

EL DOLO EVENTUAL EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO

Las repercusiones de la Teoría de la Acción y de la Culpabilidad
sobre los límites del Dolo *

Por el Dr. ARMIN KAUFMANN **

Este trabajo ha sido publicado en la Revista Jurídica Veracruzana, de México, Número 3, Julio, Agosto, Septiembre de 1973.

Agradecemos al Profesor ARMIN KAUFMANN, la autorización que con carta de fecha 14 de marzo de 1973 nos ha dado para publicar éste y otros de sus trabajos. El presente trabajo ha sido traducido por el Dr. Moisés Moreno, actual profesor de Derecho Penal en México, a quien tendremos como colaborador de esta Revista.

** El Profesor ARMIN KAUFMANN es actualmente Director del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn y Profesor de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Son sus dos grandes obras, "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie" (Lo vivo y lo muerto en la Teoría de las Normas de Binding) y "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte" (La Dogmática de los Delitos de Omisión). La primera ya ha sido traducida al español (Editorial Depalma 1977).

Muchos de sus artículos ya han sido traducidos al español y publicados. En próximos números es nuestro propósito presentar a nuestros lectores algunos: La Función del Concepto de Acción; Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho Penal; La parte dogmática del Proyecto Alternativo.

Las Tesis de la Doctrina de la Acción Finalista y de la moderna "Teoría de la Culpabilidad", obligan no sólo a una reconstrucción del Sistema del Derecho Penal; ellas modifican, al mismo tiempo, también las premisas a través de las cuales serán resueltos los problemas dogmáticos aisladamente, demostrando de esta manera su fecundidad. Con esta respuesta a antiguas, pero nuevamente planteadas cuestiones, debe además, mostrarse si la Teoría de la Acción Finalista y la "Teoría de la Culpabilidad", armonizan entre sí, más aún, si la una puede ser presupuesto o complemento necesario de la otra.

Todo esto es valedero también —quizá hasta de un modo especial— para la problemática del dolo eventual. Esas dos doctrinas surten ya sus efectos en el planteamiento mismo: los conocimientos de la "Teoría de la Culpabilidad", nos muestra que no se trata sólo de la determinación de los criterios del dolo malo, sino de la delimitación entre dolo y culpa. Por mucho que sea lo que este razonamiento insinúe, sus consecuencias —que yo sepa— no han sido del todo reconocidas. Por el contrario, la relación entre dolo eventual y estructura final de la acción ha sido ya desde temprano objeto de consideración, pues de la congruencia o incongruencia del hecho doloso y de la acción final depende el modo cómo la Doctrina de la acción finalista repercute en la estructura del delito:

Para la doctrina de la acción finalista, el "dolo" es un subcaso o caso particular de la "voluntad final de realización", esto es, la "voluntad final de la realización" referida a circunstancias fácticas de un tipo legal (1). Que con ello el dolo no se limita a la "intención", a la "aspiración" o, incluso, al "querer tener", ha sido frecuentemente recalcado (2). El nexo final es, ciertamente, impulsado por la dirección hacia un pretendido fin; pero él no abarca solamente la obtención final en sí, sino el total curso causal puesto en movimiento por la acción de dirección, en cuanto que es comprendido por la voluntad dirigente. Por eso —con palabras de WELZEL (3)—, la voluntad de realización puede abarcar no solamente el fin pretendido, sino también los medios y las consecuencias secundarias a él ligados.

Eso ya lo había concebido ENGISCH (4) en su aguda crítica a la Teoría de la Acción Finalista: "Si alguien actúa en vista de resultados reconocidos como necesarios o, aun, sólo como posibles, esos resultados no son causados, en modo alguno, ciegamente, sino que están relacionados a la mental supradeterminación aún sin haber sido propuestos". Pero ENGISCH dedujo de aquí la consecuencia de que eso debía ser aplicable también para la esfera total de la culpa consciente: "Visto desde la estructura de la acción,

1. Welzel, Das Neue Bild (El Nuevo Sistema), 3. Ed., pág. 10.
2. v. Weber, Grundriss (Fundamento de Der. Penal Alemán), pág. 63; Welzel, Strafrecht (Der. Penal), 6. Ed., pág. 60; Das Neue Bild, pág. 4; Maurach, Lehrbuch I, pág. 222; Gallas, ZStW, 67, pág. 42.
3. Strafrecht, 6. Ed. pág. 60.
4. Kohlrausch-Festschrift, pág. 155.

el dolo eventual y la culpa consciente pertenecen a la misma realidad, mientras que, como grado de culpabilidad caminan separados" (5).

GALLAS, ha adoptado y continuado el pensamiento de ENGISCH, al decir: "Al concepto de lo 'final' pertenece no sólo la representación determinante del acto de voluntad, sino más bien el cuadro total del hecho que el autor tiene delante al obrar" (6). Si este cuadro comprende, además del resultado deseado, todavía otros resultados o modalidades de la acción, que se presentan al autor como necesarios o, incluso, sólo como posibles consecuencias del resultado deseado o como resultado posiblemente alternativo de su hecho, estos también pertenecen al contenido final de la acción, indistintamente de que ellos sean o no deseados (7). Según esto, "difícilmente podía evitarse extender el concepto de finalidad también a la culpa consciente" (8). Eso constituía, ciertamente, una "pequeña imperfección", pero estaba "objetivamente justificado". En cuanto el dolo se extiende, como sucede con el dolo eventual, "al ámbito de la finalidad" y por tanto, del "tipo del injusto", pertenecerá al "tipo de culpabilidad" y, por ende, al "tipo delictivo del hecho doloso" (9). Que de ello no se deriven dificultades sistemáticas, como cree GALLAS (10), es ciertamente cuestionable. Porque si un homicidio por imprudencia consciente describe una acción final de matar, la identidad entre realización final del tipo y dolo es abandonada. Ese "dolo", que irrumpe en el "tipo de culpabilidad", no está ya suficientemente determinado por la circunscripción como voluntad final de realización en tratándose del cumplimiento del tipo (11). Si, en cambio, la finalidad no es ya ningún criterio necesario en el sistema de GALLAS, hay delitos dolosos que no se someten a una realización típica final. Pues GALLAS mantiene el "requisito del dolo", para el ámbito de los "delitos dolosos de omisión", por más que él niegue, con razón, "finalidad actual" para la omisión pura como para el delito de omisión (12).

Así pues, de la exacta fijación de los límites del dolo, depende a la vez un problema de la estructura del delito, que hoy ocupa el primer plano de los intereses.

I.—SOBRE EL METODO DE DELIMITACION.

En contraste con la discutida tesis de ENGISCH y GALLAS, de que la finalidad debe comprender todas las circunstancias fácticas, reconocidas

5. Engisch, Kohlrusch-Festschrift, pág. 155.

6. Gallas, Materiales para la Reforma del Derecho Penal I, pág. 128.

7. Gallas, ZStW 67, 42; subrayado.

8. Gallas, ZStW 67, pág. 43.

9. Gallas, ZStW 67, pág. 43.

10. ZStW 67, pág. 43.

11. Las consecuencias de esta constatación para la construcción del delito de comisión pueden apoyarse en ello.

12. Gallas, ZStW 67, pág. 41.

como posiblemente existentes o como susceptibles, von WEBER (13), WELZEL (14), MAURACH (15) y NIESE (16), siguen sosteniendo que el sentido final de la acción y la dolosidad (o intencionalidad) coinciden y, por eso, deben trazarse los límites de la voluntad de realización entre dolo eventual y culpa consciente, es decir, dentro de la esfera de las modalidades de la acción y consecuencias accesorias representadas como posibles.

Con eso, surge claramente la pregunta decisiva: ¿Hay criterios según los cuales pueda ser limitado, dentro de la esfera de las consecuencias y modalidades de la acción, representadas como posibles, lo que no es abarcado por la voluntad de realización? —Así parece ser planteada, en toda su magnitud, la vieja cuestión sobre la línea de bifurcación entre dolo y culpa—. Sin embargo, los augurios se han cambiado: sobre la base de la teoría finalista de la acción sólo son aplicables criterios ontológicamente concebibles. Pero también se plantea la cuestión dogmática, a consecuencia de que, con el desarrollo de la "teoría de la culpabilidad", el dolo es contraído del dolo malo al conocimiento y querer de la realización típica.

a). En primer lugar debe, pues, ser deducida una consecuencia negativa; todos los residuos del dolo malo deben eliminarse por completo. Por eso debe asentirse plenamente la concepción fundamental de GALLAS, de que todas las consideraciones que no atañen al sentido final de la acción, sino a la medida de su reprochabilidad, deben excluirse (17).

Esta selección negativa de los criterios sobre la delimitación del dolo necesita aún de una explicación más aproximada. Los restos del "dolo malo" los encontramos particularmente en dos direcciones que, sin duda, sólo rara vez se destacan nítidamente uno de otro:

1. El límite entre dolo eventual y culpa consciente es buscado a menudo en una valoración de resultados psíquicos. Este método manejado, como es sabido, por M. E. MAYER (18) y BOCKELMANN (19), juega un papel en muchas teorías, particularmente para las llamadas "emocionales" (20).

Para el problema aquí debatido, deben excluirse todas las valoraciones, porque la cuestión está ya ontológicamente planteada. Dogmáticamente, empero, tampoco prospera el recurso a una valoración como momento de diferenciación; este recurso, en verdad, implica por sí mismo un problema, el

13. Grundrib, pág. 64.

14. Strafrecht, 6. Ed., pág. 60; Das Neue Bild, pág. 4.

15. Lehrbuch I, p. 218 y sigs., 227.

16. Finalidad, Dolo y Culpa, pág. 9.

17. Gallas, ZStW 67, 43.

18. Allg. Teil, pág. 243.

19. Autoría y participación, pág. 24. Anm. 44.

20. Confróntese, a este respecto, Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, pág. 186 y sigs.; Grundrib, die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, pág. 62 y sigs.

de saber cuándo algo debe ser valorado "como dolo". Dogmáticamente, de lo que se trata es de la determinación de lo que el dolo es y, por eso, porque es dolo, supone un juicio de valoración.

2. El dolo malo aflora también cuando los criterios del dolo eventual son buscados en la manera de la relación psíquica con el resultado, pero, desde luego, entendiéndolo por "resultado" la lesión del bien jurídico; lo mismo sucede cuando la realización del tipo y la violación de un derecho son equiparados. Esta concepción domina casi por completo en las actuales teorías y fórmulas sobre la distinción entre dolo y culpa. Así, en la favorable tesis de ENGISCH, se encuentra señalado con toda claridad el "carácter específicamente culpable del dolo" como el "criterio esencial de la delimitación" (21). ENGISCH destaca, por una parte, la "falta de indiferencia frente a la lesión jurídica" (22) y, por otra, la "falta de una oposición frente a la lesión jurídica prevista" (23), y determina el dolo según el grado de "indiferencia" sobre la producción de un resultado antijurídico" (24).

Coincidiendo con este sentido, para ROBERT v. HIPPEL el "reproche", en los tres grupos de ámbitos del dolo, es como sigue: "La producción del resultado antijurídico fue para el autor más querida que la renuncia sobre su hecho, pues el egoísmo le ha inducido a ello para colocar sus fines por encima de la lesión del orden jurídico" (25). Conforme a eso, se da el dolo eventual "cuando la producción del resultado apetecido, junto con el resultado antijurídico representado como posible, fue para el autor más querida que la renuncia sobre su hecho" (26). Por eso, "la ponderación determinante a la decisión del autor", sólo puede rezar aquí diciendo: "Es, para mí, preferible el resultado deseado, junto con el antijurídico, a la actual situación" (27).

aa. Que con ello se alude a la conciencia de la antijuridicidad, es evidente. Sólo quien sepa o tenga por posible que la producción del resultado representa una lesión del bien jurídico, o que la realización de la acción es antijurídica, tiene que manifestar esta forma de relación psíquica. Ya BE-

21. NJW 55, 1689.

22. Vorsatz und Fahrlässigkeit, pág. 197.

23. Engisch, Dolo y Culpa, pág. 207 y sigs.

24. Engisch, Kohlbrausch-Festschrift, pág. 155, nota 52, subrayado por mí.

25. R. v. Der. Penal II, pág. 317, subrayado por mí.

26. R. v. Hippel, Der. Penal II, pág. 313, subrayado por mí.

27. R. v. Hippel, Der. Penal II, pág. 313; subrayado. El ejemplo de ambos importantes teóricos del dolo puede bastar aquí. Quien —como Schroder (Sauer-Festschrift, pág. 214)— parta de que "lo esencial del dolo no radica en el contenido de voluntad, sino en el elemento de representación del carácter prohibitivo del hecho", para él, la cuestión de los límites del dolo se desplaza, desde un principio, a la conciencia de la antijuridicidad. Así, ya Binding, Normen, II, pág. 807 y sigs.; Schuld, pág. 41. A este respecto, mi trabajo "Lebendiges und Totes in Binding Normentheorie", p. 31 y s. 202 y s.

LING advirtió certeramente (28), que: "La representación, como tal, de que uno a través de su conducta 'mata a un hombre' o 'daña una cosa ajena', etc., no está, en el sentido del orden jurídico, de ningún modo destinada para refrenar la conducta. Mediante tales representaciones por sí nadie necesita dejarse cohibir de la realización...". Con razón, ENGISCH (29) descubre en esto el conocimiento claro de la situación del problema".

Mientras la conciencia de la antijuridicidad sea concebida como parte integrante del dolo, esta vía para buscar los criterios de delimitación es metódicamente legítima. Pero es obstruida en el momento en que, con la moderna "teoría de la culpabilidad", es producida la bifurcación de la conciencia de la antijuridicidad respecto del dolo y entendiéndolo al dolo como saber y querer de la realización típica. Consecuentemente, cualquiera que sea la actitud del autor frente a la "lesión jurídica" o "menoscabo del bien jurídico", no puede tener entonces la más pequeña significación para el dolo.

bb). El recurso a elementos de la conciencia de la antijuridicidad es, dentro de la "teoría de la culpabilidad", no sólo teóricamente falso, sino que, en la práctica, tiene que conducir a dificultades insuperables. A la antiguamente intrincada problemática de la delimitación, se han unido nuevos casos en los que todos los criterios emocionales de delimitación, sin más ni más, pierden su significado. Antes, en los casos de error de prohibición, se intentaba llegar a delimitaciones prácticamente útiles con la ayuda del requisito de la "aprobación", del "consentimiento", de la "conformidad", de la "indiferencia" o de la "fórmula de Frank". Los ejemplos de concurrencia de error de prohibición y casos de límite del dolo, ciertamente no son demasiado frecuentes, pero sí característicos.

Un extranjero no conoce el límite de edad del art. 176, Ziff. 3 StGB (Código Penal), sino solamente el de 12 años de su país. El realiza actos deshonestos contra una joven, encontrándose en duda sobre si ella tiene 13 o 14 años. O bien: X lleva consigo 1,100 marcos al extranjero. El no sabe que la cantidad libre de divisas asciende sólo a 1,000 marcos, pero tampoco sabe con exactitud cuánto dinero tiene consigo; X sabe únicamente que serán 800 a 1,200 marcos. Se querrá preguntar aquí seriamente ¿si el autor "aprobó" o "tomó en cuenta" que la joven era menor de 14 años o que la suma de dinero pasase de 1,000 marcos? Es sensato preguntar si, sobre eso, ¿el "esperaba" o "confiaba" en que lo que sucedía era el caso contrario? Seguramente el autor habría podido decirse: "Puede ser así o de otro modo, en todo caso yo obro" (30). Pero, ¿por qué habría debido él decirse eso? Y si él se lo dijo, ¿qué significa eso aquí? Ciertamente, la "indiferencia" del autor frente a las circunstancias jurídicamente relevantes es aquí

28. Unschuld, Schuld und Schuldstufen (Inculpabilidad, Culpabilidad y Grados de Culpabilidad), pág. 33; subrayados por mí.

29. Vorsatz und Fahrlässigkeit (dolo y culpa), pág. 235.

30. Frank, StGB (Código Penal), 59, Anm. V.

evidente; pero, podría decirse de otro modo si X, puesto que no quiso exponer más dinero a los peligros del viaje, se entregó a la esperanza de que, entre el dinero de la cartera, suelto y de la bolsa de pecho, reuniría no más de 800 marcos? Lo mismo ocurre en los casos de duda sobre la causalidad: "A", no se deja desconcertar en sus pruebas de tiro, por un perro que se encuentra corriendo en las cercanías del blanco, porque cree que es permitido matar perros callejeros. Tal vez "A" espera no darle al perro, porque si no sería perdido inútilmente un tiro y en todo caso, "desaprueba" la correría del perro. Pero, no ¿"aceptó la posibilidad" de dar en el perro?, ¿no le fue ello "indiferente"? En verdad, una diferenciación a base de la "actitud" del autor, no tiene aquí sentido, por la falta de la conciencia de la antijuridicidad.

cc). Estos ejemplos no debían mostrar ya la dirección de la solución de nuestro problema, sino sólo aclarar los varios aspectos del mismo: si, con la doctrina hasta ahora dominante, se elige, como punto de referencia de la "aprobación", del "consentimiento", de la "conformidad" o de la "indiferencia", la relevancia jurídica de la circunstancia (el "menoscabo del bien jurídico", la "lesión jurídica", etc.), dudosa para el autor, entonces el error de prohibición —lo mismo el evitable que el inevitable— tiene siempre que conducir, con ello, a negar el dolo eventual y admitir la culpa consciente. Pues quien no sabe que la producción, para él dudosa, de un resultado es antijurídica, no consciente "positivamente" en una lesión jurídica; la medida de su "indiferencia" frente al bien jurídico protegido no se puede averiguar.

En general, aún antes de que pudiera ser examinado el error de prohibición sobre su evitabilidad, habría ya que negar el dolo. En los casos de error de prohibición podría haber sólo dolo directo, pero no dolo eventual; el error de prohibición —también el evitable— transformaría en "culpa consciente" a la total esfera fronteriza de los resultados representados como posibles pero no a los resultados deseados. Con eso, al menos parcialmente, la teoría de la culpabilidad sería sacada de quicios. Para la determinación del objeto de referencia del "consentimiento", etc., desde hace mucho se ha aceptado, explícita o tácitamente, de que existe la "conciencia de la antijuridicidad". Si se abandona esta premisa —y la teoría de la culpabilidad debe abandonarla, ya que la conciencia de la antijuridicidad no es parte integrante del dolo—, entonces aquel punto de referencia cae en el vacío; el autor que se encuentra en error de prohibición no sabe nada de la lesión jurídica que él podría "aprobar".

dd). Ahora, parece quedar abierta la salida: en vez de referir la "aprobación", etc., a los hechos mismos, dudosos para el autor, referirla a la lesión jurídica. Cualesquiera que sean las dificultades que esto trae aparejadas, lo han mostrado los anteriores ejemplos. Quien se encuentra en error de prohibición le falta, las más de las veces, el motivo para asumir una actitud, consintiendo o rechazando las modalidades de la acción o las consecuencias reconocidas como posibles. La forma como deba ser realizada la

"aprobación" de los hechos mismos (y no la de su desvaloración), permanece inaclorada. Que este cambio, en el punto de conexión de la "aprobación", no debería limitarse a los casos de error de prohibición, sino que tendría que ser elevado a principio de carácter general, es obvio. Con ello sería abandonado el verdadero sentido de todas estas teorías que permiten decidir la actitud del autor frente al orden jurídico.

Si la aprobación o indiferencia se refiere solamente a los hechos mismos, tampoco se evitaría, en caso de error de prohibición, caer en el extremo opuesto: en lugar de excluir siempre el dolo eventual —como arriba en cc.)—, el error de prohibición fundamentaría, las más de las veces, al dolo eventual y excluiría la culpa consciente. Pues, ¿por qué no debió ser "indiferente" para el autor, por qué no debió él "aprobar" —en caso de que se presentara— lo que consideraba como ajustado a Derecho? (31).

Mas, si la "aprobación", etc., no se refiere ya al atributo valorativo del estado de cosas para el autor dudoso, entonces el aprobar o desaprobar tendrá que depender de bases jurídicas completamente contingentes. La "aprobación" tendría que ser identificada con el "ser deseado" de la circunstancia dudosa. Que esto no puede ser así, es la opinión que prevalece (32). Pues entonces —prescindiendo de otras objeciones— el resultado accesorio, reconocido como de realización necesaria aunque indeseado, tendría consecuentemente que quedar fuera de consideración, —resultado que es insostenible—.

Con eso está probado lo que, tanto ontológicamente —desde el campo de la teoría de la acción finalist.— como también dogmáticamente —conforme a las premisas de la teoría de la culpabilidad— debe ser eliminado para la delimitación de la voluntad de realización: cualquier recurso a la conciencia de la ilicitud o particula de la misma, y cualquier valoración del proceso de motivación, debe ser evitado. De lo contrario, estaría justificada la objeción de Gallas, de que: "Tras la colocación del dolo eventual junto a la supuesta voluntariedad, y de la culpa consciente junto a la involuntariedad,

31. Aquí se puede objetar diciendo que es precisamente la consecuencia ordinaria del error de prohibición el que se produzca una acción que, de lo contrario, no habría sido realizada. Eso es, al menos para ambos casos, ciertamente exacto. Pero no modifica en nada el absurdo allí existente, para afirmar el dolo —objeto del juicio de antijuridicidad— mediante el error sobre la antijuridicidad: si X cree que la producción de una consecuencia accesoría, representada como posible, será garantizada por una causa de justificación, en realidad no existente, entonces "a causa de ese error" el resultado accesorio le será "indiferente", o incluso lo "aprobará". El será, pues, punible por hecho doloso en error evitable de prohibición. Mas, si X considera antijurídico su obrar, entonces puede, precisamente por eso, faltarle la "aprobación" del resultado o la "indiferencia" frente a él. Resultado: la culpa consciente es, en tal caso, por lo general punible. Estas fricciones pueden ciertamente evitarse, si la "aprobación", por su parte, se determina nuevamente según otros criterios. Pero esa es precisamente la cuestión que aquí debe responderse.

32. R. v. Hippel, Strafrecht II (Der. Penal, T. II), pág. 309 y sigs.; Mezger, Lehrbuch (Compendio.), pág. 345 y sigs.; Studienbuch I, pág. 165; v. Weber, Grundriss, pág. 64; Welzel, Das Neue Bild (El Nuevo Sistema en el Derecho Penal), pág. 4; Strafrecht, pág. 111; Maurach, Lehrbuch I, pág. 224; Dreher-Maaben, StGB, 59, Anm. I; BGHSt. 7, pág. 363 y sigs.

en el fondo lo que se trata es de una diferencia entre la valoración de la motivación y la valoración del ánimo del autor" (329).

b). Tras esta aclaración negativa debe colocarse una exigencia positiva: lo que se necesita es una doctrina del dolo que determine también los límites de éste, según la estructura y criterios del dolo, pero no una doctrina especial sobre el dolo eventual. Es decir, los criterios según los cuales debe trazarse el límite entre dolo y culpa, deben caracterizar no sólo al dolo eventual, sino que deben armonizar también con el dolo directo. Para esta exigencia basta la teoría de Engisch, pues la "medida de indiferencia" que determina al dolo, se encuentra no sólo en el dolo eventual sino también —extendida— en el dolo directo.

La teoría del consentimiento, en cambio, incurre aquí en dificultades, por lo menos cuando se cubre en el ropaje del "consentir positivo" y del "aprobar". Son, en realidad, "positivamente aprobadas" las consecuencias accesorias, reconocidas como de producción cierta, pero no deseadas? Si la pregunta se contesta afirmativamente, y con ello se eleva la "aprobación" a criterio general del dolo, la respuesta sólo se hará fundamentar diciendo que el autor, en cuanto que obra a pesar de la representación del resultado, ciertamente aprueba también la consecuencia. Entonces, debería sin duda ser contestada la pregunta de por qué este fin del obrar falla (o puede fallar) en cuanto a la aprobación, cuando el autor considera las consecuencias sólo como posibles. Si, por el contrario, se contesta negativamente a aquella pregunta, entonces habría que explicar por qué la "aprobación" es decisiva en el dolo eventual y, en cambio, no en el dolo directo.

Las dificultades de la teoría de la probabilidad son aún mayores bajo este punto de vista: también la producción de la consecuencia considerada como no probable puede ser deseada. Si no se quiere negar el dolo en este caso, entonces la representación de la probabilidad no puede ser ninguna característica general del dolo. La teoría de la probabilidad es, pues, desde un principio, sólo una teoría del dolo eventual.

Una reflexión análoga existe frente al atendible intento de Schmidhauser, consistente en determinar, de modo indirecto y mediante la fijación de los criterios de la culpa consciente, también la frontera del dolo (33). Por una parte, el límite del dolo no es desarrollado por fuera de la estructura del hecho doloso. Por otra, de una restricción de la culpa no se arriba necesariamente a una correspondiente extensión del concepto de dolo, tampoco en el ámbito del "considerar —como— posible". Al contrario, el acudir a la culpa presupone, precisamente, que no se presenta ningún dolo (referido al mismo resultado) (33a).

32^a. Gallas ZStW., 67, 43.

33. Schmidhauser, GA., 1957, pág. 305 y sigs., especialmente pág. 310 y sigs.

33^a. Pero no solamente existen reflexiones contra la vía de solución. Schmidhauser llega a la conclusión de que "dolosidad y culpa deben ser distinguidos, también en la esfera de delimitación, plenamente como 'conocimiento' y 'no conocimien-

II.—LA AUTODELIMITACION DE LA VOLUNTAD DE REALIZACION.

a). Debe partirse, al respecto, de que la "voluntad de realización" puede extenderse a todas las consecuencias y modalidades del obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su producción o de su presencia. El presentar aquí lo que el autor "no quiere", a pesar de que obra y toma en cuenta la posibilidad de la existencia o de la realización de las circunstancias, tendría que conducir nuevamente a la equiparación de "querer" y "desear", en la medida que la posición de Engisch y Gallas —respecto de la extensión del nexo final— sea inatacable.

Pero si la pregunta se plantea a la inversa, por si acaso la voluntad del autor fue enderezada para no dejar producir, o más bien para impedir, la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible. Pues la voluntad de realización no puede ser dirigida, por una parte, a dejar producir el resultado reconocido como posible, y, por otra, sin embargo, también a evitar precisamente ese resultado, mediante la forma del obrar. Por tanto, la voluntad de realización encuentra su límite en la voluntad de realización.

b). Eso se deduce necesariamente del desarrollo de la dirección final (34): a la anticipación del fin perseguido sigue la elección de los medios que pueden producir ese objetivo. El que planea elegirá en primer lugar, y a partir del fin que ya está determinado, aquellos factores causales que le parecen más adecuados, es decir, que son más fáciles de poner en marcha. Si el autor está consciente de que los medios mismos le son indeseados o de que la aplicación del medio conduce a una consecuencia accesoria que no le es deseada, puede hacer uso de otros medios (35).

I. Si esto sucede, entonces la "acción, dirigida a la consecución del

to, y que al dolo eventual no pertenece más que la simple previsión de la posibilidad concreta del resultado" (GA. 57. pág. 312 y sigs.). Esta solución, "en el sentido de la teoría de la representación", o viene a ser lo que "el dolo en caso de duda" de Binding, con lo que se llega a una determinación del dolo como conciencia del injusto en el sentido de la llamada "teoría del dolo"; confóntese arriba con nota 27; o bien, en el concepto de Schmidhauser, debe entenderse al dolo como dolo del hecho en el marco de la "teoría de la culpabilidad"; entonces ese concepto del dolo coincidiría con la estructura final, como lo comprende Gallas, esto es, abarcando la esfera total de lo representado como posible. En lo subsiguiente, se atenderá a eso. Por lo demás, no puedo seguir a Schmidhauser de que con su concepción es comprendido aquel estado de cosas que nosotros, por regla general —aunque hasta ahora no reconocido— cuidamos de presuponer para la culpa consciente" (GA, 57. 313). En la Jurisprudencia y en la Ciencia, hasta ahora, tampoco se ha entendido como "culpa consciente" al caso de negación "de la peligrosidad concreta" "a pesar del conocimiento del peligro abstracto", sino al caso en que el autor reconoce la posibilidad concreta del resultado. Para coger sólo un ejemplo muy debatido: puede existir una duda, en el caso Lacmann, de que el autor posee la conciencia de la "peligrosidad concreta" de su obrar? —Sin embargo, muchas veces se ha aceptado aquí culpa consciente y, en todo caso, no por eso ha sido afirmado ya el dolo, porque existiera "la previsión de la posibilidad concreta del resultado". Compárese abajo y en nota 45.

34. Cfr. Welzel, Das Neue Bild, pág. 4.

35. En caso de que éstos estén a la disposición.

fin, es enderezada al mismo tiempo a la evitación de resultados accesorios indeseados" (35). Aquí hay que distinguir dos supuestos:

aa). Si el autor cree erróneamente que la conducta dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria alcanzará con seguridad ese fin, la voluntad de realización, entonces, no puede ya comprender la producción de la consecuencia accesoria, porque se yerra en los componentes intelectuales de la voluntad de realización.

bb). Pero también cuando el autor permanece en la duda sobre si su precaución bastará para la evitación del resultado accesorio, cuando él, tanto antes como después, cuenta con la posibilidad de producción del resultado, no se modifica en nada el que su voluntad final de realización sea dirigida precisamente a la evitación de las consecuencias accesorias y se hayan puesto medios para la consecución de ese fin. Pues —como advierte v. Weber (37)— el dolo se separa "cuando el autor reconoció ciertamente la posibilidad de producción del resultado, pero emprendió la acción en la confianza de que podría evitarlo". La "voluntad de evitación" excluye de plano la aceptación de una "voluntad de producción", si n duda, sólo cuando se trata de una voluntad eficaz, es decir, cuando se ha realizado realmente la puesta de los contrafactores para la evitación del resultado accesorio; acertadamente define FINGER: "Si el autor tiene como posible o probable (criterio problemático) la producción de su resultado, entonces dicho resultado es tenido por intencional para evitar ese resultado previsto al mismo tiempo como posible (dolo eventual)" (38). Un "querer evitar" en el sentido del simple desear, tampoco es aquí relevante.

2. Pues en el último caso se presentaría ya un supuesto (el tercero) totalmente distinto; si, por más que el autor reconoce la posibilidad de la producción de un resultado accesorio no corrige su selección de los medios, no dirige, por tanto, el curso de la acción a la evitación de la consecuencia accesoria. Esta no realización de un cambio de dirección para la evitación de los resultados accesorios puede obedecer a tres motivos: o bien, se trata de una distinta configuración de la acción, por lo general imposible (pero el fin de la acción es al autor muy importante para abandonarlo, con el objeto de evitar el resultado accesorio), o, la realización necesaria para la modificación de la elección de los medios es demasiado gravosa para el autor, o, cional o dolosamente querido si el autor obra precisamente por obtener ese resultado, o, si emprende su acción en atención a otro resultado, pero no hace

en fin, la producción de las posibles consecuencias accesorias es indiferente para el autor (39). Sin consideración a los "motivos diferenciadores", el efecto sobre la voluntad final de realización es aquí siempre el mismo; la representación de las consecuencias accesorias conduce a "la admisión de dichas consecuencias accesorias en la voluntad de realización como parte integrante del resultado total que debe ser realizado para la consecución del fin" (40). Aquí —nuevamente con las palabras de Welzel— "es incluido, en la voluntad de realización un resultado indiferente o totalmente indeseado para el autor, porque, y en cuanto que, sólo juntamente con el resultado accesorio puede el autor alcanzar el fin" (41).

c). Un ejemplo puede aclarar lo manifestado: un jardinero quiere desherbar la maleza de un vivero de flores. Puesto que su azada es ancha y la distancia entre las matas de las flores pequeña, reconoce el peligro de lesionar, con el deshierbe, las sensibles matas. Si, ahora, da las azadas despreocupadamente, entonces admite el daño de las matas en su voluntad de realización. De otra manera, si él se esfuerza en conducir su instrumento de modo que es evitada la lesión, entonces su voluntad de realización está dirigida precisamente para proteger las flores, mas no comprende lo contrario, o sea, la posible lesión.

En ambos casos no se trata de que el jardinero, más o menos, se haya dicho: "sería una lástima si yo estropeará las hermosas flores", o "no importa que las viejas matas deban ser arrancadas, sin más ni más, si yo troncho algunas". Hasta qué punto se extiende aquí la voluntad de realización, si por encima del fin deseado —eliminación de las malas hierbas— comprende también, por otra parte, el daño de las matas de flores, representadas como posibles, depende sólo de lo que el jardinero se propone hacer y hace: si pone atención y "dirige" —o no— su instrumento para evitar el resultado accesorio.

Al mismo tiempo, se precisa en este ejemplo de que, de ese modo, el deslinde de la voluntad de realización no se hace depender del "ánimo", de la "actitud", y ni siquiera sólo de la "representación del autor", sino de un criterio objetivo, pues la voluntad de realización, que se fija como fin la evitación del resultado accesorio, y con ello excluye la producción de dicho resultado como contenido posible de la voluntad de realización, debe ser una voluntad dirigente que se manifieste en el acontecer externo.

Por eso, el siguiente ejemplo de Welzel no puede convencerme (42): "Un mozo ha causado un incendio por haber entrado al pajar con un cigarro prendido, siendo consciente de la peligrosidad de su acción. Si él hubo confiado de que no surgiría incendio, entonces obró con culpa (consciente). Si,

36. Welzel, Das Neue Bild, pág. 4; Resaltado allí.

37. Grundriss, pág. 64; subrayado por mí.

38. Finger, Deutsches Strafrecht I, pág. 259; subrayado por mí. Tras esta acertada insistencia de la "voluntad de evitación", agrega Finger la metódica y característica frase: "El dolo, en el sentido arriba descrito, es jurídicamente incoloro, y se hace jurídicamente relevante a través de su contenido, refiriéndose a una actuación permitida o prohibida" (Deutsches Strafrecht I, pág. 260). Más tarde Finger ha variado su pensamiento; cfr. Strafrecht 1932 (de Stammler), pág. 506 y sigs.

39. Con lo que los motivos de esta "indiferencia" del autor carecen de significación para el enjuiciamiento de la estructura de su hecho.

40. Welzel, Das Neue Bild, pág. 4.

41. Das Neue Bild, pág. 4.

42. Strafrecht, 5. Aufl. pág. 57.

en cambio, estaba de acuerdo con la posible consecuencia (por ejemplo, por que se había enemistado con el patrón), entonces produjo el incendio con dolo eventual". Me parece que la solución aquí se hace depender de la indiferencia del autor frente a la lesión del bien jurídico. Si ambos casos, lo mismo la representación de la peligrosidad como la configuración de la acción, son exactamente similares, entonces a mi modo de ver, no pueden ser resueltos de modo distinto. Eso se muestra con más claridad aún en la siguiente conjugación: "El lunes por la noche sube el mozo al pajar y procura no poner en contacto el cigarro prendido con el heno y no dejar caer ninguna ceniza, empero permanece consciente de la peligrosidad. En la noche del martes, después de que el mozo se había disgustado con el amo, ocurre exactamente lo mismo: sólo que el mozo se imagina: "si algo pasa, lo tiene bien merecido". En ambos casos "confía" el mozo en que no estallará ningún fuego, o, más exactamente: él confía en su habilidad para evitar la producción de un incendio. El que su actitud sentimental se haya cambiado hacia las consecuencias accesorias representadas como posibles, es, a mi modo de ver, irrelevante; tampoco en el segundo caso existe dolo y, por tanto, ningún incendio en grado de tentativa. Por el contrario: si el mozo arroja la colilla prendida hacia la era y está consciente del peligro, pero no intenta nada para hacerle frente a dicho peligro, entonces obra con dolo eventual respecto a un incendio. El que él esperase que no surgiría fuego alguno, no puede cambiar nada en ello⁽⁴³⁾.

d). Una voluntad de realización más eficaz, con relación a la evitación de las consecuencias accesorias, existe sólo si el autor concede a la puesta de su dirección y a su propia habilidad una posibilidad real de evitar el resultado. Según esto, en el caso Lacmann, de la señorita de la barraca de tiro, Mezger⁽⁴⁴⁾ y Welzel distinguen con razón: "Si el autor creyó evitar el resultado mediante su "poder", entonces obró culposamente; si, en cambio, lo abandonó a su suerte, es decir, al azar, entonces obró dolosamente"⁽⁴⁵⁾.

El autor, por supuesto, en su dirección final para la evitación de una consecuencia accesoria, puede valerse de otra persona, ya sea de un "instrumento", de un "cómplice" o de un "coautor".

Que la voluntad de realización, dirigida en un principio tanto a la consecución del fin como a la evitación de la consecuencia accesoria, puede

cambiar durante el curso de la acción —y entonces ser admitida, en la voluntad de realización, la consecuencia accesoria representada como posible—, lo ha puesto de manifiesto Welzel⁽⁴⁶⁾ en el ejemplo del BGHSt. 7,363.

e). Con ello está perfilado el principio conforme al cual se delimita el nexo final dentro del ámbito de las posibilidades representadas por el autor. El razonamiento ha sido desarrollado a partir de la teoría de la acción misma: es obtenido de la contemplación del curso y naturaleza de la dirección final. La existencia de esta frontera desmiente la afirmación de Engisch y Gallas, de que la finalidad —si no se la limitase a la aspiración de un objetivo— necesariamente debía abarcar a toda la esfera de las circunstancias de la acción tomadas en cuenta como posibles. Esta tesis se muestra errónea, debido a que hay casos en que el curso de la acción es dirigido, ni más ni menos, finalmente, de modo que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible.

La voluntad de realización lleva, pues, en sí misma, su limitación. No es necesario ningún criterio valorativo proveniente de fuera para delimitarla y, con ello, delimitar el nexo final; tampoco es necesario un recurso al ánimo, que sólo puede ser comprendido como actitud jurídica o antijurídica ante el hecho. Si la voluntad de realización se contempla en su ámbito total, entonces resultará claramente que ella misma puede ser dirigida, a la vez, a la realización de otros fines, y que, por eso, no sólo puede ser aspirada la consecución de un fin deseado, sino también, al mismo tiempo, la evitación de un resultado accesorio.

f). De este modo se alcanza a la vez una "objetivación del límite del dolo"; pues la "confianza" de poder evitar un resultado es voluntad de realización, y, por tanto, excluye el dolo, sólo si mediante la forma de elección de los medios y de la dirección se hace patente en el curso de la acción misma. La supuestamente "subjetivista" doctrina finalista de la acción conduce, pues, a la objetivación de una delimitación que la doctrina dominante ni siquiera hizo depender de la representación del autor, sino de sus sentimientos, motivos, actitudes y aprobaciones. Esa diferenciación basada en consideraciones ético-sentimentales no puede ofrecer contornos claros al "hecho doloso". De ello no puede depender lo que es "acción final", "voluntad de realización" o "hecho doloso". El hecho doloso no es excluido por medio de "esperanzas", de cuyo engaño toma en cuenta el autor, ni mediante una "desaprobación" que no impide al autor en su obrar, ni por una "confianza" sobre el feliz resultado, para cuya justificación, el mismo autor nada hace. Por el contrario, las formulaciones positivas de la "teoría de la aprobación" —"correr el riesgo", "consentir", "aprobar"— pueden muy bien po-

sualidad y consideraron la muerte como probable, entonces cae sobre ellos la carga de la muerte dolosa" (Mezger, Lehrbuch, pág. 347; subrayado allí). Esta solución me parece completamente suficiente, si se considera lo hasta ahora ventilado; el que aquí surgirán dificultades para averiguar el cuadro de representación del autor, es una cuestión distinta que ninguna teoría puede evitar.

44. Das Neue Bild, pág. 4; Strafrecht, 6. Ed., pág. 29 y sigs.

43. Otros ejemplos ofrece Mezger, quien —al igual que Welzel y v. Weber— comparte en lo esencial la concepción aquí defendida (Mezger, Lehrbuch, pág. 345 y sigs.; Studienbuch I, p. 166).

44. Lehrbuch, pág. 348.

45. Welzel, Strafrecht, 6. Ed., pág. 62. Completamente semejante es el ejemplo de LOFFLER de los pordioseros rusos, quienes han mutilado a niños para sus fines mendicantes, la mayoría de los cuales perecieron; sin embargo, ellos repiten su acción y de nuevo muere un niño. Hellmuth Mayer (Strafrecht, pág. 253) objeta contra la solución que Mezger da a este ejemplo, de que la simple esperanza sea privilegiada. Mezger, entre tanto, distingue ampliamente el caso: "Si ellos han matado dolosamente, depende de las circunstancias más próximas: si tuvieron por segura la muerte de un niño, entonces se da el dolo como algo sobreentendido; si esperaron evitar el resultado mediante la forma de su intervención, entonces han obrado sólo culposamente; si abandonaron todo a la ca-

nerse en consonancia con el pensamiento aquí defendido. Así, v. Weber y Mezger, y en parte también Welzel, derivan de la teoría del consentimiento el reconocimiento de la idea de que la voluntad de realización dirigida a la evitación excluye el dolo. Gracias a la flexibilidad de esta teoría y de sus fórmulas, ello no ofrece dificultades lingüísticas. Sin embargo, la idea de la aprobación proviene de un mundo distinto; ella reconduce, en definitiva, a consideraciones ético-sentimentales y, por ello, no puede contribuir en nada a la comprensión de la estructura de la acción, para la delimitación del "hecho doloso".

g). Pero, en tanto la expuesta limitación de la voluntad de realización no se manifieste fuera de sí misma, ENGISCH y GALLAS permanecen en lo cierto. Si el curso de la acción no es dirigido a la evitación del resultado accesorio, tenido en cuenta como de producción posible, la voluntad de realización abarca la realización del resultado total, tanto del objetivo principal como también de la consecuencia accesoria (47). Aquí falta una voluntad final de evitación.

Esto es aplicable también para los casos en que, desde un principio, se excluye una supraconfiguración de la dirección final a la evitación de lo representado como posible. Se trata, sobre todo, de cualidades del objeto del hecho y de modalidades de la acción. Mezger ha puesto acertadamente de manifiesto la particularidad de este grupo de casos (48). Si el autor considera aquí "al resultado posible como independiente de su voluntad, entonces lo ha querido en cuanto que lo tiene por probable, es decir: cuenta con la posibilidad de su producción" (49). "El autor, por regla general, considera como independiente de su voluntad las circunstancias fácticas que ya existen con anterioridad a su obrar, es decir, que están ya presentes, y que él, según se imagina, no las puede cambiar en absoluto" (50). En efecto, si el autor obra en la duda sobre la ajenidad de la cosa confiscable, la edad de su vícti-

47. Cfr. Welzel, *Das Neue Bild*, pág. 4.

48. *Lehrbuch*, pág. 345, sigs., cfr. *Studienbuch I*, 7. Ed., pág. 166. El otro grupo de casos fue arriba discutido; "el autor considera al resultado posible como dependiente de su voluntad". Mezger llega aquí también (partiendo de la base de la teoría del consentimiento) al resultado de que la "voluntad de evitación" excluye el dolo. El que en este grupo se trate de "casos poco frecuentes", no debe concederse a H. Mayer (*Strafrecht*, pág. 253); al contrario, me parece que estos casos de "duda sobre la causalidad" preponderan. Muy próximo a la concepción de Mezger, y con ello del texto, está también Eberhard Schmidt; cfr. v. Liszt-Schmidt, 26. Ed., pág. 261 y pág. 262, Nota 15.

49. Mezger, *Lehrbuch*, pág. 346. Recientemente, Mezger (*Studienbuch I*, p. 164 y sigs.; *LK. I*, 8. Ed.; artículo 59, Anm. II, 20) no contrapone más ambos grupos de casos con la misma severidad que en su *Lehrbuch*; sin embargo, la distinción en la solución de los casos particulares se hace fructífera, lo mismo ahora que antes. Sólo la "probabilidad" es considerada como base del "consentimiento positivo": si el cazador, que dispara al corzo, del que no sabe si se encuentra de éste o del otro lado del límite de su cazerero, lesiona dolosamente el derecho ajeno de caza, dependerá, en general, del grado de probabilidad con el que se represente lo uno o lo otro, pues según esto se juzga, por regla general, si él quiere aceptar o evitar tal lesión" (*Studienbuch I*, pág. 165).

50. Mezger, *Lehrbuch*, pág. 346.

ma, por ejemplo, o toma en cuenta de que el ciervo que quiere matar se encuentra más allá de sus linderos, entonces ninguna "esperanza" en el "no-ser" así" puede excluir la voluntad de realización; tampoco es necesaria una aprobación positiva de las circunstancias tomadas en cuenta como posibles (51). A tales reliquias del dolo malo no pueden vincularse ni la teoría de la acción ni la dogmática del dolo exonerada de la conciencia de la antijuricidad. Por ello, Welzel considera, con razón, suficiente para el dolo de la seducción, "que el autor que quiera seducir a la muchacha al acto carnal, cuente con la posibilidad de que ella es honesta y menor de 16 años. Sólo la aceptación positiva de la mala reputación y de una edad superior, excluye el dolo" (52).

h). Sólo queda aclarar de qué clase tiene que ser la duda, para imputar una circunstancia al dolo. La respuesta a esta pregunta, según la densidad de las representaciones necesarias, sólo puede ser aquí indicada; basta un bosquejo, tanto más cuanto que este problema se plantea para cualquier doctrina del dolo.

De antemano se excluyen aquellas dudas que han sido ya suplantadas, ya sea por una reflexión objetiva o ya por un inocente autoengaño; pues aquí falta ya el presupuesto más necesario de la voluntad de realización, a saber, la existencia real de representación de que una circunstancia es posible o de que posiblemente se produce. Pero, por lo demás, tampoco puede bastar cualquier "duda ligera" para admitir el dolo. Eso contradiría a la inteligencia pragmática de que, a consecuencia de la limitación del saber humano, las representaciones ciertas, "indubitables", casi nunca son posibles (53). Si la duda no es aún seria, entonces no existe aun dolo eventual; si ha pasado ya de ser seria, entonces aquí no hay dolo eventual, sino dolo directo. Aquí la idea de la probabilidad alcanza una razón relativa, en caso de que se defina, con Mezger (54), el "tener —por— probable" como "contar con la posibilidad de la producción" (55). Engisch (56) circunscribe con más precisión

51. Cfr., la certera crítica a la teoría de la aprobación hecha por Hellmuth Mayer, *Strafrecht* (1953), pág. 251 y sigs.; véase también Schmidhauser, *G.A.*, 1957, 308.

52. Welzel, *Strafrecht*, 6. Ed., pág. 357; resaltado allí. El que sólo la hipótesis positiva de la edad más alta excluye el dolo, es también la opinión de v. Weber (Mezger-Festschrift, pág. 185). Si v. Weber es ciertamente de la opinión de que no es necesaria la conciencia de la falta de una mayor edad, entonces sólo puedo concordar con la retracción de que, por lo menos, debe existir la duda sobre la existencia de la característica; de lo contrario (se) falta en los componentes intelectuales del dolo. La divergencia se reduce al problema de las "circunstancias negativas del hecho", que aquí no debe discutirse.

53. Cfr. Engisch, *NJW*, 55, 1689: "Para los juristas, prácticamente los grados superiores de probabilidad equivalen a la certeza". Cfr., también Mezger, *Studienbuch I*, pág. 164; *LK. I*, 8. Ed., pág. 516.

54. *Lehrbuch*, pág. 346.

55. Más restrictiva es la definición de H. Mayer, *Strafrecht*, pág. 251: "La probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad prevalente".

56. *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 220.

el grado de representación que puede ser relevante para el dolo eventual. "No basta cualquier posibilidad, discrecionalmente representada, de la realización típica", sino que tiene que ser realizado psicológicamente "un juicio objetivo de adecuación".

III.—CONSECUENCIAS PARA LA DOGMÁTICA DEL DOLO.

Con esto queda trazado el límite de la voluntad de realización: todas las circunstancias, que el autor toma en cuenta como factibles o posiblemente realizables, son abarcadas por su dolo, a no ser que su voluntad de realización esté dirigida precisamente a evitar una consecuencia accesoria reconocida como posiblemente producible. De esta manera es obviado el "pequeño error" lamentado por Gallas, pues la finalidad no comprende la esfera total de lo representado como posible, sino sólo un sector parcial, a causa del límite que la voluntad de realización lleva en sí misma. No existe, por eso, ningún motivo para abandonar la identidad entre finalidad y dolo, y de relegar al dolo en un "tipo de culpabilidad" con la consecuencia de que sólo allí podría ser trazado el límite entre dolo y culpa consciente.

Mientras el límite del dolo es reducido a la estructura de la dirección final y, con ello, al curso de la acción, se alcanza, además de la objetivación, todavía algo más: de la diferenciación gradual, puramente cuantitativa, entre dolo y culpa, como —confesadamente o no— actualmente predomina, se llega a una separación esencial de dos clases fundamentalmente distintas de injusto. La vestimenta en que la llamada "teoría positiva del consentimiento" ha envuelto sus principios de delimitación, tampoco puede engañar sobre el hecho de que, conforme a ella, en realidad no puede ser trazada una línea de delimitación cualitativa, sino tan sólo una cuantitativa, entre dolo eventual y culpa consciente. Solo consideraciones difíciles sobre diferencias sutiles de la actitud o del sentimiento conducen a una respuesta teórica de la cuestión. Un pequeño desplazamiento a izquierda o derecha y el dolo se transformará en culpa, o a la inversa. Que la praxis de los tribunales inferiores no ha trabajado seriamente con la teoría de la "aprobación", es conocido; se conformó con un juicio sano y una fórmula empírica del "consentimiento" y se confió, por lo demás, en la seguridad de revisión de los fundamentos de la sentencia. ¿Cómo podría, también, adherirse la lapidaria distinción entre una muerte dolosa y la causación culposa de una muerte a pequeñas consideraciones emocionales? ¿Se transformará la culpa en dolo si el ciclista, que se percató cabalmente que por su ligereza, está a punto de alcanzar a un peatón, al mismo tiempo que divisa a su competidor, se dice: "si lo atropello, no hay mucho que lamentar"?

El que para la doctrina dominante se trate en verdad de una delimitación puramente cuantitativa, lo ha puesto de manifiesto claramente Engisch; él parte, en su minucioso análisis, de la premisa de que: "dolo y culpa tienen la función esencial de someter el hecho inequívoco, respecto a su tipicidad, y en consideración a los diferentes grados de reprochabilidad, a mar-

cos distintos de pena" (57). Consecuentemente, Engisch llega al resultado de que "una distinción entre dolo y culpa consciente sólo puede encontrarse en un grado distinto de indiferencia" (58). Con todo y que las deducciones de Engisch son en sí bastante convincentes, la premisa misma no es ya compatible con la "teoría de la culpabilidad". Además, deberíamos realmente tener una Ley tan mala que, para distinciones sutiles de grado de la reprochabilidad prevea marcos de pena fuertemente diferenciables? (59). A mí me parece, más bien, que es precisamente la Ley la que da motivo a descubrir la distinción decisiva ya en la "imagen del hecho", es decir, en la tipicidad y en la antijuridicidad.

El sistema de la doctrina finalista de la acción tiene en cuenta la profunda diferencia que existe entre el dolo y la culpa ya en la configuración de los tipos. Aquí no hay lugar para transiciones fluctuantes. En el traslado del dolo del tercer piso (de la reprochabilidad) al primero (a la tipicidad), el mobiliario de la teoría de la aprobación debe permanecer en el piso superior; no es útil para la delimitación del tipo del delito doloso respecto de los tipos culposos. Con razón, Gallas hace destacar que la separación de toda consideración valorativa emocional corresponde al sentido de los tipos de prohibición (60). Prohibida, en el sentido del desvalor de la acción, es una conducta con la que se aspira el resultado delictivo, pero también lo es una conducta en la conciencia de que el resultado delictivo está necesaria o posiblemente unido a ella. Sólo hay que añadir la limitación ya tratada: si la voluntad de realización se dirige precisamente a la evitación del "resultado delictivo", entonces el dolo se excluye y el tipo prohibido no se cumple.

De este modo, el dolo, como voluntad de realización, recibe su contenido y su límite desde sí mismo, de su posición en la estructura de la acción. No necesita de una valoración del ánimo que lo acompaña. La ética sentimental, a la que recurren las teorías emocionales, no constituye ni siquiera el principio decisivo para la fundamentación de la reprochabilidad, mucho menos que ella decida sobre el cumplimiento del tipo prohibitivo.

Tras estas observaciones al sistema de la doctrina de la acción finalista queda, sin embargo, una vez más expresamente destacado que la severidad de las consideraciones aquí hechas no se limita a este sistema. Ella afecta, ante todo, a cada concepción que separa el dolo, como saber y querer de la realización típica, de la conciencia de la antijuridicidad. Una reconsideración a la problemática de la limitación, empero, sería de plano rotunda

57. Engisch, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 58; cfr. pág. 27 y sgs.

58. *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 233.

59. Además, podría depender de distinciones sutiles de grado de reprochabilidad el si debe ser penado por asesinato (*Mord*) o por muerte dolosa (*Totschlag*). Así, si "A" abate al policía que está a punto de dar con el escondite del robo. Más difícil sería si se tratara sólo de asesinato en grado de tentativa.

60. Gallas, *ZStW.* 67, 42.

para la moderna "teoría de la culpabilidad", pues con ella se desquicia la delimitación mencionada en base a teorías emocionales, como arriba ha sido demostrado (61).

IV.—LA DUDA SOBRE LA ANTJURIDICIDAD.

¿Han sido las doctrinas emocionales trazadas de antemano —como la investigación lo ha mostrado— para expresar una distinta gravedad del contenido de la culpabilidad?; por otra parte, ¿están ellas referidas a la actitud frente a la "lesión del bien jurídico" o frente a la "lesión jurídica" a secas y, por tanto, frente a la antijuridicidad de la acción?; ¿Poseen aún significación, en ese sentido propio de ellas, también en el sistema del finalismo y de la teoría de la culpabilidad?

La teoría de la aprobación o de la indiferencia sugiere dar la solución de una cuestión que parece semejar a aquella del dolo eventual: se trata de los casos en los que el autor tiene por posible que su actuar es antijurídico. Aquí hay que partir, en primer lugar, del principio de que "la duda sobre el deber tiene que ser resuelta, por el que duda, a favor del deber" (62). Si el autor cuenta con que su conducta es antijurídica, entonces su responsabilidad por el injusto cometido está fuera de duda (63).

Pero con ello no se ha dicho aún qué grado de reprochabilidad corresponde al autor que se encuentra en duda sobre la antijuridicidad. La duda sobre la existencia del deber jurídico no puede permanecer completamente desatendido; pues quien posee la certeza, no afectado por la duda, sobre la antijuridicidad de su conducta, le es "más fácil", bajo este aspecto, de continuar el cumplimiento del deber, que aquél que sólo cuenta con la posibilidad de su existencia (64). Por otra parte, sería injustificado tratar, sin más, con más suavidad la duda sobre el injusto, que el conocimiento de la antijuridicidad; porque el que la duda haya quedado, por lo general, subsistente, puede estribar en que el autor no se haya esforzado en absoluto de aclarar

61. Acaso la Teoría de la Probabilidad puede ofrecer una vía de solución libre de la valoración cuantitativa del ánimo. H. Mayer se ha puesto recientemente a favor de ella con energía (Strafrecht, pág. 250 y sigs.). Pero, por muy eficaz que sea la crítica de Mayer a la teoría de la aprobación contra la idea de la probabilidad, como principio general de la estructura del dolo, debe hacerse la misma objeción que contra la determinación del nexo final de Gallas: permanece sin ser atendido que la voluntad de realización puede también dirigirse precisamente a evitar las consecuencias secundarias reconocidas como posibles o probables, a través de la clase de dirección del curso de la acción. El conductor que conscientemente osa realizar una maniobra peligrosa de rebasamiento, no obra con "dolo de muerte"; él no es punible por homicidio en grado de tentativa o por homicidio consumado, si él no ha tenido la producción de una muerte por "preponderantemente probable". El pone todo su "poder de conducir" precisamente para evitar este resultado.

62. Kaufmann, Normentheorie, pág. 221.

63. Welzel, JZ. 53, 267; Das Neue Bild, p. 64; Kohlrusch-Lange, StGB., artículo 59, Anm. II, 2h; BGHSt. 4, 4; BGH oei LM. N° 6 al artículo 59 StGB.

64. Kaufmann, Normentheorie, pág. 221.

la duda, o en que la antijuridicidad o legitimidad de su conducta fueron "indiferentes" para él. En todo caso, la pregunta debe ser contestada, teniendo en cuenta el margen legal de la pena de los arts. 51 II/44 StGB, de si el mero contar con la posibilidad de la antijuridicidad debe ser tratado tan suavemente como el error evitable de prohibición.

El BGH (Tribunal Supremo Federal) ha acuñado el principio siguiente: "Quien tiene la representación, posiblemente de obrar injustamente, y acoge esa posibilidad en su voluntad, tiene la conciencia de la antijuridicidad" (65). A esto se adhiere expresamente Lange (66). Análogamente, Welzel (67) formula: si el autor "cuenta con la posibilidad de una conducta antijurídica y, en todo caso, quiere cometer el hecho, obra con conciencia del injusto". Estos virajes parecen estar orientados, en la llamada teoría positiva del consentimiento, tal como fueron desarrollados para el dolo eventual. Y, en efecto, la aplicación de la idea de la aprobación es aquí, en la esfera de la reprochabilidad, metódicamente legítima. Pues aquí hay cabida para graduaciones; el reproche de culpabilidad es cuantificable (68). El margen unitario de pena, que solamente puede ser ensanchado hacia abajo, permite aquí la consideración de todos los factores; un "salto", como se da entre los límites de la pena del delito doloso y del delito culposo, o entre el hecho doloso punible y la culpa no punible, no es aplicable. La cuestión sobre el "ánimo" del autor es aquí también legítima; la actitud del autor frente a la "lesión del bien jurídico" o frente a la "antijuridicidad" no sólo puede, sino, y sobre todo, tiene que ser aquí formulada y contestada; pues esa actitud del autor es codeterminante para la medida de la reprochabilidad y, con ello, para la aplicación de la pena. De este modo, pues, las teorías emocionales, desarrolladas para la delimitación del dolo eventual, sostienen su relativo derecho en el marco del reproche de culpabilidad. Aquí encuentran, por tanto, —aislado del dolo y, con ello, en completa claridad—, el punto de referencia (o eslabón relacionante) al que pueden exclusivamente anudarse: la duda sobre la "lesión jurídica". Si se reconducen estas consideraciones a su significación más profunda, entonces se muestra que dentro de los límites —trazados en forma rotunda por la ética de la responsabilidad— que atañen a la fundamentación de la reprochabilidad, merecen absoluta consideración los momentos ético-emocionales, precisamente para la medida del reproche de culpabilidad.

Sin duda, con todo esto, no se ha dicho aún qué teoría debe seguirse para la graduación de la reprochabilidad —bajo el aspecto explicado—. Sin duda, las antiguas controversias sobre la estructura de estas teorías pierden considerable peso por el marco en que ellas son ahora colocadas. Ellas ya no

65. BGH. en LM. N° 6 al párrafo 59, StGB; BGHSt. 4, 4.

66. Kohlrusch-Lange, StGB, artículo 59, Anm. II, 2h.

67. Das Neue Bild, pág. 64; JZ. 53, 267; Strafrecht, 6. Ed., pág. 151.

68. Kaufmann, Normentheorie, págs. 199 y sigs.

deciden más sobre si la pena por dolo o por culpa o, bien, si la absolución, tiene lugar, sino que a ellas atañe tan sólo la sencilla cuestión de la aplicación del art. 44 StGB (Código Penal).

Pero aquí también se perciben —viejas— reflexiones contra la teoría de la aprobación: ¿Cuándo podrá decirse realmente, con el BGH, que el autor había admitido “en su voluntad” la posibilidad de la antijuridicidad de su obrar? Se incurre en el antiguo recurso de fórmulas que, actualmente, sólo pueden abarcar a pequeños grupos de casos. Pero, prescindiendo también de la cuestión de la conducta práctica, me parecen ser eficaces, para la duda sobre la antijuridicidad, las consideraciones que Engisch ha empleado (para los límites del dolo) (69). La indiferencia es aquí el criterio determinante, que posee, además, la ventaja de ser cuantificable (70). Para la pregunta especial, acerca de cuándo la duda sobre la antijuridicidad debe equipararse al conocimiento del injusto (y no aplicarse el art. StGB), resulta de acuerdo con Engisch (71), que: también la aceptación de una “elevada probabilidad de la antijuridicidad” debe ser apreciada aquí igual que a la certeza; si, en cambio, el autor se representa la antijuridicidad como “solamente posible o sencillamente probable”, entonces él debe haber sido indiferente frente a ella”.

Pero, ahora, si respecto de la duda sobre la existencia de la prohibición del hecho se sigue la teoría de la aprobación del BGH o la teoría de la indiferencia (los efectos de la diferencia son en este campo extremadamente pequeños), debe hacerse, en todo caso, todavía una limitación esencial: si la duda del autor era perceptible, antes o durante el hecho, en favor de la comprensión clara del injusto, entonces no hay cabida para una consideración de la aprobación o indiferencia respecto de la antijuridicidad. Quién tiene ya, aunque sea dudosa, la conciencia de la antijuridicidad y puede solucionar esa duda, no merece el privilegio que radica en la aplicación del margen de pena de los arts. 51 II/44 StGB (72). Entonces, pues, sólo si el autor se encuentra en una duda, para él insalvable, sobre la ilegalidad de su conducta, puede depender de su aprobación o de la medida de su indiferencia respecto de la antijuridicidad, de si el margen de pena más suave tiene o no aplicación.

De este modo se ha encontrado también la posición dogmática para el autorizado deseo de las teorías emocionales de delimitación: ellas solucionan los casos de duda sobre la antijuridicidad. El dolo, sin embargo, sólo puede concebirse y delimitarse desde su posición en la estructura de la acción. El (dolo) comprende a todas las consecuencias y modalidades, cuya producción

o existencia es tomada en cuenta como posible, a no ser que la voluntad dirigente esté encaminada a su evitación.

* *
*

NOTA DEL TRADUCTOR: Como obras importantes del autor de este trabajo, pueden citarse las siguientes: “Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie” (Lo Viviente y lo Muerto en la Teoría Normativa de Binding), 1954; “Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte” (La Dogmática de los Delitos de Omisión), 1959; y entre sus artículos: “Das fahrlässige Delikt” (El Delito culposo); “Tatbestandseinschränkung und Rechtsfertigung” (Limitación del Tipo y Justificación); “Problemas del Conocimiento jurídico ejemplificado en el Derecho Penal”, 1962; “Unterlassung und Vorsatz” (Omisión y Dolo); etc., publicados en distintas Revistas Jurídicas de Alemania. Todas ellas se encuentran animadas por el pensamiento que rige a la nueva estructuración del delito creada por su maestro Hans Welzel, y constituyen una renovada aportación dogmática a los problemas que plantea la Teoría de la Acción Finalista.

El presente trabajo se publicó, con el título: “Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau”, die Auswirkungen der Handlungs— und der auf die Vorsatzgrenze”, en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Walter de Gruyter & Co., Berlín); y en él se plantea un problema, como el lector se dará cuenta, de un gran alcance dogmático y de un esfuerzo por esclarecer los límites entre el dolo eventual y la culpa consciente, mediante un examen de los criterios tradicionales y la aplicación de los conceptos dogmáticos de las modernas teorías (de la acción finalista y de la culpabilidad), pues, como él dice, la exacta fijación de los límites del dolo entraña un problema de la estructura del delito, que hoy ocupa el primer plano de los intereses. Es interesante ver cómo problematiza en torno al concepto de la “conciencia de la antijuridicidad”, enfrentando la “teoría del dolo” a la “teoría de la culpabilidad”; la primera, que es la opinión tradicional, estima que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del dolo, y su falta excluye el dolo; la segunda, por el contrario, entiendo al dolo como saber y querer de la realización típica y que la conciencia de la antijuridicidad no tiene la más pequeña significación para el dolo. Debe recordarse que una de las críticas que se enderezaron desde un principio contra la teoría de la acción finalista, se centró en el tratamiento del dolo eventual, porque —se decía— el aprobar o tolerar un resultado no deseado cae fuera del marco de la dirección final; crítica que olvidó la esencia del tipo por no considerar que no es necesario que el deseo de realización, encausado por el autor, apunte precisamente al fin típico. Creemos, por eso, que la exposición de Kaufmann viene a constituir una valiosa aportación a la teoría de la acción finalista en este intrincado tema y pone de manifiesto la fecundidad de esta nueva teoría, a la que miramos con gran simpatía. Agradezco al Profr. Kaufmann el honor de haberme confiado la traducción de su trabajo.

M. M. H.

69. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, princ., págs. 183 y sigs.

70. Cfr. también Welzel, Das Neue Bild, pág. 72.

71. Vorsatz und Fahrlässigkeit, pág. 238, 219 y sigs.

72. Si bajo determinadas circunstancias puede resultar una atenuación en el margen normal de pena, en atención a la duda sobre el injusto, es una cuestión distinta.