



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

# REVISTA DE INVESTIGACIÓN

## DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 1, n.º 1, julio-diciembre, 2019  
Publicación semestral. Lima, Perú.  
ISSN: 2707-4056 (en línea)  
DOI: 10.58581/rev.amag.2019.v1n1.06



## Determinación del dolo en el delito de contaminación ambiental

### Determination of the dolo in the crime of environmental pollution

**Jorgeluis A. Romero Osorio\***

Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz  
(Huaraz, Perú)

[jromeroodj@mpfn.gob.pe](mailto:jromeroodj@mpfn.gob.pe)

<https://orcid.org/0000-0003-1543-9297>

**Resumen:** El presente artículo desarrolla el problema de la acreditación del dolo en el delito de contaminación ambiental en el Perú. Para ello, se empleará el método deductivo analizando las principales teorías acerca de la diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia inconsciente. Finalmente, con ello se establece una teoría propia que determine el grado de conocimiento exigible en el dolo.

Asimismo, se realizará una definición propia que diferencie al dolo frente a la imprudencia en el delito antes descrito. Se asumirá un criterio cuantitativo en el aspecto cognitivo de ambos elementos subjetivos, que tendrán directa incidencia en su clasificación.

\* Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesor de Derecho Penal I - Parte General y Derecho de Integración en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Fiscal Adjunto Provincial Titular de la Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz.

**Palabras clave:** dolo, conocimiento, probabilidad

**Abstract:** This article aims to develop the problem about the accreditation of fraud in the crime of environmental pollution in Peru. For this, the deductive method will be used analyzing the main theories about the differentiation between eventual intent and unconscious imprudence. Finally, establish a theory that determines the degree of knowledge required in the fraud.

Likewise, a proper definition will be made that differentiates the fraud against the imprudence in the crime described above. Assuming a quantitative criterion in the cognitive aspect of both subjective elements, which will has a direct impact on their classification.

**Key words:** fraud, knowledge, probability

RECIBIDO: 30/11/2019

REVISADO: 18/12/2019

APROBADO: 30/12/2019

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

## 1. Introducción

En la actualidad, una de las exigencias para el control judicial de la acusación fiscal es la acreditación del dolo, lo que implica que el Ministerio Público tenga dificultades en la probanza de la intención o voluntad como elemento del dolo. Se traslada dicha acreditación al conocimiento del agente, el cual sí puede ser probado con elementos de convicción objetivos referidos, tanto a las cualidades personales del autor como a las circunstancias que rodearon el hecho.

Esta problemática práctica no escapa de su análisis en el ámbito teórico. Así lo entiende Roxin (2000):

El dolo pertenece a los conceptos centrales del Derecho penal; puesto que, su distinción con la imprudencia determina finalmente la cuantía de la pena a imponerse. Asimismo, el citado autor, afirma que «el dolo es uno de los conceptos más difíciles, ya que, es un hecho interno y por ello es difícil probar su conexión con el tipo objetivo. (p. XI)

De este modo, en la doctrina penal actual se han desarrollado al respecto las siguientes posturas: Sánchez (2018) adopta la teoría procesal para la determinación del dolo, a través de diversos indicadores que el agente plantea para la acreditación y probanza del dolo en el proceso penal. Por su parte, Varela (2016) concibe al dolo y a la imprudencia con una relación de *plus-minus* polivalente. Esto es en una graduación continua entre los extremos, estableciéndose un *plus* en el conocimiento cierto, un *plus-minus* en el conocimiento incierto y un *minus* en el error.

En cambio, Calderón (2016) postula a una distinción cualitativa entre el dolo (conocimiento) y la imprudencia (no conocimiento). Mientras que Bustinza (2016) propone un criterio cuantitativo para distinguir al dolo frente a la imprudencia a través de sus definiciones conceptuales. Finalmente, Pérez (2011) propone un concepto general o básico del dolo para clarificar la noción de dolo eventual, y aporta nuevas posibilidades de encuadramiento de casos en las categorías del dolo o de la imprudencia.

Sin embargo, ninguna de estas posturas establece de manera clara y precisa la determinación del dolo dentro de un marco teórico sistemático que la diferencie con la imprudencia. Consiguientemente, la justificación de la presente investigación radica en la necesidad de determinar el grado de conocimiento que se requiere en el dolo. Se deja de lado, con ello, criterios volitivos confusos y carentes de probanza en un proceso penal. Se llega así a resolver el problema de la acreditación del dolo en el proceso penal peruano. Por lo tanto, este es el objetivo de la investigación: establecer que la probabilidad es el grado de conocimiento que se requiere en el dolo.

Finalmente, el presente estudio es de tipo cualitativo, por cuanto se analizarán los diversos aportes teóricos que la dogmática penal ha aportado para diferenciar al dolo de la imprudencia, asumiendo una postura propia y teniendo como baremo el delito de contaminación ambiental.

## 2. Materiales y métodos

### Situación problemática

El conocimiento de los «elementos objetivos del tipo» (en adelante EOT) tiene una relevancia actual en el Derecho Penal Sustantivo. Por ejemplo, para determinar la configuración del dolo como elemento subjetivo del tipo, tal como sucede en el delito de contaminación ambiental, cuyos elementos normativos se remiten al Derecho Administrativo. Delito en que se exige al autor, un conocimiento especial de las normas administrativas para la configuración del dolo. Esto debido a que, en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal, se ha reconocido al error acerca de los elementos del tipo para la exclusión del dolo.

Sin embargo, el error de tipo no conlleva en todos los casos a la ausencia del elemento «conocimiento» del dolo. Sino —tal como precisa Reaño (2009)— dicha ausencia de conocimiento puede deberse a la propia indiferencia realizada por el agente, en cuyo caso no corresponderá apreciar error alguno, sino aplicar el tipo doloso pertinente, ya que el autor ignora los elementos del tipo porque no está interesado en ellos.

Por otro lado, en el Derecho Penal Adjetivo, el «conocimiento» como elemento del dolo, tiene una alta probabilidad de su probanza, dentro de un proceso penal. Se tiene como base las cualidades personales del agente y las circunstancias que rodearon el hecho. Se normativizan de este modo el dolo, dejando de lado los criterios subjetivos o psicologistas que buscan explicar lo que quiso o no el autor al momento de la realización del hecho.

De esta forma, el elemento «volitivo» del dolo pasa a un segundo plano. Se llega simplemente a su presunción a partir del conocimiento del agente. Tal como explica Reaño (2009), quien sostiene que si el agente conoce el riesgo que genera su comportamiento; y a pesar de ello, actúa, entonces se puede presumir que quiso realizar dicho comportamiento (p. 226).

No obstante, surge el problema en determinar si el conocimiento sobre los EOT, que se exige en el dolo, debe tener el grado de certeza o basta simplemente un grado de probabilidad o posibilidad. Además, la determinación del grado de conocimiento que se exija en el dolo, tendrá directa incidencia en la imprudencia. Puesto que, conforme al sistema de aplicación subsidiaria de esta frente a la ausencia del dolo en caso de un error de tipo evitable, se anularía el grado de conocimiento exigible para la configuración del dolo, quedando configurado la imprudencia con un grado de conocimiento inferior al exigido para el dolo.

### Formulación del problema

Una vez planteado el estado de la cuestión del problema, conviene formularse como problema principal el siguiente: ¿cuál es el grado de conocimiento sobre los EOT que se requiere para la acreditación del dolo en el delito de contaminación ambiental? Del mismo modo, como problemas específicos conviene plantearse los siguientes: ¿cuál es el grado de conocimiento sobre los EOT exigible para la acreditación de la imprudencia en el delito de contaminación ambiental? y ¿cuál es el fundamento jurídico que justifique el distinto grado de conocimiento sobre los EOT que se requiere en el dolo frente a la imprudencia en el delito de Contaminación ambiental?

## 3. Objetivos

### Objetivo general

- ▶ Establecer cuál es el grado de conocimiento sobre los EOT que se requiere para la acreditación del dolo en el delito de contaminación ambiental.

### Objetivos específicos

- ▶ Determinar el grado de conocimiento sobre los EOT que se requiere para la configuración de la imprudencia en el delito de contaminación ambiental.
- ▶ Explicar cuál es el fundamento jurídico que justifique el distinto grado de conocimiento sobre los EOT exigido en el dolo frente a la imprudencia en dicho delito.

## 4. Metodología aplicada

El tipo de investigación del presente trabajo es eminentemente jurídica-propositiva. Por cuanto, se plantea un problema doctrinario (teórico) referido a establecer el grado de conocimiento sobre los EOT exigible en el dolo para la tipificación del delito de contaminación ambiental. Sus características son de connotación histórica, propositiva e interpretativa. Por ello, se analizará la evolución histórica hasta el estado actual de las principales teorías que explican la diferencia del dolo frente a la imprudencia. Ello, con la finalidad de justificar la adopción de un determinado grado de conocimiento sobre los EOT requerido en el dolo.

Asimismo, se propondrá que el elemento configurador del dolo es la probabilidad de conocimiento de los EOT. Se comprueba dicha tesis con la interpretación del tipo penal del delito de contaminación ambiental. En consecuencia, el presente trabajo de investigación tiene un diseño causal-explicativo, con carácter teórico, explicativo y deductivo.

## 5. Marco teórico

### Definición de los EOT

Bacigalupo (1973) —parafraseando a Beling— los define como aquellas circunstancias externas al agente, referidas a su acción y subsecuente resultado. Welsen (1956), por su parte, los define como conceptos de la vida diaria y corriente para el autor, indiferentemente de si son realmente descripciones (descriptivas, como, por ejemplo: hombre), o valorativas (normativas, como, por ejemplo: lascivo) (p. 81). En esta investigación se define como los objetos donde recae el aspecto cognitivo del dolo y la imprudencia (acción, resultado, modalidades delictivas, sujeto activo, sujeto pasivo, etc.).

### Definición del dolo

Según Reaño (2009) el dolo es entendido, en su mayoría, como la concurrencia de un momento intelectual (conocimiento actual de todos los EOT). Por su parte, Jescheck y Weigend (2014) precisan que el dolo significa conocer y

querer los EOT. Por tanto, se puede inferir que el dolo tiene dos elementos: el volitivo y cognitivo. Sin embargo, el primer elemento no es utilizado para la acreditación del dolo, sino el segundo. Ello debido a que puede ser normativizado bajo parámetros objetivos.

### **Ausencia del dolo por presencia del error de tipo**

Reaño (2009) señala que el error de tipo ocurre cuando en el momento de su actuación el agente ignora absolutamente algún EOT, o no puede prever el advenimiento del resultado típico. De este modo, el citado autor, parafraseando a Ragués, concluye que los defectos volitivos del dolo son irrelevantes. Por lo tanto, el error de tipo viene a ser una antítesis del dolo en su aspecto cognitivo.

### **Nivel de conocimiento en el dolo**

Reaño (2009), parafraseando a Luzón Peña, sostiene que para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente tener en cuenta las posibilidades de percepción sensorial de las circunstancias. Mientras que, la apreciación de un elemento normativo exige la comprensión del sentido o significado social de dicha circunstancia (p. 231).

Esta comprensión, añade el citado autor, se sitúa en un nivel intermedio de conocimiento, en donde no se exige una posibilidad de conocimiento ni tampoco la certeza del mismo. De esta forma, el nivel de conocimiento exigible en el dolo es la probabilidad.

### **Dimensión temporal del dolo**

Roxin (1997) precisa que el dolo debe concurrir durante la fase de la ejecución de la acción. No siendo necesario que el dolo abarque toda la fase de ejecución, bastando solamente que concurra en el momento en que, el agente se dispone a la producción del resultado y abandona el dominio del curso causal. Esto implica que, el conocimiento exigible en el dolo es actual y no potencial.

### **Clases de dolo**

Roxin (1997) define al dolo directo como la intención de realización de los EOT. Mientras que el dolo indirecto o dolo directo de segundo grado no abarca la intención sino el conocimiento seguro de la realización de los EOT. Finalmente, en el dolo eventual falta la intención y la seguridad de realización de los EOT, quedando simplemente una probabilidad. Este autor precisa que, los altos grados de probabilidad equivalen a seguridad.

Por su parte Jescheck y Weigend (2014) señala que el dolo directo es la voluntad que aspira a la consecución del resultado; mientras que, en el dolo indirecto y eventual, el agente no pretende alcanzar el resultado, sino que, simplemente, sabe que el mismo está vinculado de forma posible con la acción desarrollada voluntariamente.

Ambas posturas concuerdan en que la probabilidad de conocimiento se encuentra presente en el dolo eventual, el cual lo diferencia con la imprudencia. Puesto que el dolo eventual es la forma básica del dolo.

## 6. Definición de la imprudencia

Welsen (1956) define a la imprudencia como la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el derecho con miras de evitar lesiones de bienes jurídicos (pp. 136 y 137). Por su parte, Luzón (2016) la define como infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia (deber que afecta a cualquier ciudadano en la correspondiente posición jurídica), y la previsibilidad objetiva como presupuesto (p. 462).

Sin embargo, ambas posturas no hacen referencia alguna al aspecto cognitivo de la imprudencia, es decir, al conocimiento de los EOT. Esto se encuentra presente en menor grado que el exigido en el dolo, tal como lo demostraremos *ut infra*.

### Clases de imprudencia

Luzón (2016) clasifica la imprudencia por el elemento cognoscitivo en imprudencia consciente e inconsciente. Se entiende a la primera, cuando el agente prevé o se representa la posibilidad de producción de los EOT mientras que en la segunda no existe dicha previsión o representación. Ello debido a que el sujeto no se da cuenta de la peligrosidad de su conducta, o, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de un EOT.

Se puede advertir que la diferencia de ambas formas de imprudencia estriba en la presencia o ausencia de la posibilidad del conocimiento de los EOT. Se verifica que el nivel o grado de conocimiento de los EOT exigible en la imprudencia es la posibilidad y no la probabilidad.

### La evitabilidad o inevitabilidad del error de tipo

Donna (2009), parafraseando a Kühn, señala que el error de tipo es inevitable cuando el desconocimiento del autor es tal que lo protege de la pena y no ha llenado los requisitos del tipo imprudente. Es decir, cuando al sujeto no se le puede imputar su error como obra suya (p. 251).

Por su parte, Bacigalupo, citado en Donna (2009) afirma que, el error sobre los elementos del tipo es evitable cuando el autor, observando el cuidado exigido, hubiere podido conocer correctamente las circunstancias ignoradas o falsamente representadas» (p. 252).

De este modo podemos advertir que el criterio de evitabilidad del error radica en la posibilidad del conocimiento acerca de los EOT que tuvo el agente al momento de cometer el hecho. Evidenciándose de este modo la identidad entre la imprudencia con el error de tipo vencible.

## 7. Teorías clásicas sobre la distinción entre dolo e imprudencia

### Teoría del *dolus indirectus*

Carpzov, citado en Pérez (2011), sostiene que en el dolo el agente ha podido o debido conocer la posibilidad de que se produzca la consecuencia no deseada, por derivarse esta inmediatamente de la acción del sujeto. Aunque este, efectivamente, no haya sido consciente de ella o no se la haya representado.

### Teorías de la voluntad

- ▶ Tesis fuerte de la voluntad: Welsen (1956) señala que el dolo está constituido por dos elementos: el intelectual, definido por la conciencia de lo que se quiere; y el volitivo, definido por la decisión de querer realizarlo. Pérez (2011) concluye que esta teoría realiza una sencilla distinción entre el dolo y la imprudencia a través de una caracterización positiva del dolo como intención y una negativa de la imprudencia como falta de esa intención.
- ▶ Tesis débil de la voluntad: Según Pérez (2011) esta tesis postula que no hay voluntad sin representación; y que, para cumplir con el cometido de ampliar la intención, se acude a una interpretación extensiva del término querer, o bien a elementos internos del ser.

### Teorías de la representación

- ▶ Tesis débil de la representación. Pérez (2011) afirma:
 

Para esta tesis solo la acción puede ser querida, no el resultado. De allí que, se rechaza el postulado básico de la teoría de la voluntad; según el cual, el agente debe precisamente querer el resultado para actuar con dolo. En consecuencia, la voluntad deviene en inútil o, en todo caso, superflua para la acreditación del dolo, bastando solo la representación del resultado como posible. (p. 195)
- ▶ La teoría de la probabilidad subjetiva. Lucas, citado en Pérez (2011) precisa que, una cosa es intención (*Absicht*) y otra, dolo (*Vorsatz* = hechos sin

intención directa) consistente en el saber (Wissen). En tal sentido, es querido todo resultado que el agente se representó como tal. Siendo el elemento determinante del dolo, el peligro del resultado representado o el actuar con la consciencia de ese peligro.

- ▶ La teoría de la probabilidad objetiva. Pérez (2011) establece que:

Esta teoría a diferencia de la anterior, deja de lado el grado de probabilidad o entidad del peligro que el agente se representa, por el grado de probabilidad o entidad de peligro que, objetivamente, cabe predicar a partir del conjunto de circunstancias fácticas que el agente se ha representado. (p. 208)

- ▶ La teoría de la posibilidad: Wolff, citado en Pérez (2011), sostiene que, para que el dolo pueda afirmarse, basta la representación de la mínima posibilidad de que se realice el resultado. Por su parte, Pérez (2011) resume esta tesis en el sentido de que, el dolo es conocimiento y la imprudencia es desconocimiento.

## 8. Resultados

Durante el desarrollo del presente artículo, se determinó —desde la óptica de las teorías de la representación, específicamente las teorías de la probabilidad— que el conocimiento es el elemento común entre el dolo y la imprudencia. Asimismo, según el grado o nivel de conocimiento que tenga el agente sobre los EOT, se determinó la configuración del dolo y la imprudencia.

De este modo, el dolo tendrá como elemento la probabilidad de conocimiento sobre los EOT mientras que la imprudencia tendrá como elemento la posibilidad de conocimiento o cognoscibilidad sobre los EOT. Con esta nueva diferenciación, se estableció que el dolo directo tiene como elemento configurador la alta probabilidad de conocimiento del autor. Mientras que, el dolo indirecto, una mediana probabilidad de conocimiento. Finalmente, el dolo eventual, una baja probabilidad de conocimiento.

Mientras que la culpa consciente o imprudencia tiene como elemento para su configuración la posibilidad de conocimiento de los EOT y la culpa inconsciente o negligencia, la no posibilidad de conocimiento de los EOT.

Por tanto, los efectos que se producen tanto en el ámbito teórico como práctico con la postura asumida en el presente trabajo de investigación son los siguientes: i) La ausencia de la culpa inconsciente como consecuencia jurídica de error de tipo vencible; ii) La discusión referida a la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente, se acabaría. Entendiendo al primero, como un mínimo grado de probabilidad del conocimiento actual del tipo; y al segundo, como un grado de posibilidad lejana y previsible (evitable)

del conocimiento previo al tipo. Reduciéndose la discusión en determinar el grado de conocimiento del tipo objetivo que tuvo el agente al momento de realizar la acción. iii) Finalmente, como consecuencia de todo ello, el elemento «voluntad» del dolo será descartado, quedando solamente «el conocimiento del tipo objetivo» como el único elemento configurador de este.

## 9. Discusión

A continuación, se desarrollarán todas las teorías planteadas en la dogmática penal referentes a la distinción entre el dolo e imprudencia en su estado actual. Se toman como referencia la completa sistematización efectuada por Pérez, para luego fundamentar una nueva postura.

### 9.1. Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema

#### La acentuación del aspecto material

Las teorías de los elementos internos del ser

Engisch, citado en Pérez (2011), sostiene que quien actúa con intención de realizar el tipo obra dolosamente, sea que se haya representado al resultado como seguro, como probable o solo como posible (p. 230). Asimismo, Baumann, citado en Pérez (2011), afirma que existe dolo eventual si el agente se representa el resultado y lo aprueba. En cambio, la imprudencia consciente existe cuando el agente se representa el resultado, pero se confía en que este no sucederá (p. 289).

Maurach y Zipf (1994) sostienen, por su parte, que el dolo es querer supeditado al saber de la realización del EOT, ya que el primero presupone al segundo. Kaufmann, citado en Pérez (2011), afirma que la naturaleza misma del dolo es la voluntad de realización del EOT. Por tanto, la voluntad puede extenderse a todas las consecuencias -principales y accesorias- del obrar del agente.

Para Stratenwerth (2005), existe dolo eventual cuando el autor junto a la verdadera meta de acción, persigue sustitutivamente una segunda meta de acción (p. 197). Mientras, Roxin (1997) define al dolo como la decisión de una posible vulneración de un bien jurídico.

Finalmente, Wessels, Beulke y Satzger (2018) afirman que el dolo constituye la voluntad de realización de un tipo con el conocimiento de todas sus circunstancias fácticas. Lo esencial para estos autores es que el dolo esté contenido por elementos volitivos y cognitivos. Siendo, por tanto, la diferencia entre el dolo e imprudencia que, en el primero, el agente asume una decisión consciente contra el bien jurídico.

## Las nuevas teorías de la representación

Mayer, citado en Pérez (2011), al definir el dolo, emplea el concepto de voluntad consciente, consistente en dos momentos, el saber y la decisión. Para este autor, el dolo se afirma cuando el agente se ha representado con probabilidad el resultado. Por su parte, Sauer, citado en Pérez (2011), afirma que el dolo puede dividirse según el grado de conocimiento; dicha graduación comienza con el «conocimiento de lo cierto». Luego, continúa esa línea gradual con el «conocimiento de lo probable» que, para Sauer, constituye el dolo eventual.

Jakobs (1997) identifica al dolo como conocimiento del tipo, siendo este actual y no potencial. Para delimitar entre dolo e imprudencia, dicho autor, acude a un criterio cuantitativo; al establecer que el límite mínimo de probabilidad que se exige para el dolo eventual, se determina mediante la relevancia del riesgo percibido para la decisión.

Herzberg, citado en Pérez (2011), señala que, el dolo se plasma con la representación de un riesgo calificado de realización típica; es decir, está limitado al conocimiento. Asimismo, agrega que, en el dolo no se trata de que el agente haya asumido con seriedad un peligro que se ha representado, sino que se haya representado un peligro que debe ser asumido con seriedad.

Puppe, citada en Pérez (2011), parte de la calidad del peligro de lesión que el agente conscientemente ha constituido como criterio para la distinción entre el dolo y la imprudencia. Definiendo al dolo como el conocimiento de la magnitud del peligro. Por su parte, Frisch, citado en Pérez (2011), sostiene que el conocimiento como elemento del dolo debe tener como objeto la conducta en su ámbito de riesgo relevante, es decir, el agente debe saber que su conducta, objetivamente, es adecuada para la producción del resultado.

## Teorías integradoras o acumulativas

Prittwitz, citado en Pérez (2011), recoge todas las definiciones efectuadas por las teorías antes expuestas y las utiliza como indicadores para la acreditación del dolo. Incluso, Philipps, citado en Pérez (2011), va más allá, al establecer contra indicadores para determinar la ausencia del conocimiento y voluntad como elementos del dolo. Sin embargo, ambos autores no llegan a establecer de manera precisa cuáles serían esos indicadores y contra indicadores para acreditar al dolo y a la imprudencia.

## La acentuación del aspecto procesal

Hruschka señala que el dolo no es un hecho; por tanto, no se constata o prueba, sino se imputa. Sin embargo, Hassemer señala que el dolo es una disposición que es aplicable bajo determinados indicadores. Por ello, Freund emplea dos elementos para la acreditación del dolo, uno de base ontológico referido a todos los elementos de prueba y el otro de base nomológica referida a una serie de reglas o normas de experiencia (Hruschka, Hassemer y Freund como se citó en Pérez, 2011).

Finalmente, Ragués parte de la premisa de que todas las teorías referidas a la definición del dolo coinciden en exigir que el agente se haya representado un determinado grado de riesgo de realización del tipo. De este modo, dicho autor define al dolo como conocimiento determinado desde la óptica social del hecho. Elaborando a partir de ello, las siguientes reglas de atribución del conocimiento: Conocimientos mínimos, transmisiones previas de conocimiento, exteriorización del conocimiento y las características personales del sujeto (como se citó en Pérez, 2011).

## 10. Toma de postura

### Diferenciación entre el dolo y la imprudencia

Conforme a las teorías antes expuestas, las que tendrían mayor aceptación serían aquellas que inciden en la representación o conocimiento del agente respecto a los EOT para la determinación del dolo, puesto que el conocimiento es el elemento más idóneo para su acreditación en un proceso penal, tal como lo ha expuesto Ragués. Se advierte de este modo, una identidad entre los postulados de las nuevas teorías de la representación con las teorías de índole procesal.

Delimitadas las teorías a las cuales nos afiliamos, corresponde ahora definir al dolo y, con ello, diferenciarlo con la imprudencia. Al respecto, Puppe (2010) enfatiza que el legislador ha dejado en manos de la jurisprudencia y de la doctrina elaborar la distinción entre el dolo y la imprudencia (p. 43). Por ello, Feijóo (2004) precisa que, el dolo e imprudencia no son conceptos ontológicos, sino normativos, que deben ser imputados mediante la interpretación del derecho positivo.

Siendo ello así, Feijóo (2004) precisa que de una interpretación del artículo 14.1 del Código penal español (que regula el error de tipo) se exige como elemento del dolo, al conocimiento (pp. 26 y 27). Asimismo, a nivel doctrinal también se asume dicha postura, como viene a ser el caso de Díaz (2010), quien establece como primer criterio de delimitación entre el dolo e

imprudencia, el nivel cognitivo, ya que el conocimiento es el presupuesto de la voluntad: nadie puede querer lo que no conoce (Díaz, 2010, p. 45).

De este modo, el conocimiento es el elemento relevante para ser tomado en cuenta en la determinación del dolo. No obstante, resulta necesario establecer cuál es el objeto de dicho conocimiento para así definir al dolo. Ya se había anotado *ut supra* que, Frisch, sostuvo que la conducta típicamente relevante era objeto del dolo y, por tanto, del conocimiento del agente. Sin embargo, para que dicha conducta sea típicamente relevante, se requiere que concurren los EOT.

En consecuencia, una definición provisional del dolo sería la siguiente: «El conocimiento sobre los EOT» y, por tanto, la imprudencia quedaría definida como «la ausencia de conocimiento sobre los EOT». Lo que nos llevaría a asumir la teoría de la posibilidad. La cual, adopta un criterio cualitativo en la delimitación del dolo e imprudencia.

Criterio que no compartimos, puesto que, la delimitación entre el dolo e imprudencia, es de grado (criterio cuantitativo). De lo contrario, la imprudencia estaría vacía de contenido cognitivo, contraviniendo lo previsto en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal peruano y en el artículo 14.1 del Código Penal español. Normas penales que regulan al error de tipo vencible. Entendida esta, en términos de Luzón (2016), como la ignorancia o conocimiento sesgado que podía haber sido evitado prestando la debida diligencia, significando que hubo imprudencia.

Comparte nuestra postura García (2012), quien señala que el criterio de distinción entre el dolo e imprudencia solamente podrá encontrarse en el elemento cognitivo. Tanto el dolo como la culpa implican conocimiento, pero en grados diferentes que provocan niveles distintos de evitabilidad (p. 27).

Varela (2016) realiza una graduación del conocimiento para diferenciar al dolo con la imprudencia. Siendo objeto del dolo directo de 1.<sup>er</sup> y 2.<sup>o</sup> grado, el conocimiento cierto; del dolo eventual, el conocimiento incierto; de la imprudencia consciente, la creencia errónea evitable; y de la ignorancia deliberada, la ceguera provocada.

Este criterio cuantitativo no es el único asumido en la doctrina penal actual. Bustinza (2016) define al dolo como la previsión objetiva privilegiada del apartamiento de una norma de conducta; y a la imprudencia en los mismos términos, solo variando el término «privilegiada» por «atenuada». De este modo, se puede advertir que las tesis de ambos autores, guardan identidad con las nuevas teorías de la representación, específicamente, con la postura de Sauer.

Sauer (citado en Pérez, 2011) señala que el «dolo de probabilidad» es equiparable con el dolo eventual; mientras que el «dolo de certeza» es equiparable al dolo directo de segundo grado; y al dolo directo de primer grado, lo considera una calificación a su vez del anterior. En consecuencia, este autor llega a la conclusión de que, el elemento de diferenciación entre el dolo e imprudencia es la probabilidad, puesto que si el agente se representó el resultado o circunstancias típicas como probables estamos en la presencia del dolo. En cambio, en los casos de posibilidad lejana, estamos en la presencia de la imprudencia (Pérez, 2011, p. 368).

De este modo, se puede variar la definición inicial del dolo, por la siguiente: Probabilidad de conocimiento de los EOT, mientras que la imprudencia quedaría definida como la posibilidad de conocimiento de los EOT, teniendo en consideración como criterio delimitante los niveles de conocimiento: probabilidad-posibilidad. Pero, ¿por qué no se exige certeza en el dolo?

Al respecto, el Tribunal Supremo español en su sentencia del 30 de enero de 1989, según Feijóo (2004), estableció que el dolo no requiere un conocimiento cierto en el momento de la ejecución de la acción, sino simplemente un conocimiento actual de las circunstancias del hecho eficaz para la conformación de la voluntad del agente. A diferencia del conocimiento potencial exigido en la imprudencia.

El conocimiento actual en el dolo implica que el nivel de conocimiento que se exija no sea la certeza, sino la probabilidad y la potencialidad del conocimiento en la imprudencia implica la posibilidad. Esta conclusión está basada en la diferencia que realiza Feijóo (2004) entre el dolo y la imprudencia. En el sentido que a la mayor o menor relación del sujeto con el hecho, el agente doloso se aleja más del derecho (ya que tiene un grado de conocimiento mayor) que el imprudente (p. 137).

Ahora, surge otra interrogante, ¿por qué se exige la posibilidad del conocimiento del tipo en la imprudencia? Esto se debe a su elemento «evitable» o «previsible», que, según Calderón (2016), determina la naturaleza de la imprudencia como cognoscibilidad debida y personalmente evitable, puesto que el sujeto se autodetermina para actuar sin diligencia, negando los conocimientos de la situación previa que le llevarían a prever el resultado típico; es decir, tenía la posibilidad de conocer los EOT.<sup>1</sup>

## Clasificación del dolo y la imprudencia

Una vez efectuada la diferenciación entre el dolo y la imprudencia, corresponde ahora desarrollar la clasificación de ambos títulos de imputación

<sup>1</sup> Véase Calderón (2016, p.108) y Sánchez-Málaga (2018, p.444).

subjetiva, teniendo en cuenta las premisas normativas antes expuestas. Valera, ya había efectuado una clasificación *ut supra*; sin embargo, según nuestra tesis, carece de exactitud.

Puesto que, dicha autora entiende como objeto del dolo directo tanto de 1.º como 2.º grado, al conocimiento cierto (certeza que no es exigible en el dolo); mientras que, el dolo eventual, al conocimiento incierto. Se asume que la probabilidad es el grado de conocimiento exigible en el dolo; el objeto del dolo directo sería la mayor probabilidad de conocimiento; del dolo indirecto, la mediana probabilidad de conocimiento; y del dolo eventual, la baja probabilidad de conocimiento.

Respecto a la imprudencia, coincidimos con Valera, en lo referido al objeto de la imprudencia consciente, que sería en este caso, la creencia errónea evitable o, en otros términos, posibilidad de conocimiento (evitable o previsible), mientras que el objeto de la imprudencia inconsciente sería la imposibilidad de conocimiento. Por tanto, esta modalidad de imprudencia devendría en ausente como título de imputación subjetiva.

Sin embargo, atendiendo que la penalidad es uniforme para las diversas formas de dolo, y habiéndose delimitado el dolo con la imprudencia, la clasificación de estos elementos carecería de sentido. Similar postura comparte Sánchez (2018), quien adopta una teoría unitaria del dolo. Bastando solamente imputar dolo al agente que tenía probabilidad de conocimiento de los EOT al momento de suceder los hechos, e imprudencia al que tenía posibilidad de conocimiento.

### **Determinación del dolo en el delito de contaminación ambiental**

Una vez desarrollado el marco teórico que sustenta nuestra tesis, corresponde contrastar sus resultados con un delito específico, que en este caso es el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304 del Código Penal peruano. Para ello, debemos emplear como método deductivo la tesis de Sánchez (2018), quien desde el ámbito procesal propone la acreditación del elemento cognitivo del dolo a través de una serie de indicadores.

Sánchez (2018) parte de la siguiente premisa: En la imputación dolosa se deben determinar las condiciones para el conocimiento (indicadores positivos); mientras que en la imputación imprudente los defectos del conocimiento (indicadores negativos) (p. 433). Estas condiciones o indicadores —según Sánchez (2018)— constituyen la medición normativa del grado de conocimiento exigible para el dolo (que en nuestro caso sería la probabilidad). Finalmente, el autor citado concluye que para la imputación del conocimiento se requiere verificar tres condiciones: deber limitado de conocimiento del riesgo típico, posibilidad efectiva de conocimiento del

riesgo típico e imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico» (Sánchez, 2018, p. 448).

Peña (2017) señala que el tipo penal de contaminación ambiental es una ley penal en blanco; por tanto, se pregunta: ¿Si el objeto de conocimiento del agente son los EOT incluido la norma extrapenal? Su respuesta es negativa, ya que al exigírsele al agente que también conozca que está infringiendo una norma extrapenal, sería una exigencia de alta intensidad, así como por un aspecto probatorio. Solamente basta que el agente conozca que su conducta puede colocar en estado de aptitud de lesión al bien jurídico tutelado (componentes del medio ambiente).

Sin embargo, Reátegui (2014) —analizando dicho tipo penal— señala que la normatividad (extrapenal) puede generar cierta ignorancia en el agente contaminante y, por tanto, un error de tipo (p. 701). Postura que compartimos, ya que el conocimiento en el dolo no solo se dirige a los EOT, sino, también, a aquellas normas extrapenales que tienen la connotación de elementos objetivos normativos del tipo.

Así también lo entiende Díaz (2008), quien sostiene que la norma extrapenal solo será abarcada por el dolo, cuando así se desprenda del sentido del tipo, cosa que sucederá con mayor claridad cuanto más próximo resulte este a un tipo de desobediencia (p. 433). Supuesto que concurre en el tipo penal materia de examen al regular como conducta típica: «El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles».

Una vez establecido que la norma extrapenal es también objeto de conocimiento para la configuración del dolo en el delito de contaminación ambiental, se empleará las tres condiciones propuestas por Sánchez para medir el grado de conocimiento exigible en el agente respecto a dicha normativa. Con ello, se establecerá si se configura el dolo o la imprudencia o ambas.

Respecto a la primera condición referida al deber limitado de conocimiento del riesgo típico, esta se cumple, ya que el comportamiento del agente se encuentra regulada en la normativa administrativa ambiental, justamente para proteger el bien jurídico «medio ambiente». Lo que conlleva que el agente debe conocer dicho ámbito normativo por el hecho de realizar un comportamiento riesgoso en el ambiente.

La segunda condición referida a la posibilidad efectiva de conocimiento del riesgo típico (evitabilidad individual), también se cumple. Puesto que por la propia actividad riesgosa que realiza el agente (desde un trabajador del hogar hasta un minero artesanal) este tiene la posibilidad de evitar el riesgo típico.

Finalmente, respecto a la tercera condición referida a la imposibilidad de confiar racionalmente en la no realización del riesgo típico. Este se cumple, siempre y cuando, de acuerdo al contexto específico y a la experiencia previa del agente se determine que su conocimiento no tiene defecto alguno (hasta aquí determinado el dolo).

Sin embargo, puede ocurrir un defecto cognitivo en el agente cuando este no pueda cerciorarse de la existencia de normativa administrativa específica que regula su comportamiento por causas imputables al mismo. Ello debido a que contaba *ex ante* con los medios suficientes para salir del error —por ejemplo, el contar con un órgano de asesoría legal en los casos de un empresario minero—. Se determina, de este modo, la imprudencia. Tal como lo anota Ferrer (2018), al señalar que en aquellos casos en los cuales el conocimiento no pudo ser alcanzado por motivos imputables al propio agente, se determina la imprudencia (p. 88).

En consecuencia, queda demostrado que nuestra definición, tanto del dolo como de la imprudencia, es aplicable en el tipo penal del delito de contaminación ambiental; y que, el error de tipo vencible es el fundamento jurídico que determina el distinto grado o nivel de conocimiento exigible para cada uno de ellos.

## 11. Conclusiones

- a) Los EOT cumplen un rol fundamental en la imputación penal como objetos donde recae el elemento intelectual del dolo y de la imprudencia. Es a partir de ellos, donde el agente conoce o no sobre su existencia. Solo con su conocimiento, el agente podrá ser imputado a título de dolo o imprudencia.
- b) El dolo y la imprudencia clásicamente eran definidos a través de sus dos elementos: voluntad y conocimiento, siendo diferenciados a través de la intensidad o gradualidad de dichos elementos, o por la ausencia de uno de dichos elementos.
- c) Las teorías que diferencian al dolo con la imprudencia de manera más adecuada vienen a ser las referidas al aspecto cognitivo del dolo (teorías de la representación). Específicamente, las que consideran a la probabilidad de conocimiento de los EOT como elemento de dolo (teorías de la probabilidad objetiva y las nuevas teorías de la representación), puesto que, objetivizan y normativizan de la determinación del dolo a través de determinados factores externos al agente.

- d) En consecuencia, el dolo queda definido como la probabilidad de conocimiento actual de los EOT, mientras que la imprudencia como la posibilidad de conocimiento lejana y previa de los EOT.
- e) Siendo el criterio de distinción entre el dolo e imprudencia —el cuantitativo— basado en los grados o niveles de conocimiento de los EOT corresponde al dolo el grado de conocimiento: probabilidad, mientras que a la imprudencia, la posibilidad.
- f) Por lo tanto, la acreditación del dolo e imprudencia en el proceso penal se puede realizar a través de la determinación del grado o nivel de conocimiento sobre los EOT, bajo las condiciones propuestas por Sánchez.
- g) Siendo el error de tipo vencible el que permite fundamentar la distinción entre el dolo e imprudencia, a través de los criterios de evitabilidad e inevitabilidad de dicho error.
- h) La clasificación del dolo y la imprudencia, a través de los diversos grados o niveles de conocimiento sobre los EOT exigibles en cada una de ellas, resultan ser coherentes y sistemáticas bajo un solo marco teórico normativo. Sin embargo, bajo el criterio unitario adoptado para el dolo e imprudencia, resultan ser innecesarias; ya que, la pena a imponerse es la misma y por haberse distinguido de manera clara y precisa al dolo con la imprudencia.
- i) Por lo tanto, el dolo en el delito de contaminación ambiental se configura cuando el agente al momento de cometer el hecho, tuvo la probabilidad de conocer los EOT —incluidas las normas extrapenales—, mientras que la imprudencia se configura cuando el agente, previamente a la comisión de los hechos, tenía la posibilidad lejana de conocer dichos elementos, incluidas las normas extrapenales.
- j) Finalmente, el elemento volitivo del dolo no puede ser acreditado en el proceso penal por ser un elemento eminentemente subjetivo. Por tanto, carece de sentido material seguir adoptándolo como elemento del dolo, menos en la imprudencia.

## Referencias

- Bacigalupo, E. (1973). *Tipo y error*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Bustinza, M. (2016). *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia* (1.ª ed.). ARA.
- Calderón, L. (2016). *Ensayo acerca del Tipo Culposo o Imprudente en Derecho Penal y su Relación con la Imputación Objetiva* (1.ª ed.). Aranzadi.
- Díaz, M. (2010). *El dolo eventual* (1.ª ed.). Rubinzal-Culzoni.
- Díaz, M. (2008). *El error sobre los elementos normativos del tipo penal* (1.ª ed.). La Ley.
- Donna, E. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (1.ª ed., Vol. IV). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Feijóo, B. (2004). *El dolo eventual*. Universidad de Externado.
- Ferrer, E. (2018). *Consideraciones críticas sobre el concepto del dolo*. Olejnik.
- García, P. (2012). La imputación subjetiva en el Derecho Penal. En C. A. Pinedo Sandoval (coord.), *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*. (pp. 14-28). Ara.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo, Trads., 2.ª ed.). Marcial Pons.
- Jescheck, H., y Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (M. Olmedo, Trad., 1.ª ed., Vol. I). Instituto Pacífico.
- Luzón, D. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (3.ª ed.). IB de F.
- Maurach, R., y Zipf, H. (1994). *Derecho Penal. Parte General* (J. Bofill Genzsch, y E. Aimone Gibson, Trads., Vol. I) Astrea.
- Peña, A. (2017). *Los delitos contra el medio ambiente* (2.ª ed.). Instituto Pacífico.
- Pérez, G. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*. Hammurabi.
- Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia* (M. Sancinetti, Trad., 1.ª ed.) Hammurabi.
- Reaño, J. (2009). El error de tipo en el Código Penal Peruano. En J. Hurtado Pozo (ed.), *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*. (pp. 215-240). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Reátegui, J. (2014). *Derecho Penal. Parte Especial* (3.ª ed., Vol. I). Ediciones Legales.

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (D.-M. Luzón, M. Díaz y García Conlledo, y J. De Vicente Remesal, Trads., Vol. I). Civitas.
- Roxin, C. (2000). Prólogo. En E. Díaz-Aranda, *Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma penal en México*. (p. XI). Porrúa.
- Sánchez, A. (2018). *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*. IB de F.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General* (M. Cancio Meliá, y M. Sancinetti, Trads., 4.<sup>a</sup> ed.) Hammurabi.
- Varela, L. (2016). *Dolo y Error. Una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*. Bosch.
- Welsen, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. (C. Fontán Balestra, Trad.) Roque Depalma.
- Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General* (R. Pariona Arana, Trad., 1.<sup>a</sup> ed.). Instituto Pacífico.