

## DISCORDANCIA ENTRE LA TEORÍA Y LA PRAXIS JURÍDICA EN VENEZUELA A PROPÓSITO DEL DOLO EN EL DERECHO PENAL

*Rodrigo Silva Medina*

Doctor en Derecho, profesor de Seminario: Área de Derecho Penal (UCAB)

### Resumen

La jurisprudencia y la doctrina defienden que el dolo está compuesto por el conocimiento y la voluntad de la realización del hecho típico, pero para probar el dolo en el proceso penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia se conforma solo con la prueba del conocimiento. Ello debería impulsar a la jurisprudencia a cambiar el criterio y sostener que el dolo es solo conocimiento de la realización típica, pero ello no ocurre porque el Código penal establece que son punibles las conductas realizadas con intención, con lo cual obliga a considerar en el dolo la voluntad, aunque esta no se pueda probar. Es necesario que la legislación no adopte una postura dogmática concreta como la actual, para que la teoría pueda ser concordante con la praxis.

**Palabras clave:** Derecho penal, dolo, conocimiento, voluntad, intención, prueba, procedimiento penal.

## DISAGREEMENT BETWEEN LEGAL THEORY AND PRACTICE IN VENEZUELA ABOUT PURPOSE IN CRIMINAL LAW

### Abstract

Jurisprudence and legal doctrine maintain that purpose is composed of both knowledge and the will to carry out a crime, whereas the Supreme Court only demands proof of knowledge in order to establish purpose in criminal proceedings. This should encourage jurisprudence to change the criteria and defend that purpose is only knowledge of the action's performance. This does not happen because the Criminal Code establishes that only actions perpetrated with intent are punishable, which means that purpose is integrated with the will although it cannot be proved. It is important that the legislation does not adopt a particular dogmatic position like the current one to ensure the theory remains consistent with the practice.

**Keywords:** Criminal Law, purpose, intent, knowledge, will, intention, evidence, criminal procedure.

## **INTRODUCCIÓN**

El artículo 300.2 del Código Orgánico Procesal Penal<sup>1</sup> (en adelante, COPP) prevé que el Ministerio Público, en el curso de la fase preparatoria del proceso penal, puede solicitar al juez de control el sobreseimiento de la causa, alegando, entre otras causales, que el hecho imputado no es típico o que, siendo típico concurre una causa de inculpabilidad. Uno de los elementos del tipo o de la culpabilidad, dependiendo de la adscripción metodológica del intérprete, es el dolo en los hechos punibles que así lo exigen, que constituyen la mayoría de los tipos penales. Por lo tanto, el Ministerio Público debe, en todo caso, recoger elementos de convicción y promover medios de prueba que sean necesarios y pertinentes para crear en el juzgador la convicción plena de la existencia del dolo, para fundamentar la acusación hasta la sentencia definitivamente firme. Además, los jueces penales, tanto en fase intermedia como en fase de juicio, deben estar atentos para identificar los elementos de convicción o medios de prueba que acrediten el dolo de la conducta del sujeto, pues sin ellos acaecería el sobreseimiento o la absolución. De esta manera, si no es posible recopilar elementos de convicción para fundamentar que el sujeto realizó una determinada conducta con dolo, y la misma conducta no es castigada si se realiza imprudentemente (culposamente), el Ministerio Público debe solicitar el sobreseimiento de la causa, como lo prescribe la disposición mencionada.

La necesidad de la prueba del dolo en el proceso penal obliga plantearse su concepto y cuáles son los elementos que lo integran, para así poder fijar tanto el objeto como los medios probatorios, que, en fase preparatoria, se denominan elementos de convicción por exigencias del principio acusatorio. En el presente trabajo se abordarán las posturas dogmáticas sobre el dolo que se han sostenido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y se contrastarán esas posturas con lo exigido por el Tribunal Supremo de Justicia para que se declare probado el dolo en el proceso penal.

---

<sup>1</sup> Gaceta Oficial n. ° 6078, extraordinario, de 15 de junio de 2012.

## **I. LOS ELEMENTOS DEL DOLO**

La jurisprudencia y la doctrina dominante venezolana sostienen que el dolo consiste en la intención de realizar un hecho antijurídico y que el mismo es la consciencia y voluntad del hecho descrito en la ley como punible<sup>2</sup>. Con ello, se adscriben a las teorías de la voluntad que se han elaborado sobre el dolo. Pero esta no es la única teoría que explica la naturaleza jurídica del dolo. Es necesario recordar que todo hecho relevante para el Derecho penal (ya sea doloso, imprudente -culposo- u omisivo) presupone un comportamiento humano que requiere *voluntariedad*.

La voluntariedad del comportamiento a la que se hace referencia es aquella que la doctrina dominante señala como las conductas que son humanas, externas, que no sean causadas por alguna fuerza física irresistible, algún movimiento reflejo o realizadas en el marco de un estado de inconciencia<sup>3</sup>. En esta línea, ROXIN entiende que el comportamiento idóneo como objeto de imputación típica es el que se puede atribuir a un sujeto como centro de actos psicológicos-individuales con trascendencia exterior; con lo cual los actos con voluntariedad son los que son dominados o dominables por la voluntad y la conciencia, es decir, que son manifestaciones de la personalidad<sup>4</sup>. En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, para quien la conducta que es susceptible de imputación jurídico-penal es aquella que expresa procesos humanos interpretables por el derecho, capaces de sentido<sup>5</sup>. Con ello, las conductas que tienen voluntariedad son la que manifiestan un cierto autocontrol, en el sentido de que constituyen actos *humanos* (que el sujeto puede controlarlos) y no simples actos *de hombres* (en los que el sujeto se halla como un animal, sin controlabilidad).

Esta voluntariedad no es suficiente para el dolo, porque también el hecho imprudente o culposo presupone un comportamiento humano voluntario. Entonces ha de preguntarse si para el dolo basta o no agregar, a dicha voluntariedad general, el conocimiento de la

---

<sup>2</sup> Alberto Arteaga Sánchez, *Derecho penal venezolano* (Caracas: Álvaro Nora, 2012), 333.

<sup>3</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho penal. Parte general* (Barcelona: Reppertor, 2011), 218-225; Juan Luis Modolell González, *Derecho penal. Teoría del delito* (Caracas: UCAB, 2015), 49-54.

<sup>4</sup> Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), 252.

<sup>5</sup> Jesús María Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del delito* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 35.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Rodrigo Silva Medina**

peligrosidad de la conducta para la norma protegida. La señalada teoría de la voluntad responde negativamente, pues exige, además, que el sujeto desee (dolo directo de primer grado) o al menos acepte (dolo directo de segundo grado y dolo eventual) el resultado del hecho; mientras que las teorías del conocimiento o de la representación responden positivamente, porque estiman que no es necesario añadir ninguna voluntad interna adicional del sujeto<sup>6</sup>. De esta manera, según las teorías de la voluntad el dolo se configura como conocimiento y voluntad del hecho ilícito por parte del autor; mientras que según las teorías del conocimiento el dolo solo estaría integrado por el conocimiento de la peligrosidad de la conducta.

La circunstancia de que la jurisprudencia haya optado tradicionalmente por las teorías de la voluntad implica que el Ministerio Público debe probar no solamente que el imputado realizó la conducta de riesgo típicamente relevante en el sentido de un tipo concreto (en los delitos de mera actividad) y que este es el mismo riesgo que se manifestó en el resultado (en los delitos de resultado), sino que, además, debe probar que el sujeto se representó el riesgo concreto que encerraba su conducta para el bien jurídico y que quiso (deseó o aceptó) el hecho. Sin embargo, como se verá más adelante, en la práctica se elude la exigencia de la prueba del elemento volitivo del dolo, y en las sentencias solo se motiva, cuando ello ocurre, la prueba de indicios para la verificar el conocimiento del hecho por parte del sujeto que lo realiza. Así, en la realidad forense se aplica la teoría del conocimiento o de la representación, aun cuando retóricamente se continúa sosteniendo que el dolo es conocimiento y voluntad del hecho perpetrado. Con lo cual, si la voluntad es un elemento del dolo independiente del conocimiento del hecho, se podría sostener que se ha estado condenando por hechos dolosos sin la plena prueba del dolo.

Para evidenciar esta contradicción en el tratamiento del dolo en la jurisprudencia, en el siguiente apartado se hará un breve repaso de las concepciones sobre el dolo y, posteriormente, se analizarán tres sentencias representativas del Tribunal Supremo de Justicia, a saber, los fallos 1.703 de 21 de diciembre de 2000 (ponente Angulo Fontiveros) y

---

<sup>6</sup> Mir Puig, *Derecho...*, 268.

**Rodrigo Silva Medina**

554 de 29 de octubre de 2009 (ponente Coronado Flores) de la Sala de Casación Penal y la sentencia 490 de 12 de abril de 2011 (ponente Carrasquero López) de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Estos fallos pusieron de manifiesto que existe disconformidad entre el concepto de dolo y su determinación probatoria en el espectro límite entre el dolo y la imprudencia o culpa. En efecto, el problema del contenido del dolo aparece a lo largo de todas sus clases, pero es en el dolo eventual donde se ha debatido con más fuerza si ha de mantenerse o no el querer como elemento distintivo del dolo<sup>7</sup>.

## **II. POSTURA DE LA DOCTRINA Y LA JUSRIPRUDENCIA VENEZOLANA**

Como se adelantó, la doctrina tradicional se inclina a entender que el dolo consiste en la conciencia y voluntad del hecho descrito en la ley como punible (teorías de la voluntad)<sup>8</sup>. Así, el dolo se entiende como conocer y querer los elementos descritos en el tipo penal (el sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo). Es decir, el dolo constaría de dos elementos: elemento cognoscitivo o intelectual (conocer) y elemento volitivo (querer), que se agregan a la voluntariedad del comportamiento humano correspondiente a la primera categoría del concepto de delito (acción o conducta o comportamiento). Así, en el caso del tipo de homicidio, no es suficiente que el sujeto sea consciente de que está dando muerte a otra persona, sino que es necesario también que quiera matarla. Esto tiene consecuencias al delimitar el dolo de la imprudencia (dolo eventual de la imprudencia o culpa consciente), porque conduce a exigir para el dolo una actitud interna de aprobación, consentimiento, o al menos, de aceptación del hecho<sup>9</sup>.

Los comentaristas del artículo 61 del Código Penal<sup>10</sup> (en adelante, CP) han sostenido que el dolo es conocimiento y voluntad del hecho punible. CHIOSSONE defendió que la intención a la que se refiere el encabezado de dicha disposición se refiere a la voluntad libre y consciente de infringir disposiciones legales prohibitivas, con lo cual abraza la tesis de que

---

<sup>7</sup> Precisamente, el dolo eventual es la clase de dolo en la que el elemento volitivo es prácticamente inexistente.

<sup>8</sup> Arteaga Sánchez, *Derecho...*, 333.

<sup>9</sup> Mir Puig, *Derecho...*, 268.

<sup>10</sup> Gaceta Oficial n.º 5768, extraordinario, de 13 de abril de 2005.

**Rodrigo Silva Medina**

el dolo requiere voluntad y consciencia del hecho punible<sup>11</sup>. Asimismo, MENDOZA TROCONIS indicó que el Derecho penal venezolano exige que el autor tenga conocimiento y quiera la acción, además de que aprecie el valor jurídico del hecho<sup>12</sup>. Actualmente, ARTEAGA SÁNCHEZ ha sostenido que el dolo, entendiendo que su esencia es la intención, tiene como elementos fundamentales la conciencia o previsión del hecho y la voluntariedad de este, por lo que el dolo puede ser definido como la conciencia y voluntad del hecho punible<sup>13</sup>. Por su parte, MODOLELL GONZÁLEZ señala que la definición de dolo como intención en el artículo 61 CP determina que su contenido sea la voluntad y el conocimiento del hecho, con lo cual el derecho positivo venezolano no permite que pueda restringirse el concepto de dolo solo al conocimiento de los elementos típicos<sup>14</sup>.

En relación con el rendimiento del concepto de dolo como conocimiento y voluntad del hecho punible, ARTEAGA SÁNCHEZ señala que las conductas de dolo eventual pueden ser calificadas como dolosas, porque el concepto de intención previsto en el artículo 61 CP puede ser entendido en sentido amplio. De tal manera que, si el resultado no querido directamente está unido por una posibilidad que implica una aceptación de tal resultado, el hecho debe ser calificado como doloso. En estos casos, defiende el señalado autor, el sujeto actúa sin asumir una completa posición negativa con relación al resultado dañoso posible. Esta postura extensiva del concepto de intención, para poder abarcar casos en los que el sujeto alcanza a representarse que su conducta tiene la aptitud para producir el resultado, pero no solo no quiere el acaecimiento del resultado, sino que este le es inconveniente para sus fines<sup>15</sup>, lleva a ARTEAGA SÁNCHEZ a defender que “partiendo del dolo como intención se pueden también

---

<sup>11</sup> Tulio Chiossone, *Anotaciones al Código penal venezolano*, t. I, pp. 152-156, extraído de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código penal de Venezuela*, vol. I (Caracas: UCV, 1982), 522.

<sup>12</sup> José Rafael Mendoza Troconis, *Curso de Derecho penal venezolano. Parte general*, t. II, pp. 199-204, extraído de Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código penal de Venezuela*, vol. I (Caracas: UCV, 1982), 531.

<sup>13</sup> Alberto Arteaga Sánchez, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible* (Caracas: UCV, 1975), 114 y 115; Arteaga Sánchez, *Derecho...*, 333.

<sup>14</sup> Modolell González, *Derecho...*, 96.

<sup>15</sup> Por ejemplo, los miembros de un grupo terrorista torturan a un policía para conseguir determinada información, y luego de varios días de tormentos se percatan de que el prisionero se encuentra extremadamente débil, pero, exigidos por ser la última oportunidad para obtener la información siguen torturando, advirtiendo la posibilidad de su muerte, y esta finalmente ocurre sin obtener la información requerida. El caso es de Ramon Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal* (Barcelona: J. M. Bosch, 1999), 47.

atribuir a este título [...] hipótesis de resultados no intencionales, sin disminuir la noción del dolo como intención”<sup>16</sup>.

Por su parte, MODOLELL GONZÁLEZ, quien había apuntado que el contenido del dolo previsto en el artículo 61 CP está integrado por la voluntad y el conocimiento del hecho, sostiene que en el dolo eventual es fundamental la probabilidad de la lesión o peligro del bien jurídico, y, luego de que se constate objetivamente tal probabilidad de daño, cabe verificar si el agente se representó dicho hecho típico, el cual, por carecer de seguridad en su acaecimiento, se deja al azar o a la eventualidad<sup>17</sup>. De tal manera, que este autor no se refiere al elemento volitivo en el dolo eventual, sino que prefiere considerar, con preeminencia, a la probabilidad de que la conducta produzca el hecho típico, para luego analizar si acaso el sujeto activo se representó el resultado, para lo cual no se exige, obviamente, seguridad de su realización<sup>18</sup>.

En lo que se refiere a la jurisprudencia, cabe resaltar, como antes se indicó, tres decisiones. La primera es la dictada por la Sala de Casación Penal 1703/2000 de 21 de diciembre (ponente Angulo Fontiveros). Los hechos examinados en este fallo fueron los siguientes:

En efecto, se encuentra comprobado que en fecha 24-2-98, frente al Barrio las Nieves en las Adjuntas, vía pública, a las 7:30 de la noche aproximadamente, el ciudadano ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ, conducía un vehículo de carga, pick-up, Dodge, placas 506-ACN, 1976, vino tinto, el cual era prestado; al hacer un giro indebido "vuelta en U", impacta y engancha a la mencionada víctima que se encontraba saliendo de un módulo de teléfonos públicos y al sentir el golpe, no detuvo la marcha del vehículo sino que aceleró, arrastrando consigo el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ (OCCISO), el cual, como se mencionó, había quedado enganchado en el parachoques del vehículo con una pierna. También está demostrado en autos que las personas que presenciaron el hecho, clamorosamente le gritaban al conductor que llevaba a un ciudadano a rastras, y éste hizo caso omiso al

---

<sup>16</sup> Arteaga Sánchez, *Derecho...*, 352 y 353. En este aspecto, este autor sigue a MUSOTTO, G., «El problema del dolo específico», en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, 1965, p. 366

<sup>17</sup> Modolell González, *Derecho...*, 102.

<sup>18</sup> La única clase de dolo que requiere que el agente esté seguro de que su conducta va a realizar el hecho típico es el dolo directo de segundo grado, y es esa seguridad o casi seguridad en el conocimiento es la que permite atribuir el hecho al sujeto a título doloso, aunque aquí tampoco la voluntad juegue un papel determinante.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

llamado de la gente, imprimiéndole mayor velocidad a la camioneta en cuestión, y fue luego de avanzar 2 kilómetros y 320 metros, que detuvo la marcha y huyó del lugar, dejando abandonado el vehículo que conducía con el cadáver del ciudadano que había sido arrollado.

En la parte motiva de la decisión, la Sala de Casación Penal hizo una serie de señalamientos polémicos. El Máximo Tribunal indicó, en primer lugar, que la conducta desplegada por el sujeto activo era idónea para matar, con lo cual parece admitir que la conducta de conducir con una persona viva y atrapada al parachoques del vehículo aumentando la velocidad despliega tanto el riesgo de homicidio como el de lesiones. El riesgo de homicidio tiene una sanción más grave y absorbe el riesgo de lesiones. Con todo, se trata de una conducta apta para producir el señalado resultado, con lo cual, por ahora, no hace ningún juicio de valor acerca de si se trata de un delito doloso o imprudente, pues en ambos casos se requiere que la conducta sea capaz de producir un riesgo relevante a efectos de matar.

Sin embargo, inmediatamente, la sentencia de la Sala de Casación Penal 1703/2000 indicó que era *indiscutible* que la conducta del conductor era de homicidio intencional. Así, sin más explicaciones, el fallo señaló tajantemente que se trataba de un delito intencional (doloso) y que ello estaba fuera de discusión. Pero, seguidamente, la decisión comentada reconoció que había que un ámbito de la teoría del delito que todavía había que discutir, a saber, el dolo del autor; con lo cual sí era discutible la condición intencionalidad del homicidio causado por el autor.

En este punto, la Sala de Casación Penal sorprendió con un argumento muy discutible: como era difícil probar el dolo directo, se debía condenar al sujeto como autor de un delito doloso en su vertiente de dolo eventual. Es decir, estableció una presunción según la cual cuando sea complicado probar la voluntad o el querer el resultado como deseado, habrá que condenar por dolo eventual. Así, por un lado, la Sala de Casación Penal le dio un tratamiento al dolo eventual como si fuera una figura residual, a la cual se puede echar mano cuando no se pueda probar el dolo directo (conocimiento y voluntad), pero el hecho se estime más grave que un delito imprudente o culposo con representación; por otro lado, el Máximo Tribunal aplicó la analogía en contra del reo, pues señaló que no se pudo probar que el sujeto estuviera “seguro de la producción del resultado mortal”, lo cual, según la Sala de Casación Penal, se

**Rodrigo Silva Medina**

asemeja al requisito de aplicación del dolo eventual que, según el fallo, consiste en que no haya seguridad en la producción del resultado. Esta similitud explicaría la conclusión de que el autor es culpable de un delito de homicidio intencional con dolo eventual.

Este argumento por analogía adolece de un problema, a saber, la premisa según la cual en dolo eventual no hay seguridad del resultado para el autor no es exacta. En efecto, de las tres clases de dolo solo el directo de segundo grado o de consecuencia necesarias requiere seguridad, por parte del autor, del acaecimiento del resultado, como ya se indicó. Así, la Sala de Casación Penal erró al sostener que de haber seguridad en la producción del resultado habría dolo directo de primer grado, toda vez que en este dolo, en realidad, lo importante es el deseo del resultado lesivo, independientemente de la seguridad en su acaecimiento o que el autor sepa seguro o estime posible la producción del delito<sup>19</sup>. Por otro lado, pero no menos importante, la aplicación de la analogía está proscrita en el Derecho penal, en el sentido de aplicación de la ley a casos similares a los contemplados en ella, pero no idénticos, y en perjuicio del autor<sup>20</sup>.

En mi opinión, la redacción del fallo tiene el equívoco de transmitir que el dolo eventual no se encuentra dentro de la expresión *intencional* prevista en el art. 61 CP, sino que se trata de una figura extraña a la intención. Estimo que ello es así porque la Sala de Casación Penal, en la comentada decisión, entendió que la intencionalidad solo está referida

---

<sup>19</sup> Mir Puig, *Derecho...*, 271; Roxin, *Derecho...*, 418. Esta confusión teórica de la Sala de Casación Penal se confirmó en la sentencia de la Sala Constitucional 490/2011, en la que se indicó: “Mientras que el elemento diferenciador entre el dolo de tercer grado o dolo eventual y las otras dos formas de ese elemento subjetivo descansa en que en aquel el agente *no está seguro* de que a través de su conducta vulnerará el bien jurídico-penalmente tutelado, sino que solo es posible que ocurra tal desenlace *que no busca ni se propone alcanzar directamente* (a diferencia del dolo directo o de primer grado) y, no obstante, continúa desplegándola asumiendo tal posibilidad y, por tanto, menospreciando el objeto de tutela del orden jurídico-penal y abarcando en su dolo ese resultado”. Insisto al respecto que la seguridad no es un elemento que tenga relevancia en el dolo directo de primer grado. Si A dispara a B con la intención de matar, no importa si está seguro o no del acaecimiento del resultado (puede errar el tiro o puede ser salvado por la atención médica), sino que lo relevante es el querer (en el sentido de deseo del hecho típico). El propio fallo señala indirectamente que con el dolo directo de primer grado lo importante es que el autor se propone o busca el resultado, lo cual que un aspecto volitivo que está ausente en el dolo eventual, también según el extracto del fallo. El único dolo que requiere seguridad casi total es el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias: precisamente, esa seguridad casi total es la que hace que no sea problema equiparar el “aceptar” el resultado con quererlo.

<sup>20</sup> Claus Roxin, «La parte general del Derecho penal sustantivo», en Claus Roxin, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal* (Barcelona: Ariel, 1989), 34.

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

**Rodrigo Silva Medina**

a lo que denominó “dolo directo y perfecto”, es decir, el dolo de intención que es el dolo directo de primer grado. Entonces, si se parte de esta premisa y de que en el dolo eventual no habría una verdadera intención, sino solo una aceptación del hecho, este no se encuentra dentro del art. 61 CP, según subyace del razonamiento de la Sala de Casación Penal en la decisión comentada. De esta manera, el Máximo Tribunal acogió una teoría de la voluntad al estimar que el dolo de intención es el recogido por el legislador, y que para no dejar en la impunidad el hecho bajo examen, acudió a la figura del dolo eventual, entendido este como un momento intermedio entre el dolo y la imprudencia o culpa con representación. Esto explica que nueve años después la misma Sala tuviera que volver sobre este asunto desde la perspectiva del principio de legalidad penal de los delitos, como veremos más adelante.

Además, la sentencia indicó que el dolo eventual requiere que el sujeto se represente como posible o probable el resultado dañoso y, sin embargo, continúa actuando, con lo cual el sujeto acepta su conducta y “hasta quiere el resultado”; pero no especificó qué era exactamente “aceptar” la conducta, de manera diferenciada de la realización de una conducta voluntaria con conocimiento de su peligrosidad para el bien jurídico en cuestión. Es decir, de este fallo se desprende que el dolo eventual requiere la “aceptación” de la conducta y el “querer” el resultado, y ello se deduce del conocimiento de la probabilidad de que la conducta realizará el hecho típico y de seguir realizándola. Así, en los hechos probados de la sentencia comentada, Robert era conocedor de que conducía un vehículo automotor, de que realizó una maniobra indebida, de que atropelló a un peatón, de que lo enganchó con el parachoques y de que lo arrastró más de dos kilómetros de vía, aumentando la velocidad. Robert tenía que conocer que arrastraba a otro sujeto, porque, además, los transeúntes así se lo advirtieron. Entonces, Robert realizaba la conducta de conducir en las circunstancias señaladas voluntariamente y además creaba un riesgo jurídicamente desaprobado de matar, conociendo que estaba realizando esa conducta y ese riesgo, pero faltaba el elemento de la voluntad para que haya dolo. Ese elemento volitivo se obtuvo transformando el querer por el aceptar, al probar el conocimiento del peligro.

Este fallo tuvo un voto salvado del magistrado Rosell Senhenn. Este expresó su desacuerdo porque se impuso una pena no prevista en el ordenamiento jurídico, a saber, una

**Rodrigo Silva Medina**

pena media entre la prevista para un homicidio imprudente o culposo y uno intencional. En lo que interesa al presente trabajo, el voto salvado destacó que no se probó la intención de causar la muerte por parte del autor, y que tampoco se demostró que este pudo representarse el resultado de muerte, por lo tanto, tampoco se pudo inferir que hubo aceptación. De esta manera, no se pudo establecer que hubo dolo eventual, según el magistrado disidente. En este voto, de destacó que los jueces no pueden presumir lo que ocurre en la mente del autor, sino que debe probarse las circunstancias fácticas de las cuales se pueda deducir el proceso mental del agente. Sobre esta aseveración, se hará un breve comentario más adelante. Finalmente, del voto salvado se desprende que de haberse corroborado que el autor pudo representarse el resultado dañoso se podría haber deducido la aceptación; de esta manera, tanto el fallo comentado como el voto salvado concuerdan en que en el dolo eventual no hay una verdadera “intención”, sino un sucedáneo llamado “aceptación”, que se desprende de la prueba del conocimiento o representación del resultado típico.

La segunda decisión que se comenta es la 554/2009 de 29 de octubre (ponente Coronado Flores) de la misma Sala de Casación Penal. En este fallo se sostuvo que el dolo eventual no está previsto en el ordenamiento jurídico penal venezolano, por lo que su apreciación en cualquier caso constituye la aplicación de una analogía, contraria al reo, al delito de homicidio simple, lo que vulnera el principio de legalidad. De esta manera, las conductas que se califiquen como de dolo eventual deben ser castigadas como delitos imprudentes o culposos. Los hechos sobre los cuales argumentó la sentencia fueron los siguientes:

Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, [...] quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m, [sic] el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida “A” del Sector [sic] San Vicente, Estado [sic] Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte...fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún [sic] cuando se baja de la Unidad [sic] de Transporte [sic] Colectivo [sic], antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la

Revista de la Facultad de Derecho N° 75.

2020-2021

ISSN: 2790-5152

Unidad [sic] de Transporte [sic] Colectivo [sic] y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad [sic] de Transporte [sic] en un punto de Control [sic] y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad [sic] de Transporte [sic] Colectivo [sic] le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad [sic]... Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad [sic] de Transporte [sic] que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad [sic]... estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: [sic] Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad [sic]..., una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana... fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad [sic] de Transporte [sic], con las siguientes características clase autobús, tipo autobús, marca Mercedes Benz, modelo OH 1318/51, sin placas, color blanco multicolor, año 1998, servicio transporte público, serial de motor 377943-10379159, serial de carrocería 9BM382020WB144253, asimismo las declaraciones de los testigos, prueban y demuestran que el hecho ocurrió en el sitio y del modo indicado por el Ministerio Público.

Esta decisión sostuvo que el agente, que conducía un vehículo a exceso de velocidad y sin que funcionasen las luces delanteras, no tenía intención de causar muertes, pero no profundizó en este aspecto. Así, la Sala de Casación Penal censuró que la aceptación o indiferencia del sujeto frente al acaecimiento del resultado lesivo sea estimada como querer el resultado, acusando que ello vulneró el principio de legalidad de los delitos, aunque al final del fallo señaló, en contradicción con el resto de la parte motiva, que el dolo eventual estaba dentro de la expresión “intencionadamente” del art. 405 CP, donde se prevé el delito de

**Rodrigo Silva Medina**

homicidio doloso. En mi opinión, y a pesar de la señalada contradicción, la Sala de Casación Penal aplicó una teoría de la voluntad que concibe de manera estricta lo que se debe entender por *intención* en el artículo 61 CP, pues de otra manera no se explicaría que juzgara vulnerado el principio de legalidad penal si aplica el homicidio intencional cuando el autor no desea, pero acepta el hecho típico.

Ahora bien, esta decisión 554/2009 también tuvo un voto salvado, esta vez emitido por la magistrada Morandy Mijares. Por un lado, señaló que el poder legislativo nacional debía reformar el CP para “regular” el dolo eventual, entendiendo como tal la infracción penal cuando ha sido prevista como probable y su producción se deje librada al azar. De esta manera, la magistrada disidente reconoce que de *lege lata* el dolo eventual no está previsto en nuestra legislación. Sin embargo, más adelante la misma magistrada señaló que la conducta del sujeto excedió el ámbito de la imprudencia y se adentró en lo doloso, toda vez que el autor conoció que el resultado podía suceder y, sin embargo, emprendió la acción “porque la aceptó con todos sus efectos”. Así, el voto disidente sí incluye dentro del art. 61 CP el dolo eventual, entendiendo la voluntad como aceptación.

Pero esta sentencia fue anulada por la Sala Constitucional mediante el fallo 490/2011 de 12 de abril (ponente Carrasquero López), que es el tercer fallo que se comenta. En efecto, mediante una solicitud de revisión la Sala Constitucional anuló la sentencia de la Sala de Casación Penal 554/2009, aduciendo lo que sostiene la doctrina desde antiguo, a saber, que el dolo eventual es una clase del dolo, previsto en el artículo 61 CP. Este fallo señaló que el dolo tiene como elementos tanto el conocimiento como la voluntad de realizar la conducta típica objetiva, e indicó que el elemento volitivo se expresa en la ejecución por parte del sujeto activo del acto a pesar de conocer su peligrosidad.

Estimo necesario destacar determinados pasajes de este fallo:

El dolo eventual es dolo, el mismo implica conocer y querer realizar la conducta típica objetiva [...] conocer (y aceptar) que se está realizando la acción *-lato sensu-* típica y seguir actuando a pesar de ello (conformarse con el resultado típico o siéndole indiferente su producción)...

[...]

... [S]ólo se representa o se entiende que se representó la materialización del resultado (que incluso podía angustiarle o no ser lo que aspiraba que ocurriera) como algo posible y no como algo seguro. Así, actúa con dolo eventual el sujeto que, a pesar de saber que posiblemente lesionará el interés penalmente tutelado p. ej. la vida, sin embargo, despliega su obrar aceptando, asintiendo, consintiendo, asumiendo, abarcando, tolerando, afirmando o conformándose con tal circunstancia que, en definitiva, se incluye dentro su organización o planificación y, por tanto, dentro del dolo.

[...]

... [D]olo eventual el agente sólo conoce o debe conocer que su acción será *posiblemente* –y no seguramente- una acción típica (y, por tanto, tampoco coincide perfectamente lo que desea ocasionar con lo que efectivamente ocurre a diferencia del dolo de primer grado): P. ej. En el marco de una relación amorosa, una persona que sabe es portadora del virus del VIH (sida) tiene relaciones sexuales sin protección con otra, a la cual le ha dicho que goza de perfecto estado de salud, confiándole a su “buena suerte”, en diversos contactos similares, no trasmitirle el referido virus a la otra, la cual, sin embargo, resulta contagiada en uno de esos encuentros. En ese caso, el portador del virus, aunque incluso le llegue a incomodar la idea de contaminar a la otra persona, advierte que es posible que ocurra tal evento y, a pesar de ello, sin que lo contenga o disuada tal hecho, tiene repetidos contactos con aquella, evidenciándose de esa manera tanto el elemento cognitivo, representado por el conocimiento de la posibilidad de ocasionar la afectación al bien jurídico a través de su conducta, como el volitivo, expresado por la ejecución, a pesar de ello, de la misma, la cual se traduce en la aceptación o asunción de esa posibilidad, es decir, de ese riesgo no permitido.

[...]

... [D]olo eventual sólo prevé que *posiblemente* acaecerá (aun cuando anhele que no ocurra) y, no obstante, sigue desplegando su comportamiento aceptándolo o incluyéndolo dentro de configuración personal junto con las consecuencias del mismo. Tal aceptación, desde cierto enfoque, es equiparable al elemento volitivo del dolo o, en otras palabras, al “querer”, razón por la que, evidentemente, las tres son formas del dolo, tal como lo ha reconocido la doctrina desde hace más de un siglo.

Como se puede observar, en la decisión bajo análisis se insiste en que el dolo eventual es conocer el hecho delictivo y seguir actuando, o que el sujeto se represente algo como posible y actúe –actúe conociendo lo posible: al actuar lo integra en su planificación–. El caso del portador del virus del VIH es muy claro: el agente conoce que porta la enfermedad y conoce las reglas de experiencia que señalan que mediante el contacto sexual existe una

**Rodrigo Silva Medina**

alta probabilidad de que el contagio se realice, y conociendo esto, el agente actúa: ya hay dolo, independientemente de que le llegue a incomodar el resultado. Por lo tanto, ya hay dolo cuando el sujeto actúa conociendo. El fallo sostiene que el elemento volitivo se expresa en la ejecución del acto a pesar del conocimiento del peligro, pero ello es problemático, pues la ejecución es la realización de un acto independientemente de la voluntad del sujeto (a quien le puede desagradar el acto), es decir, el actuar conociendo puede expresar una aceptación, un deseo o una oposición acérrima al resultado. En definitiva, no importa el elemento volitivo, mientras se actúe conociendo la peligrosidad de la conducta de cara al bien jurídico. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

En las decisiones que se comentaron se debatió, en última instancia, sobre la prueba del dolo desde la perspectiva de la teoría de la voluntad: si falta la prueba del querer no se puede dar por probado el dolo, por lo que se debe imputar el hecho como imprudente o culposo (si existiere la figura penal correspondiente). Como esta fórmula de actuación pudiera generar, desde la perspectiva social, incomprensión en algunos supuestos, entonces se recurre a la argumentación para sostener que al probar el conocimiento de la peligrosidad de la conducta también se está probando la voluntad, con lo cual, se debe atribuir el hecho al sujeto como doloso y, con ello, se supera el examen del principio de legalidad penal.

### **III. APUNTES SOBRE LA DEMOSTRACIÓN DEL DOLO**

Ya se ha visto que existe un consenso en la jurisprudencia y la doctrina en que el dolo exige el conocimiento y voluntad del hecho típico. Como se señaló al inicio del presente trabajo, si el dolo contiene los elementos mencionados, deben ser objeto de prueba en el proceso penal. En efecto, el dolo es un hecho que debe ser probado en el proceso. Y si no puede ser probado, es decir, si el Ministerio Público o la parte acusadora particular no pueden probar que el acusado conocía y quería la realización del hecho punible, procede la absolución o la condena por delito imprudente o culposo, si lo hubiere.

Es este capítulo vamos a revisar lo que deberían tener presente los operadores jurídicos para demostrar el dolo en los procesos donde la calificación jurídica del hecho así lo requiera. Como quiera que el dolo, desde las teorías de la voluntad, está integrado por el

conocimiento del riesgo que despliega con su conducta el sujeto y la voluntad de realizar el hecho típico, dividiremos este apartado para darle un tratamiento diferenciado a cada uno de los elementos mencionados. Cabe advertir, de entrada, que los criterios que a continuación se señalan, especialmente el subapartado III.1, no constituyen un intento exhaustivo para probar el dolo en el proceso penal, sino que seguirá la propuesta de RAGUÉS I VALLÈS sobre la prueba del dolo, por la repercusión de su trabajo en al ámbito hispanoamericano. Con esto, pretendo contribuir al necesario debate que debe darse en nuestro entorno sobre este asunto.

### **III.1. La prueba del conocimiento del riesgo concreto de la conducta para el bien jurídico-penal**

El conocimiento de la concreta idoneidad de la conducta para crear un riesgo de afectación a un bien jurídico se puede demostrar a partir de indicios objetivos sometidos en abstracto a un juicio de adecuación desde la perspectiva de la interacción social. Así, el operador extrae máximas de experiencia de las reglas de imputación de conocimientos desde los hechos probados. En este sentido, los jueces atribuyen o imputan el conocimiento al acusado de acuerdo con criterios sociales de imputación de conocimientos<sup>21</sup>.

En efecto, los jueces, cuando elaboran sus fallos, deben motivar los criterios que le sirven para alcanzar una convicción, para lo cual, en materia procesal penal, el art. 22 COPP ordena que la pruebas deben ser apreciadas según la sana crítica, y ello se hace al observar las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Estas máximas de experiencias, en lo que se refiere a la prueba del conocimiento ajeno, juegan un papel fundamental para que el juez pueda determinar que un sujeto debió conocer algo, con lo cual se da fundamento a una condena por un delito doloso. Así, por ejemplo, RAGUÉS I VALLÈS propone que las reglas de atribución correctas son aquellas que desarrollan las preconcepciones que rigen en una determinada sociedad sobre cuándo una persona conoce o desconoce algo. Es decir, los criterios deben ser coincidentes con las

---

<sup>21</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 353.

**Rodrigo Silva Medina**

valoraciones sociales sobre cuándo de un comportamiento se desprende, sin duda alguna, el sentido de que ha sido realizado con los conocimientos necesarios para afirmar el dolo<sup>22</sup>.

Para la fijación de estas reglas de experiencias es fundamental tener en consideración la valoración social de los comportamientos ajenos, pues tal valoración es la que otorga legitimidad a la decisión judicial. Así, se evita que los jueces impongan penas de manera arbitraria e ininteligible para la sociedad. Un fallo motivado conforme a las reglas sociales vigentes de imputación de conocimientos es garantía de paz social, que es uno de los fines del Derecho<sup>23</sup>.

La estructura del proceso de atribución del conocimiento de un sujeto requiere, en primer lugar, probar un hecho objetivo y, en segundo lugar, inferir o imputar, a partir de dicho hecho objetivo, determinadas realidades subjetivas del acusado según el contenido de una regla con vigencia social<sup>24</sup>. Es decir, dado el hecho A, el sujeto necesariamente<sup>25</sup> conoce B<sup>26</sup>. Resulta muy importante que las reglas que se empleen deben ser indiscutibles y gocen de plena vigencia social.

La primera regla de las propuestas por RAGUÉS I VALLÈS que se enuncian brevemente es la de los llamados por él *conocimientos mínimos*. Si el sujeto es imputable (mayor de edad y está en su sano juicio) y está normalmente socializado, deben serle atribuidos los conocimientos mínimos que necesariamente todos los que no sean inimputables y hayan tenido contacto con la civilización occidental poseen. Es decir, un sujeto normal no puede desconocer determinadas realidades que solo socialmente se admitiría su desconocimiento si sufre algún tipo de enfermedad mental, gravísimos trastornos de percepción o que fue socializado por una cultura exótica y aislada<sup>27</sup>. Por ejemplo, un acusado imputable no puede desconocer que propinar golpes a la cabeza de otro con un hacha puede significar un peligro

---

<sup>22</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 360 y 361.

<sup>23</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 358.

<sup>24</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 376.

<sup>25</sup> Y no “tal vez”, “posiblemente” o “probablemente”.

<sup>26</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 374 y 377.

<sup>27</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 379-392.

**Rodrigo Silva Medina**

para la vida de otro ser humano. Así, desde la óptica social no se puede imaginar que una persona mayor de edad en su sano juicio desconozca tal peligrosidad<sup>28</sup>.

Se trata entonces de los llamados conocimientos mínimos que son atribuibles a toda persona imputable y normalmente socializada, según la siguiente estructura: “si el sujeto S era una persona normal en el momento de realizar el hecho, entonces contaba en tal momento con el conocimiento de A, B, C, etc.”<sup>29</sup>.

Otra regla se refiere a las *transmisiones previas de conocimientos*, es decir, se atribuye el conocimiento de un hecho a una persona cuando se acredita que al autor le han transmitido determinados conocimientos antes de llevarse a cabo la conducta típica, entonces este sigue contando con tales conocimientos en el momento de la realización de dicha conducta. La estructura sería la siguiente: “cuando al sujeto S le han sido transmitidos X conocimientos en el momento anterior A, sigue contando con ellos en el momento posterior P”<sup>30</sup>.

Esta regla funciona cuando, desde un punto de vista social, se excluye la posibilidad de olvido (por la proximidad temporal, por la importancia, por ejemplo) entre la transmisión del conocimiento determinado y la realización del comportamiento típico<sup>31</sup>. Por ejemplo, si el acusado fue informado por personal de salud de que era portador del virus del SIDA, no es imaginable socialmente que haya olvidado tal circunstancia cuando, semanas después, tuvo relaciones sexuales sin preservativo con otra persona y sin informarle de que era portador del señalado virus, por lo tanto, se le debe atribuir el conocimiento de la peligrosidad de su conducta para la salud de la víctima<sup>32</sup>.

Además, también es posible entender que un sujeto es conocedor de determinadas circunstancias cuando hay una *exteriorización del propio conocimiento*. De esta manera, si “un sujeto exterioriza –de palabra o por actos concluyentes– que cuenta (o ha contado) con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo la

---

<sup>28</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 384.

<sup>29</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 379.

<sup>30</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 403.

<sup>31</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 407 y 408.

<sup>32</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 403.

conducta típica”, se le puede imputar tales conocimientos para estimar la concurrencia de dolo solo cuando lo perjudique. Esta regla tiene la siguiente estructura: “si el sujeto ha exteriorizado que conoce A, debe serle imputado el conocimiento de A”<sup>33</sup>. Claramente, estos actos de exteriorización de conocimientos que van en contra del mismo sujeto que los realiza pueden atribuir conocimientos si fueron emitidos libres de coacciones y si están revestidos de una mínima seriedad<sup>34</sup>.

También son relevantes para imputar conocimiento las *características personales del sujeto y su posición social*. En no pocos supuestos la profesión del autor, sus estudios, la zona en la que reside, su lugar de procedencia, su nivel cultural, su experiencia vivida, su juventud, el desempeño de roles, incapacidades físicas, etc., determinan, desde la perspectiva de la interacción social, que es impensable que el sujeto en cuestión desconozca determinadas circunstancias o hechos. La estructura de esta regla de conocimiento es la siguiente: “si el sujeto S reúne en su persona las características A, B, C..., entonces conoce X”<sup>35</sup>.

En caso de que sea imaginable que alguien con determinadas características personales puede desconocer ciertas circunstancias de hecho, no se le puede imputar el conocimiento de estas. Así solo son imputables, según esta regla, los conocimientos básicos que se asocian a ciertas características personales, es decir, aquellos cuya ausencia haría impensable, desde la óptica social, que el sujeto en cuestión ocupe determinadas posiciones sociales o que reúna tales características<sup>36</sup>. Por ejemplo, socialmente se entiende que un fabricante de licores conoce el mercado y la gran difusión publicitaria de un producto imitado<sup>37</sup>; o que quien ejerce el oficio de puericultora conoce los peligros del abandono de un niño pequeño durante varios días<sup>38</sup>; o que el consumidor asiduo o habitual de drogas conoce sus efectos perjudiciales<sup>39</sup>; o el que vive habitualmente con su hija de 10 años se le

---

<sup>33</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 411.

<sup>34</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 420 y 421.

<sup>35</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 425 y 430.

<sup>36</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 429 y 522.

<sup>37</sup> Ramon Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», *ADPCP*, vol. XLIX, Fasc. II (1996): 818.

<sup>38</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 427.

<sup>39</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 428.

debe atribuir el conocimiento de dicha edad si abusa sexualmente de ella (socialmente se asume que quien convive con sus hijos conoce sus edades)<sup>40</sup>.

Asimismo, el autor comentado identifica el *conocimiento situacional* también como criterio de atribución útil para imputar conocimientos ajenos. Esta regla establece que para imputar a un sujeto el conocimiento de la situación en la que actúa se requiere que se acredite que los factores objetivos que conforman las circunstancias en la que el sujeto actuó estén en una posición espacial de tal manera relacionada con el sujeto, que este necesariamente tuvo que haber aprehendido con sus sentidos su existencia y ubicación<sup>41</sup>. La regla comentada responde al siguiente esquema: “si el sujeto estaba situado en una posición P con respecto al objeto O, ha conocido necesariamente la ubicación espacial de O”<sup>42</sup>.

Así, si antes de disparar, el sujeto puede conocer que en la trayectoria de la bala se interpone otra persona si la ve con sus ojos o si la oye hablar aunque no la vea, desde la perspectiva de la interacción social no sería creíble que luego el sujeto defendiera que no sabía de la presencia de la otra persona en la trayectoria de la bala. Pero si no puede descartarse que el sujeto podría haber inadvertido la presencia de la otra persona en la señalada trayectoria, la imputación no es posible<sup>43</sup>.

Otro ejemplo: desde la perspectiva social no es posible imaginar que un sujeto, que vendió droga a alguien de 12 años, no se haya representado que el comprador tuviera menos de 18 años; a menos que la apariencia de este comprador, también desde la óptica social, haga posible que el vendedor hubiera incurrido en error y concluir en que es mayor de 18 años<sup>44</sup>.

RAGUÉS I VALLÈS también aporta una regla de imputación de conocimiento cuando se trata de delitos de resultado. Cuando un sujeto ha realizado una conducta creadora de riesgos para el bien jurídico penal protegido por un delito de resultado, y lo ha llevado a cabo

---

<sup>40</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 430.

<sup>41</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 450 y 522.

<sup>42</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 447.

<sup>43</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 447.

<sup>44</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 451.

siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal comportamiento y contando, además, con un perfecto conocimiento situacional, socialmente se entiende que dicho sujeto conoce concretamente la aptitud de la conducta para alcanzar el resultado<sup>45</sup>.

Para que se acredite en el sujeto que se ha realizado efectivamente un juicio de previsión del resultado es necesario que *integre* el conocimiento de dos factores, a saber: por un lado, la conciencia de que la conducta realizada supone, en general y bajo determinadas circunstancias, la creación de un riesgo apto para producir el específico resultado (en virtud de los conocimientos mínimos, las características personales del sujeto y su posición social, etc.) y, por otro lado, la conciencia de que en el caso concreto concurren las circunstancias objetivas que hacen que la conducta sea apta para producir el resultado, es decir, el conocimiento situacional<sup>46</sup>. Por lo tanto, aunque el autor haya conocido aisladamente los señalados factores de riesgo (es consciente de que su conducta entraña en general determinados peligros y conoce la situación en la que actúa), pero no los integra en un *juicio de concreta aptitud lesiva* (concluye erróneamente que su conducta no es apta o idónea para producir un determinado resultado típico en esa concreta situación), no habrá el conocimiento necesario para imputar el hecho a título doloso (el sujeto conoce la peligrosidad abstracta de la conducta, pero cree que en el caso concreto tal peligro no se realizará en el resultado)<sup>47</sup>.

Para ello, como se indicó anteriormente, se requiere que socialmente se perciba que la conducta concreta es especialmente apta para alcanzar determinados resultados. Así, RAGUÉS I VALLÈS señala:

[C]lavar a otra persona un cuchillo en el abdomen es una conducta que en el ámbito de las valoraciones sociales va ligada de modo inequívoco al resultado “muerte” y se considera, por tanto, como un comportamiento *especialmente apto* para producir el resultado. Si, como es éste caso, el sujeto clava dicho cuchillo sabiendo que lo hace en el abdomen de otra persona (correcto “*conocimiento situacional*”) y sabe que tal conducta es en general peligrosa para producir la muerte (*conocimientos mínimos en sentido estricto*), también sabe por fuerza que su conducta es apta, en aquella concreta situación, para producir un resultado de muerte, sin que tengan ningún valor sus posibles

---

<sup>45</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 523.

<sup>46</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 456.

<sup>47</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 456 y 459.

alegaciones afirmando que no se representó estar creando un riesgo que reuniera tal aptitud en la situación concreta, sino sólo un peligro de lesiones. A quien conscientemente emprende una conducta que tiene el inequívoco sentido social “muerte”, se le debe imputar el conocimiento de la aptitud lesiva de dicha conducta en la situación concreta que ha sido llevada a cabo<sup>48</sup>.

En ocasiones se pueden presentar casos en los que el sujeto, a pesar de habersele imputado los conocimientos generales y situacionales, socialmente no es descartable la posibilidad de que no se hayan integrado tales factores en un juicio de concreta aptitud lesiva. Ello puede ocurrir porque hay conductas que, desde la perspectiva de la interacción social, no siempre se consideran ligadas a la creación de un determinado riesgo. Se trata de las llamadas por RAGUÉS I VALLÈS como *conductas (arriesgadas) neutras*. Un buen ejemplo de estas conductas es la conducción de vehículos automotores<sup>49</sup>.

Así, si bien existen casos en los que el automóvil puede ser usado como un instrumento con la aptitud concreta de producir resultados lesivos, como sería el caso del terrorista que conduce el vehículo directamente contra una multitud para atropellar la mayor cantidad de gente posible, en la mayoría de los supuestos la conducción de vehículos es valorada socialmente como neutra respecto de resultados como afectaciones a la vida de las personas. Es decir, la perspectiva social puede comprender que en estas conductas neutras el sujeto no haya actualizado un juicio de concreta aptitud lesiva, porque socialmente no es inequívoco que tales comportamientos se realicen siempre con conciencia de los riesgos que comportan<sup>50</sup>. Normalmente, cuando un sujeto enciende su vehículo para ir a trabajar cada mañana, no piensa en que puede matar o lesionar a alguien en el camino por la idoneidad concreta de la conducción vehicular para producir tales resultados lesivos. La conducta consistente en conducir un vehículo no es lo mismo que llevar una bomba por la calle, por ejemplo.

Pero, hay supuestos en los que una conducta neutra no impide que se impute un resultado doloso, cuando concurren las siguientes circunstancias objetivas, consideradas

---

<sup>48</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 471.

<sup>49</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 484 y 485.

<sup>50</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 487.

desde la óptica social: en primer lugar, cuando el sujeto durante o después de la realización de la conducta, revela que efectivamente llevó a cabo el juicio de concreta aptitud lesiva requerido por el dolo en los delitos de resultado<sup>51</sup>; en segundo lugar, cuando en la ejecución de la conducta el sujeto percibe inequívocos signos de la próxima producción del resultado y, pese a ello, sigue adelante con su conducta<sup>52</sup>; y en tercer lugar, cuando la forma de realizar la conducta hace impensable socialmente que el sujeto, conociendo el riesgo en abstracto y las circunstancias de la situación en la que actúa, no integre estos factores en un juicio de concreta aptitud lesiva acerca de su conducta<sup>53</sup>.

De esta manera, se ha expuesto el esquema de cómo se pueden atribuir o imputar conocimientos a otros sujetos a partir de factores objetivos y reglas de experiencia, desde la perspectiva de un sector de la doctrina. Además, lo que se ha expuesto constituye una propuesta de concretización de lo que el Tribunal Supremo de Justicia suele calificar como *circunstancias que rodean la comisión del acto*, que dan soporte a la adjudicación de conocimientos en el proceso penal.

En los hechos ventilados en las decisiones de la Sala de Casación Penal 554/2009 y la Sala Constitucional 490/2011 se puede destacar que conducir un vehículo de transporte público es una conducta que en el ámbito de la interacción social no va unida sin ninguna duda a matar personas. De hecho, se trata de una conducta neutra, en la que si bien no es descartable que participar del tráfico automotor puede ocasionar resultados de muerte, la

---

<sup>51</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 488. Por ejemplo, el autor señala que chocar frontalmente contra otro vehículo en la vía no es una conducta que socialmente pueda valorarse como especialmente apta para matar, pues son imaginables los supuestos en los alguien choque de esa manera inconscientemente. No obstante, si luego del choque el sujeto exterioriza que había sido consciente del peligro concreto creado, por haber intentado matar al otro conductor de ese modo, debe imputársele el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta realizada (Ragués i Vallès, *El dolo...*, 488).

<sup>52</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 490 y 491. Por ejemplo, el sujeto sostiene que propinar puños en la cara de otro no es un comportamiento apto concretamente para matar, pero si después de los primeros golpes se pone de manifiesto evidentemente el peligro de muerte, porque la víctima vomita sangre o pierde la consciencia, y el sujeto sigue propinando golpes, se le debe atribuir el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta desplegada por él (Ragués i Vallès, *El dolo...*, 491).

<sup>53</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 492. Esta regla es especialmente útil en el ámbito del Derecho penal económico, en el que los autores, generalmente, toman sus decisiones planificada y reflexivamente, con lo cual, si un empresario del sector de los alimentos para perros o gatos produce y comercializa un producto con el conocimiento de la aptitud lesiva abstracta de su conducta para la salud de las mascotas, también se le debe imputar el conocimiento de su concreta aptitud (Ragués i Vallès, *El dolo...*, 495).

**Rodrigo Silva Medina**

valoración social vincula esta actividad con las ventajas de produce a la vida cotidiana de las personas el transporte rápido y económico a lugares distantes.

Sin embargo, el conductor es una persona mayor edad, en su sano juicio y normalmente socializado, pues lo contrario no quedó acreditado en el proceso penal, por lo que socialmente le podemos atribuir conocimientos mínimos, como que la nocturnidad limita la visibilidad de la calzada, de las aceras y de los peatones, o que el exceso de velocidad limita la capacidad de maniobra de un vehículo, todo lo cual constituye un riesgo para producir daños, lesiones o muertes. Un riesgo que en principio era permitido se convierte en desaprobado.

Además, se acreditó que, muy poco antes de que atropellara a la víctima, los pasajeros y la policía le transmitieron conocimientos sobre las siguientes circunstancias: que los faros del autobús estaban fuera de servicio y que estaba conduciendo a exceso de velocidad cuando ya oscurecía.

Asimismo, el propio sujeto, también en un breve espacio de tiempo antes de realizarse el hecho enjuiciado, confesó su conocimiento de que las luces del bus no funcionaban y que iba apurado. Es decir, luego de estas transmisiones de conocimientos al sujeto y de las exteriorizaciones de conocimientos del mismo, es inverosímil socialmente que el sujeto desconozca que estaba conduciendo con escasa visibilidad y con exceso de velocidad.

Se podría agregar que al conductor del autobús en cuestión se le pueden atribuir los conocimientos sin los cuales no se explicaría que ejerciera tal actividad, pero entiendo que la óptica social en Venezuela podría prever que quien se dedica a ser conductor de autobús puede desconocer las normativas viales, considerando que los requisitos para la obtención de licencias para conducir son poco exigentes.

Todo lo anterior permite sostener que el conductor tenía un correcto conocimiento situacional, pues este conocía que estaba conduciendo en una avenida determinada en la ciudad de Maracay a alta velocidad (conducía él y nadie más) y sin luces cuando estaba

oscureciendo. Además, el sujeto sabía que tal conducta era peligrosa en abstracto de los riesgos para producir lesiones o muertes (conocimientos mínimos).

Ahora bien, ¿el conductor constató la concurrencia de tales riesgos en la situación concreta en la que se realizó su comportamiento? Como se trata de una conducta neutra (conducir un vehículo automotor), la regla general que debe regir es la no imputación del juicio de concreta aptitud lesiva, por lo que el resultado ha de imputarse como imprudente o culposo<sup>54</sup>; pero en el caso del conductor esta regla no se aplica, toda vez que poco antes y en el momento del arrollamiento a la víctima, el conductor captó, con sus sentidos y las transmisiones de conocimientos señaladas, los evidentes datos de la proximidad de la realización del riesgo creado en el resultado, sin desistir de su comportamiento. En efecto, el arrollamiento a la víctima le mostró al conductor la aptitud o idoneidad del peligro que estaba creando y que conocía en virtud de los conocimientos mínimos y situacionales previos. Es decir, antes del momento concreto del efectivo arrollamiento, la conducta del sujeto es entendida desde la perspectiva social como la de un imprudente, no como la de un homicida, y cuando se realiza efectivamente el arrollamiento, se consume el delito imprudente o culposo (que, obviamente, requiere de un resultado); pero desde que continua atropellando a la víctima, arrastrándola, pone de manifiesto sin duda, desde la perspectiva social, la concreta idoneidad lesiva de la conducta para matar<sup>55</sup>. En efecto, en el caso concreto, el conductor,

---

<sup>54</sup> Ragués i Vallès, *El dolo...*, 487.

<sup>55</sup> En este punto vale considerar, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, que cuando valoramos la relevancia de un riesgo como el creado por el conductor del autobús, este juicio (que en principio debe ser objetivo, realizado idealmente por una persona media –un espectador objetivo– que se coloca en la posición *ex ante*, es decir, en el momento de realizar la conducta, antes del acaecimiento de resultado) puede estar contaminado por la circunstancia de que ya conocemos lo que ocurrió *ex post*, es decir, sabemos el resultado lesivo que se produjo finalmente. Según SILVA SÁNCHEZ, el denominado sesgo del resultado puede condicionar la valoración de la conducta bajo examen (conducir sin luces y con exceso de velocidad en una ciudad) por lo que finalmente ocurrió (arrollamiento y arrastre de la víctima por varios metros). La consecuencia, según el mencionado autor, es que «si no se produce el resultado, es posible que el juez se incline por una infravaloración del peligro *ex ante*. En cambio, en el caso de haberse producido el resultado, puede tender a una sobrevaloración de dicho peligro *ex ante*». De allí que en el caso del chofer del autobús que conduce en esas condiciones tenderíamos a valorar su comportamiento como imprudente si no hubiera ocurrido un resultado lesivo concreto, pero como ocurrió tal resultado, tendemos a valorar esa conducta de modo más severo. El mismo autor señala que esta *expansión de la imputación* ocurre por «la dificultad que tenemos en asumir las desgracias como lo que son: "accidentes" en sentido etimológico (*id quod accidit* = lo que sucede). De ahí nuestra permanente pretensión de convertirlas en hechos injustos» (Jesús-María Silva Sánchez, «A toro pasado, ...cuidado con los sesgos cognitivos», *Indret* 3 (2021): i-ii).

cuando atropella con el autobús a la víctima y sigue arrastrando el cuerpo, integra el conocimiento de los factores de riesgos en un juicio de concreta aptitud lesiva, con lo cual se le debe imputar el resultado a título doloso, sin entrar a adjetivar con “directo de primer grado” o “eventual”.

### **III.2. La prueba de la voluntad de realizar el hecho típico**

Siguiendo las teorías de la voluntad, resulta necesario probar que el sujeto quería realizar la conducta peligrosa y su resultado. El querer que nos interesa es el relacionado con el aspecto subjetivo en la persona del agente en el momento de realizar la conducta de riesgo. En este sentido, el Derecho penal toma en cuenta la perspectiva del autor, al desentrañar su intención de alcanzar o no un resultado. RAGUÉS VALLÈS refiere que KARGL, por ejemplo, afirmó la necesidad de tomar en consideración la realidad psíquica del sujeto para determinar si este obró con dolo<sup>56</sup>. Este último autor se basó en investigaciones psiquiátricas que lo llevaron a concluir que solo en dieciocho de ochenta casos de jóvenes condenados por homicidio podía afirmarse fehacientemente que habían querido el resultado de muerte, mientras que en la mayoría de los casos ocurrió una “ocultación del hecho frente a sí mismo” por parte del autor<sup>57</sup>, ya que en la emoción y en el suceder del acontecimiento la capacidad de pensar se restringe y ya no son posibles en dicho momento del hecho perspectivas sobre el futuro y sus posibles consecuencias<sup>58</sup>. Así, aquellos supuestos en los que el condenado no quería el resultado, debieron haberse castigado, de darse los supuestos, como delitos imprudentes o culposos. Sin embargo, KARGL no lleva su planteamiento a exigir una prueba del querer independiente de la prueba del conocer, pues para él conocer es querer y querer es conocer, con lo cual lo relevante de su tesis es deslindar en qué supuestos se da el conocimiento adecuado para considerar que el sujeto también quiso algo cuando actuó<sup>59</sup>. De esta manera, este autor, que estima relevante tomar en cuenta la realidad psíquica del sujeto

---

<sup>56</sup> Ramon Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 806.

<sup>57</sup> W. Kargl, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., (1993), 17 y ss., citado por Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 806.

<sup>58</sup> Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 807.

<sup>59</sup> Referido por Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 808.

de cara al resultado del hecho<sup>60</sup>, termina con enlazar su idea del querer con el conocimiento como elemento del dolo<sup>61</sup>.

Lo que ocurre es que, en realidad, estos aspectos psicológicos no se pueden probar y la voluntad no se puede inferir aisladamente. Lo que finalmente suele ocurrir en la práctica forense es que los aplicadores jurídicos, especialmente los fiscales y jueces, acreditan sus propias creencias subjetivas, pero no las del acusado. En otras palabras, el juzgador es quien decide si el acusado quería o no quería el hecho punible, pero en ello hay una especie de proyección de las propias concepciones subjetivas del propio juzgador. Evidentemente, una sentencia no puede fundamentarse de esta manera y, además, no puede obviarse el principio *in dubio pro reo*.

Así, el Derecho penal y procesal penal ha de aceptar que la psicología no puede aportar ninguna prueba que revele qué es lo que el sujeto pensaba durante el hecho acaecido en el pasado que se le atribuye. De hecho, la psicología tampoco podría determinar lo que está pensando un sujeto en el presente. Por lo tanto, no hay capacidad científica para determinar la voluntad de un sujeto.

En la argumentación de la sentencia de la Sala Constitucional 490/2011 subyace la señalada dificultad probatoria. Allí se plasma una presunción según la cual siempre que se considera probado que el sujeto conocía que estaba realizando el tipo objetivo, también debe afirmarse como acreditada la voluntad, como si no fuera posible que alguien conozca la peligrosidad de su comportamiento sin querer alcanzar el resultado. De esta manera, se ahorra

---

<sup>60</sup> Sobre el estudio empírico de los jóvenes condenados por homicidio, a partir del cual KARGL construyó su tesis, se ha sostenido que extrae conclusiones de una muestra pequeña y aislada, pues el delito de homicidio no es suficiente para explicar todos los delitos previstos en la legislación, y su dinámica no es replicable en otros ámbitos, como por ejemplo, los delitos económicos (cfr. Ragués i Vallès, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo», 810).

<sup>61</sup> Por cierto, la noción de conocer de KARGL es que el sujeto se haya representado como altamente probable el acaecimiento del resultado, con lo cual el planteamiento de MODOLELL GONZÁLEZ, antes reseñado, coincide con el de este autor. Para estos autores, en definitiva, lo más importante es el conocimiento en el dolo, pues si el autor se representó como altamente probable la realización del resultado, y actuó, entonces *quiso* el resultado dañoso.

**Rodrigo Silva Medina**

a los fiscales la amarga labor de probar una intención que solo está en la cabeza del sujeto en el pasado, mucho tiempo antes de la celebración del correspondiente juicio oral.

Por otra parte, se indicó anteriormente que el voto salvado de la sentencia de la Sala de Casación Penal 1703/2000 se señaló que los jueces no pueden presumir lo que ocurre en la mente del autor, lo cual es cierto, y que la voluntad debe probarse a partir de las circunstancias fácticas de las cuales se pueda deducir el proceso mental del agente<sup>62</sup>, pero en realidad no se puede llegar a deducir una actitud o ánimo, sino que a partir de esos datos objetivos se puede atribuir o imputar conocimientos.

En mi opinión, también merecen la misma observación posturas como la de HASSEMER, uno de los autores que defiende que el dolo está integrado por conocimiento y voluntad, y que explica que se puede probar el elemento volitivo independientemente del elemento cognitivo. Así, dicho autor sostiene que los elementos que caracterizan el dolo son: peligro (externo), representación (interna) y decisión (interna). Sobre la prueba de la decisión, en tanto hecho interno no observable y que es el equivalente a la voluntad, HASSEMER señala que se determina mediante “la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como la juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación [...] con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc.”<sup>63</sup>. Sin embargo, se advierte que todos estos indicadores, quizá salvo el relativo al intento de actos de salvamento posteriores, son útiles para atribuir conocimientos ajenos de la peligrosidad de la conducta desde la perspectiva social<sup>64</sup>, pero no para imputar directamente estados de ánimo, disposiciones o decisiones a favor del injusto. En efecto,

---

<sup>62</sup> En este mismo sentido, DÍAZ CHACÓN sostiene que a partir de “las huellas objetivas de deja el suceso, podrá establecerse el tipo subjetivo y así concluir en que, en el caso concreto, el sujeto quiso con pleno conocimiento realizar el tipo objetivo” [Freddy José Díaz Chacón, *Doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia* segundo semestre (2009): 196]. Al respecto, estimo que con tales huellas objetivas, cuidadosamente analizadas desde la óptica social, se puede imputar conocimientos al autor en un momento determinado mientras realizaba un comportamiento, pero no el querer.

<sup>63</sup> Winfred Hassemer, *Persona, mundo y responsabilidad* (Bogotá: Temis, 1999), 82 y 83.

<sup>64</sup> Reglas de imputación de conocimientos de los que se infiere, en virtud de lo expuesto por la comentada sentencia de la Sala Constitucional, la voluntad.

**Rodrigo Silva Medina**

estos elementos externos de caracterización sirven para preguntarse si acaso el sujeto se había representado o no la probabilidad del peligro de realizar el hecho típico, aplicando las máximas de experiencia, para finalmente negar o afirmar conocimientos. En relación con los actos posteriores de salvamento que revelarían que el sujeto no deseaba o no le era indiferente, o no aprobaba, etc., el resultado típico, son necesarios para demostrar la eficacia o no del arrepentimiento activo para el desistimiento, pero no para determinar el dolo, pues este es objeto de análisis *ex ante*. Es perfectamente posible que un sujeto quiera realizar un determinado hecho y, por la razón que sea, se arrepienta después, lo cual no elimina que el sujeto lo haya querido cuando realizó el tipo objetivo.

En definitiva, la concepción dogmática de integrar el elemento volitivo en el dolo es difícilmente aplicable en el proceso penal, pues su prueba es imposible. Y si esto ocurre con el dolo directo de primer grado, también ocurre con el dolo eventual.

#### **IV. LA TOSUDEZ DE LA PRAXIS FRENTE A LOS POSTULADOS TEÓRICOS SOBRE EL DOLO**

En ocasiones ocurre que la práctica se empeña en no seguir a pie de juntillas a la teoría. Ello puede derivar en un ajuste de la teoría para amoldarse a la práctica o que la practica varíe para ser conteste con la teoría. En el caso bajo estudio, se ha visto que la práctica difícilmente puede modificarse para adaptarse a la teoría de la voluntad, porque el querer no se puede probar de manera independiente del conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta. Además, se ha sostenido que lo requerido por la jurisprudencia para demostrar la existencia del dolo<sup>65</sup> se ajusta a la teoría de la representación. Así, es necesario reformular lo que se entiende por dolo, pues de lo contrario continuará esta situación desordenada en la que se declara que se debe probar el elemento volitivo probando el elemento cognitivo, cuando deberían ser independientes.

Es preferible considerar las teorías del conocimiento o de la representación, según la cual quien conoce que su conducta crea un riesgo que la norma pretende prevenir y, a pesar de ello, actúa, obra con dolo. Como se señaló, esta concepción es exactamente lo que sostiene

---

<sup>65</sup> Es decir, que la voluntad se deriva del conocimiento.

la Sala Constitucional en el fallo 490/2011, a saber, el esfuerzo de argumentación contenido en el referido fallo es para defender que la voluntad del sujeto se revela cuando actúa conociendo la peligrosidad de su conducta<sup>66</sup>, pero con ello el Máximo Tribunal, al darle contenido a la teoría de la voluntad (tradicional en nuestro medio), está aplicando la teoría de la representación.

Al respecto, cabe recordar lo que antes se indicó sobre las teorías de la voluntad y la representación. Esta última no requiere una actitud interna (voluntad) adicional a la voluntariedad de la acción sumada al conocimiento de la peligrosidad de la conducta para estimar que hay dolo, que es lo mismo que exige el Tribunal Supremo de Justicia a los aplicadores jurídicos para que se declare como probado el dolo, aunque sostenga que ello también prueba que hay voluntad, en sus modos de desear, aceptar, aprobar o ser indiferente. Es decir, para acreditar el dolo solo sería necesario probar el conocimiento, ya que el elemento volitivo vendría como una presunción. Si el Tribunal Supremo de Justicia hubiese señalado que, además del conocimiento debe ser probado el querer del sujeto respecto del hecho, en tanto una actitud interna independiente de la voluntariedad de la acción, hubiera sido consecuente con la teoría de la voluntad que se ha defendido tradicionalmente. Sin embargo, la Sala Constitucional no lo indicó, sino que se conformó con la prueba del conocimiento del hecho, el cual, adicionado a la voluntariedad de la acción, basta para constatar el dolo en un proceso. Con ello, la Sala Constitucional niega la teóricamente asumida igualdad de rango entre el conocer y el querer como definitorios del dolo en todas sus formas de aplicación<sup>67</sup>; y pretende seguir defendiendo la teoría de la voluntad en lo que se refiere al dolo típico, exigiendo en la praxis que se aplique la teoría del conocimiento.

---

<sup>66</sup> Esta idea de que el querer una conducta y su resultado se desvela siempre que un autor realiza una determinada conducta, bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las circunstancias se encuentra ampliamente difundida: si un juez está convencido de que el acusado cometió el hecho y de que al cometerlo es consciente de tal hecho y de sus circunstancias relevantes, queda también plenamente demostrado que quiso cometer el hecho en cuestión [Joachim Hruschka, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Ed. por Pablo Sánchez-Ostiz (Cizur Menor: Aranzadi, 2005), 146 y 147]. Este autor no cuestiona que el dolo contenga un elemento volitivo, sino que haya una supuesta una igualdad de rango entre los elementos cognitivos y el volitivos (Hruschka, *Imputación...*, 148).

<sup>67</sup> Hruscka sostiene que la teoría que elimina el elemento volitivo de la definición de dolo, y deja solo el elemento cognitivo, no niega que el dolo contenga un elemento volitivo, sino que niega la igualdad de rango entre ambos elementos (cfr. Hruschka, *Imputación...*, 147 y 148).

No se puede soslayar que la postura del Tribunal Supremo no es gratuita, sino que está acotada por la literalidad del art. 61 CP y la noción de “intención” que allí se prevé. En efecto, el concepto de intención como “determinación de la voluntad en orden a un fin”<sup>68</sup> obliga siempre a estimar el elemento volitivo en el dolo, con las contradicciones que ello conlleva suficientemente señaladas.

Es posible escapar de esta situación con propuestas de *lege ferenda*. Por ejemplo, el art. 10 del Código penal de España indica que “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas e imprudentes penadas por la ley”. Una disposición de estas características no define legalmente qué es el dolo, con lo cual la jurisprudencia tendría la posibilidad de definir el alcance de lo que significa una conducta dolosa y determinar su prueba, evitando la construcción de conceptos teóricos que no pueden ser aplicados en la práctica del proceso penal. En este mismo sentido, el parágrafo 15 del Código penal alemán<sup>69</sup> señala que “La acción dolosa solo es punible cuando, por ley no está amenazada expresamente con pena la acción culposa”. Esta disposición tampoco define qué es dolo, lo que permitió el enorme desarrollo jurisprudencial y dogmático de este elemento del tipo, mediante el esfuerzo de poner permanentemente a prueba la capacidad de rendimiento de las posturas dogmáticas, haciendo los ajustes necesarios frente a los desafíos de la casuística.

Otra manera de legislar es seguir las indicaciones del mencionado voto salvado de la magistrada Morandy Mijares, en la sentencia de la Sala de Casación Penal 554/2009, y definir legalmente que son dolosas las conductas cuyo acaecimiento es anticipado como eventual y que su deseo o aceptación no es evidente. Así, en el Código penal colombiano establece en su art. 22 que “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Así, en esta disposición se puede observar que se acoge la teoría del consentimiento de manera expresa, y reconoce que existen conductas que no calzan en la

---

<sup>68</sup> «Intención», Diccionario de la lengua española, acceso el 17 de septiembre de 2021, <https://dle.rae.es/intenci%C3%B3n?m=form>.

<sup>69</sup> Código penal alemán del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, trad. Claudia López Díaz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 19.

**Rodrigo Silva Medina**

mencionada definición, pero que merecen el tratamiento del delito doloso, por lo que se califican expresamente como dolosos en aras del principio de legalidad penal. Si se quiere, se amplía legalmente el concepto de dolo, para evitar que esos hechos sean castigados como imprudentes o queden impunes.

En este estado de la discusión cabe hacer una reflexión sobre la legitimidad de la permanencia del elemento volitivo en el concepto de dolo en un Derecho penal que, como el venezolano, pretende castigar conductas externas o hechos y no las actitudes internas ni intenciones ni la maldad de las personas. El Derecho penal protector de los bienes jurídicos persigue evitar que los sujetos creen riegos para los bienes jurídicos. Entonces, el Derecho penal debe intervenir cuando el sujeto conoce que está creando un riesgo considerable de que ocurra un hecho típico, con indiferencia de si quiere o no quiere el resultado, o si se conforma, o si es indiferente, etc. Al Derecho penal preventivo no le importa si el sujeto es especialmente malvado, sino que le basta con que el sujeto actúe con voluntariedad sabiendo que está creando el riesgo de que el bien jurídico-penal se verá afectado. Por lo tanto, desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, la actitud no vale tanto como la conciencia del riesgo.

La teoría del consentimiento pretende castigar, quizá desde una perspectiva menos preventiva y más retribucionista, una actitud emocional frente al resultado (conformarse, ser indiferente, aceptar a regañadientes...), pero ello no es necesario desde el Derecho penal del hecho que es preventivo, pues da lo mismo si al sujeto le gusta o le desagrada el resultado, ya que al estar consciente de la peligrosidad de su conducta para realizar un tipo penal, debe ser castigado por el hecho.

Así, desde una perspectiva sistémica, y de *lege ferenda*, es recomendable unir lo que la jurisprudencia exige a los aplicadores jurídicos para probar el dolo con un concepto de dolo cónsono con la concepción preventiva del Derecho penal protector de bienes jurídicos.

## **CONCLUSIONES**

**Rodrigo Silva Medina**

1. La ley penal venezolana no es neutral en lo que se refiere al concepto de dolo. En nuestro país, se acogió legalmente la teoría de la voluntad al prever en el art. 61 CP que el sujeto debe haber realizado el hecho con intención para ser reo de delito. Consecuentemente, la doctrina y la jurisprudencia venezolana han abrazado a las teorías de la voluntad en materia de dolo.

2. Las teorías de la voluntad requieren la prueba de sus dos elementos integradores, a saber, el conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta de cara a un bien jurídico penal determinado y la voluntad de realizar el hecho típico.

3. El conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el hecho típico se puede probar a partir de indicios objetivos sometidos en abstracto a un juicio de adecuación desde la perspectiva de la interacción social. Se extraen las máximas de experiencia de las reglas de imputación de conocimientos desde los hechos probados.

4. La voluntad de realización del hecho típico constituye un estado de ánimo del sujeto que no es susceptible de ser probado. Por esta razón, la jurisprudencia de la Sala Constitucional presume que cuando hay conocimiento también hay voluntad (en alguna de sus variadas formas lingüísticas). De esta manera, el Máximo Tribunal evita que se castiguen como imprudentes o culposos los comportamientos que, a su entender, merecen mayor pena.

5. El Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos requiere que el sujeto no realice comportamientos que supongan riesgos concretos para la incolumidad de los bienes jurídico-penales; pero no requiere que el sujeto quiera o acepte la comisión del hecho punible. Esta insistencia en incluir estados de ánimo para la configuración del dolo es propio de un Derecho penal de autor que persigue solo la retribución.

6. Es fundamental que una futura reforma del CP se preocupe por no vincular el dolo a una concreta teoría, para no prolongar la situación problemática generada por el art. 61 CP: el divorcio entre la dogmática y la praxis.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Arteaga Sánchez, Alberto. *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*. Caracas: UCV, 1975.

Arteaga Sánchez, Alberto. *Derecho penal venezolano*. Caracas: Álvaro Nora, 2012.

Díaz Chacón, Freddy. *Doctrina penal del Tribunal Supremo de Justicia*. Segundo semestre 2009. Caracas.

Hassemer, Winfred. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bogotá: Temis, 1999.

Hruschka, Joachim. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2005.

**Rodrigo Silva Medina**

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011.

Modolell González, Juan Luis. *Derecho penal. Teoría del delito*. Caracas: UCAB, 2015.

Ragués i Vallès, Ramon. «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo». *ADPCP*, vol. XLIX, Fasc. II (1996).

Ragués i Vallès, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

Roxin, Claus. «La parte general del Derecho penal sustantivo», en Roxin, Claus / Arzt, Gunther / Tiedemann, Klaus. *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*. Barcelona: Ariel, 1989.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Consideraciones sobre la teoría del delito*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

Silva Sánchez, Jesús-María. «A toro pasado,...cuidado con los sesgos cognitivos», *Indret* 3 (2021)