una correcta interpretación de la verdadera postura subjetiva con que su autor lo habría ejecutado.

VI. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos visto como la doctrina ha propuesto en los últimos cien años distintas consideraciones y soluciones con respecto al controvertido supuesto del dolo alternativo, sin que ninguna de ellas llegase a valorar de una forma correcta y completa la polémica que planteaban las conductas realizadas con el mismo.

Sin embargo, toda la problemática dogmática referida a estos casos quedará, a nuestro juicio, clarificada desde el momento en que, partiendo de una correcta configuración del dolo de lesión entendida como conciencia, pero también voluntad dirigida a ocasionar dicho resultado, se entienda que el dolo alternativo no es el producto de la unión de varios dolos de lesión en una única conducta, sino el resultado de la conjunción de varios dolos de delito y de uno sólo de lesión.

Esta interpretación será precisamente la única que permitirá realizar una adecuada y coherente valoración de todas las posibles formas de aparición del denominado dolo alternativo; valoración que, como hemos visto y ya adelantamos en el título de este trabajo, obliga a analizar este tipo de conductas aplicando las reglas del concurso de leyes o las de delitos, según los casos, con lo que se pone de manifiesto que la problemática del dolo alternativo no puede solventarse exclusivamente atendiendo a las reglas de un solo concurso, dado que su correcta calificación se encuentra en realidad en un punto de intersección entre ambos.

Bibliografía

- Bacigalupo, E., “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, 2005.
- Cramer, P. y Sternberg-Lieben, D., en Schönke y Schröder, *Stragesetzbuch. Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 2006.
- Díaz Pita, M.M., “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006.
- , *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Feijoo Sánchez, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *CPC*, núm. 65, 1998.
- , *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en Agustín Jorge Barreiro, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005.
- Fischer, M., *Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des dolus alternativus*, Franckfurt del Meno, 1993.
- Frisch, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung ausser-tatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, C. Heymann, Colonia, 1983.
- Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- , *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, L. Röhrscheid, Bonn, 1967.

- Jescheck, H-H y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 1996.
- Joerden, J.C., “Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz”, *ZStW*, 95, 1983.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2006.
- Köhler, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heiderlberg/Nueva York, 1996.
- Kühl, K. y Lackner, K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª ed., C.H. Beck, Múnich, 2004.
- Maurach y Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 6ª ed., Müller, Heidelberg, 1983.
- , *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8ª ed., Müller, Heidelberg, 1992.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Repetitor, Barcelona, 2004.
- Muñoz Conde. F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Otto, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 2000.
- Ragués I Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- , *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2002, pp. 1891-1898.
- Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
- Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, C.H. Beck, Múnich, 2006.
- Serrano González de Murillo, J.L., “Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado ‘dolo alternativo’”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- , *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, *ADPCP*, 1984.
- Schmitz, R., “Der dolus alternativus”, *ZStW*, 112, 2000.
- Vives Antón T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Vogel, J., *Leipziger Kommentar* (en prensa).
- Weber, U., Baumann J. y Mitsch W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- Wessels, J. y Beulke, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 38ª ed., Müller, Heidelberg, 2005.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal