

El dolo eventual en la estructura del delito

Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo (*)

Dr. ARMIN KAUFMANN
Docente en Bonn

Traducción del alemán por el Dr. R. F.
Suárez Montes, Profesor de Derecho penal
en el Estudio General de Navarra.

Las tesis de la doctrina de la acción finalista y de la moderna «teoría de la culpabilidad» obligan no sólo a una modificación del sistema del Derecho Penal; ellas modifican al mismo tiempo las premisas a partir de las cuales han de ser resueltos problemas dogmáticos concretos, siendo precisamente aquí donde tienen que mostrar su fecundidad. En esta respuesta a cuestiones antiguas, pero planteadas de nuevo, debe asimismo mostrarse si la teoría de la acción finalista y la «teoría de la culpabilidad» se armonizan entre sí, más aún, si la una necesita de la otra como presupuesto o complemento necesario.

Todo esto tiene validez también—quizá incluso de un modo especial—para la problemática del dolo eventual. Aquellas dos doc-

(*) NOTA DEL TRADUCTOR.—Este trabajo se ha publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Walter de Gruyter & Co., Berlín), tomo 70 (1958), fasc. 1, con el título: *Der Dolus eventualis im Delikttaufbau, Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*. En él se plantea un tema muy delicado y de gran alcance dogmático para la doctrina de la acción finalista. La necesidad de un deslinde neto entre las exigencias ontológicas del concepto de la acción finalista y los puntos de vista valorativos, propios de la culpabilidad, obliga, a juicio del autor, a una revisión de los criterios tradicionalmente mantenidos en orden a la delimitación del dolo eventual frente a la culpa consciente. Mas tal revisión de la delimitación entre dolo y culpa es exigida no sólo por la doctrina de la acción, sino también por la de la culpabilidad, desde que la llamada «teoría de la culpabilidad» (teoría según la cual el dolo no requiere la conciencia de la antijuridicidad) renuncia a la conciencia de la antijuridicidad y se contenta con la posibilidad de esa conciencia; con ello desaparece la posibilidad de referirse, para la delimitación entre dolo y culpa, a criterios que estén ligados de modo inseparable a esa conciencia de la antijuridicidad.

Por tratarse de un problema de la estructura del delito, hoy en primer plano del interés, a este estudio ha seguido otro, proveniente también del campo del finalismo, en el que se examina, de forma igualmente amplia, el mismo tema aunque por caminos y con conclusiones distintas (vid. GÜNTER STRATENWERTH, *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 71 (1959), fasc. 1).

trinas repercuten aquí ya en el planteamiento mismo: los principios de la «teoría de la culpabilidad» tienen como consecuencia que no se trata ya de la determinación de los criterios del dolo malo, sino de la delimitación de la frontera entre *hecho-dolo* y *hecho-culpa*. Por más que este pensamiento sea evidente, sus consecuencias todavía no han sido estudiadas—que yo sepa—de un modo preciso. Por el contrario, la relación entre dolo eventual y estructura final de la acción ha sido ya tempranamente objeto de consideración; pues de la congruencia o incongruencia entre hecho doloso y acción final depende el modo cómo la doctrina de la acción finalista repercute sobre la estructura del delito:

Para la doctrina de la acción finalista el dolo es un caso particular de la «voluntad de realización final», «concretamente, la voluntad de realización final en referencia a 'circunstancias 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 recalcado a menudo (2). Ciertamente, el nexo final es acuñado por la dirección hacia un objetivo apetecido; pero él no comprende sólo el logro del fin mismo, sino todo el curso causal puesto en movimiento por la acción dirigida, en cuanto es abarcado por la voluntad dirigente. Por ello la voluntad de realización puede—con palabras de Welzel (3)—abarcarse no sólo el fin apetecido sino también los medios y las consecuencias accesorias con ellos ligadas.

Esto ya lo había concedido Engisch (4) en su sagaz crítica de la doctrina de la acción finalista: «Si alguien obra a la vista de efectos reconocidos como necesarios o incluso sólo como posibles, entonces tales efectos no son causados en modo alguno ciegamente, sino que son incluidos en la 'supradeterminación', aunque no hayan sido perseguidos». Pero Engisch dedujo de aquí la consecuencia de que ello debe tener validez también para *todo* el ámbito de la *culpa consciente*: «Con miras a la estructura de la acción, dolo eventual y culpa consciente pertenecen a una misma realidad; mientras que, como grados de la culpabilidad, se separan» (5).

Gallas ha hecho suyo el pensamiento de Engisch e ido todavía más allá: «Al concepto de lo final» «pertenecen no sólo la representación determinante del acto de voluntad, sino más bien la representación *total* del hecho, que el autor tiene ante la vista al obrar» (6). «Si esa representación comprende, junto al resultado apetecido, todavía otros resultados o modalidades de la acción, que

(1) WELZEL, *Das Neue Bil.*, 3.^a ed., pág. 10.
 (2) v. WEBER, *Grundriss*, pág. 63 y sig.; WELZEL, *Strafrecht*, 6.^a ed., pág. 60; *Das Neue Bild*, pág. 4; MAURACH, *Lehrbuch*, I, pág. 222; GALLAS, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 67, 42 y sig.
 (3) *Strafrecht*, 6.^a ed., pág. 60.
 (4) *Kohrausch-Festschrift*, pág. 155.
 (5) ENGISCH, *Kohrausch-Festschrift*, pág. 155.
 (6) GALLAS, *ZStW*, 67, 42, subrayado en el texto de GALLAS.

se presentan al autor como consecuencias necesarias o incluso sólo como posibles del resultado apetecido, o como posible resultado alternativo de su hecho, entonces éstos pertenecen también al contenido final de la acción», con indiferencia de que sean deseados o indeseados (7). Según esto, «difícilmente se puede evitar que el concepto de la finalidad se extienda también a la culpa consciente» (8). Esto constituye sin duda una «imperfección», pero está «objetivamente justificada». En cuanto el dolo se extienda, como acontece en el dolo eventual, «más allá del ámbito de la finalidad y, por tanto, del tipo del injusto», pertenece «al tipo de la culpabilidad y por ende al tipo delictivo del hecho doloso» (9). Que de ello no se deriven ningunas dificultades sistemáticas especiales, como cree Gallas (10), es ciertamente dudoso. Pues si la muerte culposa consciente representa una acción final de muerte, *la identidad entre realización final del tipo y dolo es abandonada*. Ese «dolo», que irrumpe en el «tipo de la culpabilidad», no es ya suficientemente determinado por la descripción como voluntad de realización final con relación al cumplimiento del tipo (11). Todo lo contrario: en el sistema de Gallas la finalidad ya no es criterio necesario del dolo: hay delitos dolosos, que no tienen por fundamento una realización final del tipo. Pues Gallas mantiene para el ámbito de los delitos de omisión dolosos, el «requisito del dolo» (12), aunque niega, con razón, para la pura omisión, lo mismo que para el delito de omisión, «la finalidad actual».

Así pues, de la exacta fijación de los límites del dolo depende al mismo tiempo un problema de la estructura del delito, que hoy está en primer plano de interés.

I. SOBRE EL MÉTODO DE DELIMITACIÓN

En contraste con la referida tesis de Engisch y Gallas, de que la finalidad tiene que comprender *todas* las circunstancias reconocidas como posiblemente existentes o como de posible producción, siguen manteniendo v. Weber (13), Welzel (14), Maurach (15) y Niese (16) que sentido final de la acción y dolosidad coinciden y que, por tanto, los límites de la voluntad de realización deben trazarse entre dolo eventual y culpa consciente, es decir, *dentro del*

(7) GALLAS, *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, pág. 128; ZStW, 67, 43.

(8) GALLAS, ZStW, 67, 43.

(9) GALLAS, ZStW, 67, 43 y sig.

(10) ZStW, 67, 43.

(11) Las consecuencias de esta constatación para la construcción del delito de comisión no interesan aquí.

(12) GALLAS, ZStW, 67, 41.

(13) *Grundriss*, pág. 64.

(14) *Strafrecht*, 6.^a ed., pág. 60 y sig.; *Das Neue Bild*, pág. 4.

(15) *Lehrbuch*, I, págs. 218 y sigs., 227.

(16) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 9.

ámbito de las modalidades y consecuencias accesorias de la acción representadas como posibles.

Con ello surge claramente la cuestión decisiva: ¿Hay criterios según los cuales se pueda delimitar dentro del ámbito de las consecuencias y modalidades de la acción previstas como posibles lo que no es abarcado por la voluntad de realización? Con esto parece plantearse con toda su magnitud la vieja cuestión de la línea de separación entre dolo y culpa. Mientras tanto se han producido profundos cambios: Para la acción final interesan solamente criterios *ontológicamente* aprehensibles. Pero también *dogmáticamente* se plantea la cuestión de nuevo, desde que, con el desarrollo de la «teoría de la culpabilidad», el dolo ha dejado de ser el dolo malo para quedar contraído al conocimiento y voluntad de la realización del tipo.

a) En primer lugar debe extraerse una consecuencia negativa: *Todos los residuos del dolo malo deben ser eliminados por completo.* Por ello es de aprobar plenamente la tesis fundamental de Gallas de que todas las «consideraciones que no afecten al sentido final de la acción, sino a la medida de su reprochabilidad», deben excluirse (17).

Tal eliminación de criterios de delimitación del dolo precisa todavía una explicación más detallada. Restos del dolo «malo» los encontramos principalmente en dos direcciones, que con poca frecuencia suelen destacarse nítidamente entre sí.

1. La frontera entre dolo eventual y culpa consciente se busca frecuentemente en una *valoración* del contenido psíquico. Este método, manejado conscientemente por M. E. Mayer (18) y Bockelmann (19), juega un papel en muchas teorías, especialmente en las llamadas «emocionales» (20).

Para el problema aquí discutido debe eliminarse toda clase de valoraciones, por la sola razón de que la cuestión está planteada ontológicamente. Pero tampoco dogmáticamente hace prosperar la cuestión el recurso a una valoración como elemento de diferenciación; este recurso contiene en sí mismo un problema: el de saber cuándo debe ser valorado algo «como dolo». Pero acontece que, dogmáticamente, de lo que se trata es de la determinación de lo que es dolo, y *porque* es dolo está sujeto a un juicio de valor.

2. El dolo malo aflora también cuando los criterios del dolo eventual son buscados en la clase de relación psíquica con el resultado, pero entendiendo acto seguido por «resultado» la lesión del *bien jurídico*; lo mismo acontece si se equipara realización

(17) GALLAS, ZStW, 67, 43.

(18) Partq Gen., pág. 243.

(19) *Täterschaft und Teilnahme*, pág. 24, nota 44.

(20) Confrontese a este respecto, ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 186 y sigs.; GROSSMANN: *Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 62 y sigs.

del tipo y lesión *jurídica*. Esta concepción domina casi por completo las actuales teorías y fórmulas sobre la distinción entre dolo y culpa. Así, en la precisa tesis de Engisch el «carácter específico de culpabilidad del dolo» es designado con toda claridad «como el criterio esencial de la exactitud de la delimitación de fronteras» (21). Engisch destaca de una parte la «falta de indiferencia frente a la lesión *jurídica*» (22), y de otra, «la falta de oposición frente a la lesión *jurídica* representada» (23), y determina el dolo según el grado de «indiferencia» frente «a la posible producción de un resultado *antijurídico*» (24).

Coincidiendo con esta dirección, para Robert v. Hippel el «reproche» «en los tres grupos del ámbito del dolo» suena así: «la producción del resultado antijurídico fué para el autor más querida que la renuncia a su hecho, el egoísmo le ha seducido a colocar sus fines por encima de la lesión del ordenamiento jurídico» (25). Según esto hay dolo eventual «cuando la producción del resultado apetecido junto con el resultado antijurídico representado como posible, fué para el autor más querida que la renuncia a su hecho» (26). Por ello, «la reflexión del autor determinante de la resolución» sólo puede rezar aquí: «¿me es más querido el resultado deseado, junto con el antijurídico, que el estado de cosas actual?» (27).

aa) Que con ello aparece aludida la conciencia de la antijuridicidad, es evidente. Sólo quien sabe, o considera como posible, que la producción del resultado representa una lesión *jurídica* o que la realización de la acción es *antijurídica*, puede acusar esa clase de relación psíquica. Ya Beling hizo notar correctamente (28): «la representación de que uno mediante su conducta 'mata a un hombre' o 'daña una cosa ajena', etc., no está, como tal, en el sentido del ordenamiento jurídico, en absoluto llamada a detener su obrar. Por tales representaciones *per se*, nadie necesita cohibirse de la realización...». Con razón echa de ver en esto Engisch (29) «el

(21) NJW, 55, 1689.

(22) *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 197.

(23) ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 207 y sig.

(24) ENGISCH, *Kohlrausch-Festschrift*, pág. 155, nota 52, subrayado por mí

(25) R. v. HIPPEL, *Strafrecht*, II, pág. 317, subrayado por mí.

(26) R. v. HIPPEL, *Strafrecht*, II, pág. 313, subrayado en v. HIPPEL.

(27) R. v. HIPPEL, *Strafrecht*, II, pág. 313, nota 11, subrayado en el texto. El ejemplo de ambos teóricos significados del dolo puede bastar aquí. Quien, como SCHROEDER (*Sauer-Festschrift*, pág. 214), parta de que lo esencial del dolo no radica en el contenido de voluntad, sino en el elemento de la representación del carácter prohibido del hecho», para él la cuestión de las fronteras del dolo se desplaza sin más 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 Bindings Normentheorie*, págs. 31 y sig., 208 y sigs. y 214 y sigs.

(28) *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, pág. 33, subrayado por mí.

(29) *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 235.

conocimiento claro de la situación del problema». Mientras se concebía la conciencia de la antijuridicidad como parte integrante del dolo, este camino en búsqueda de criterios de delimitación es metódicamente legítimo. Pero aparece cerrado en el momento en que con la moderna «teoría de la culpabilidad» se produce la separación de la conciencia de la antijuridicidad respecto del dolo, como conciencia y voluntad de realización del tipo. Consecuentemente, cual sea la actitud del autor frente a la «lesión jurídica» o «perjuicio jurídico», no puede tener entonces la más mínima significación para el dolo.

bb) El recurso a elementos de la conciencia de la antijuridicidad, dentro de la «teoría de la culpabilidad», no sólo es teóricamente falso sino que tiene que conducir también en la práctica a dificultades insuperables. A la antigua e intrincada problemática de delimitación vienen a unirse nuevos casos en los que sin remedio pierden su sentido todos los criterios emocionales de delimitación. Inténtese, por ejemplo, en casos de *error de prohibición* llegar a criterios prácticamente utilizables con ayuda del requisito de la «aprobación», del «consentimiento», del «correr el riesgo», de la «indiferencia», o con la fórmula de Frank. Los ejemplos de concurrencia de error de prohibición y casos límite del dolo no son ciertamente demasiado frecuentes, pero sí significativos.

Un extranjero no conoce el límite de edad del § 176, Ziff. 3 StGB, sino solamente el de doce años de su país. El realiza en Alemania actos deshonestos con una muchacha, encontrándose en duda acerca de si ésta tiene trece o catorce años. O bien: X lleva consigo al extranjero 1.100 marcos. El no sabe que la cantidad de divisas libres es de 1.000 marcos, tampoco sabe en absoluto cuánto dinero tiene consigo; X sabe sólo que serán de 800 a 1.200 marcos. ¿Se puede preguntar aquí seriamente si el autor «aprobó» o «corrió el riesgo» de que la muchacha fuese menor de catorce años o que la suma de dinero pasase de 1.000 marcos? ¿Es lógico preguntar si el autor «esperaba» que, o «confiaba» en que, lo que ocurría era el caso contrario? Ciertamente, el autor puede haberse dicho: «sea así o de otro modo, en todo caso obro» (30). Pero, ¿por qué debía haberse dicho esa? Y si se lo ha dicho, ¿qué significa ello aquí? Sin duda, la indiferencia del autor frente a las circunstancias jurídicamente relevantes, es aquí evidente; pero, ¿habría que resolver de modo distinto en el supuesto que X, por no querer exponer más dinero a los peligros del viaje, se hubiese entregado a la esperanza de que entre el dinero de la cartera, suelto y bolsa de pecho no reunía más de 800 marcos? Lo mismo ocurre en los casos de duda sobre la casualidad: A no se deja desconcertar en su entrenamiento de tiro por un perro que merodea en la proximidad alrededor del blanco, porque cree que es permitido matar perros callejeros. A quizá espera no dar al perro,

ya que si no, se perdería inútilmente un tiro; y en todo caso «desaprueba» que el perro corra alrededor. Pero, ¿no «aceptó la posibilidad» de dar al perro? ¿No le era ello «indiferente»? En realidad, una diferenciación a base de la «actitud» del autor no tiene aquí sentido, *por falta de la conciencia de la antijuricidad*.

cc) No es la dirección de la solución de nuestro problema lo que estos ejemplos deben mostrar, sino sólo poner en claro los varios aspectos del mismo: si, con la doctrina hasta ahora imperante, se elige como punto de referencia de la «aprobación», del «consentimiento», del «correr el riesgo» o de la «indiferencia», la *relevancia jurídica* de la circunstancia (el «perjuicio jurídico», la «lesión jurídica», etc.) para el autor dudosa, *entonces el error de prohibición*—lo mismo el evitable que el inevitable—*tiene necesariamente que conducir siempre a negar el dolo eventual y a admitir la culpa consciente*. Pues quien no sabe que la producción de un resultado, para él dudosa, es antijurídica, ése no consiente «positivamente» en una lesión *jurídica*; la medida de su indiferencia frente al bien jurídico protegido no se puede averiguar.

Ya, en general, antes de que el error de derecho pudiera ser examinado en orden a su evitabilidad, habría que negar el dolo. En casos de error de derecho podría haber tan sólo dolo directo, pero no eventual; el error de prohibición—también el evitable—convertirá todo el ámbito fronterizo de las consecuencias representadas como posibles, pero no apetecidas, en «culpa consciente». Con ello se sacaría de quicio la teoría de la culpabilidad, al menos en parte. En la determinación del objeto de referencia de la «aprobación»; etcétera, se ha partido hasta ahora, expresa o tácitamente, de que la conciencia de la antijuricidad existe. Si se abandona esta premisa—y la teoría de la culpabilidad tiene que abandonarla, ya que la conciencia de la antijuricidad 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 pudiera aprobar.

dd) Ahora parece quedar abierta una salida: en vez de referir la «aprobación», etc., a la *lesión jurídica*, referirla a los hechos mismos, dudosos para el autor. Cuáles sean las dificultades que esto depara, lo han mostrado los ejemplos anteriores. Quien se encuentra en error de prohibición no tiene la mayoría de las veces motivo alguno para tomar posición aprobando o rechazando las consecuencias o modalidades de la acción reconocidas como posibles. De qué modo deba ser realizada la «aprobación» de los hechos mismos (y no la de su desvalorización), permanece inacclarado. 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 general, es obvio. Con ello se

habría abandonado el genuino *sentido* de todas estas doctrinas, que hacen que decida la actitud del autor frente al ordenamiento *jurídico*.

Si se refiriere la aprobación o indiferencia exclusivamente a los hechos mismos, no se podría evitar en los casos de error de prohibición caer en el extremo opuesto: En vez de excluir siempre—como arriba en *cc*)—el dolo eventual, el error de prohibición fundamentaría las más de las veces el dolo eventual y excluiría la culpa consciente. Pues, ¿por qué no habría de serle indiferente al autor, por qué no habría de «aprobar», lo que—caso de que exista—considera conforme al Derecho? (31).

Más: Si se deja de referir la «aprobación» al atributo de valor del estado de cosas para el autor dudosas, entonces el aprobar o desaprobado tiene que ser dependiente de motivos por completo contingentes para el Derecho. La «aprobación» tendría que ser identificada con el «ser deseada» la circunstancia dudosa. Que esto no puede ser así es hoy la opinión preponderante (32). Pues entonces—prescindiendo de otras objeciones—tendría consecuentemente que quedar fuera de consideración también el resultado accesorio reconocido como de producción *necesaria*, caso de que sea indeseado, lo que es un resultado insostenible.

Con ello se ha puesto en evidencia lo que, tanto ontológicamente—desde el campo de la doctrina de la acción finalista—como también dogmáticamente—conforme a las premisas de la teoría de la culpabilidad—, debe ser eliminado para la delimitación de la voluntad de realización: Todo recurso a la conciencia del injusto o partícula de la misma, y toda valoración del proceso de motivación, debe ser evitado. Si no, estaría justificada la objeción de Gallas: «Detrás de basar el dolo eventual sobre la supuesta voluntariedad, y la culpa consciente sobre la no voluntarie-

(31) Aquí se puede objetar diciendo que es precisamente efecto ordinario del error de derecho el que se realice una acción que de otro modo no se hubiera realizado. Esto es—al menos para muchos casos—exactísimo. Pero no modifica en nada el absurdo que radica en afirmar el objeto del juicio de antijuridicidad, el dolo, a causa del error sobre la antijuridicidad: Si X cree que la producción de un efecto accesorio representado como posible está cubierta por una causa de justificación, en realidad no existente, entonces le será «indiferente», «a causa del error», el efecto accesorio o incluso lo «aprobará». Sería, pues, punible por hecho doloso en error de derecho evitable. Si en cambio X considera antijurídico su obrar, entonces puede, precisamente por eso, faltarle la «aprobación» del resultado o la «indiferencia». Resultado: Culpa consciente, caso de que, en general, sea punible. Ciertamente estas fricciones se pueden evitar si uno, por su parte, determina de nuevo la «aprobación» según otros criterios. Pero ésta es precisamente la cuestión en debate.

(32) R. v. HIPPEL, *Strafrecht*, II, págs. 309 y sig.; MEZGER, *Lehrbuch*, págs. 345 y sig.; *Studienbuch*, I, pág. 165; v. WEBER, *Grundriss*, pág. 64; WELZEL, *Das Neue Bild*, pág. 4; *Strafrecht*, pág. III; MAURACH, *Lehrbuch*, I, pág. 224; DREIER-MAASSEN, *StGB*, § 59, Anm. I, 4; *BGHSt.*, 7, pág. 363 y sigs.

dad, se oculta realmente una diferencia en la valoración de la motivación y del consentimiento» (32ª).

b) Tras esta clarificación negativa debe colocarse una exigencia positiva: Lo que hace falta es una doctrina unitaria del dolo que, según la estructura y los criterios del dolo, determine también las fronteras de éste; no, en cambio, una doctrina especial del dolo eventual. Es decir: Los criterios según los cuales debe ser trazada la frontera entre dolo y culpa, deben caracterizar no sólo el dolo eventual, sino estar en armonía también con el dolo directo. A esta exigencia da satisfacción la doctrina de Engisch; pues la «medida de indiferencia», que determina el dolo, se encuentra no sólo en el dolo eventual sino también—de manera elevada—en el dolo directo.

Por el contrario, la teoría del consentimiento tropieza aquí con dificultades, por lo menos, cuando se reviste del manto del «consentimiento positivo» y del «aprobar». ¿Es, en realidad, «aprobada positivamente» la consecuencia accesoria reconocida como de producción cierta, pero no deseada? Si se contesta positivamente a la pregunta, y se eleva de este modo la aprobación a criterio general del dolo, la respuesta sólo puede fundamentarse diciendo que el autor, en cuanto que obra a pesar de la representación del resultado, aprueba también la consecuencia. Entonces tendría que ser contestada la pregunta de por qué falla (o puede fallar) esa conclusión de que del obrar se sigue la aprobación, cuando el autor considera las consecuencias sólo como posibles. Si, por el contrario, se contesta a aquella pregunta negativamente, entonces habría que explicar por qué la «aprobación» es decisiva en el dolo eventual y, en cambio, en el dolo directo no.

Todavía mayores, bajo este punto de vista, son las dificultades de la teoría de la probabilidad; la producción del resultado considerada como no probable puede ser también apetecida. Si no quiere uno negar el dolo en este caso, entonces la representación de la probabilidad no puede ser una característica general del dolo. La teoría de la probabilidad es, pues, desde un principio, sólo una teoría del dolo eventual.

Un reparo semejante existe contra el intento de Schmidhäuser, digno, por otra parte, de tenerse en cuenta, consistente en determinar de modo indirecto, mediante la fijación de los criterios de la culpa consciente, también la frontera del dolo (33). En primer lugar, aquí no se desarrolla la frontera del dolo a partir de la estructura del hecho doloso. Por otra parte, de una restricción de la culpa no fluye necesariamente una correspondiente extensión del concepto del dolo, tampoco en el ámbito del «considerar—como—posible». Al contrario, la pregunta por la culpa presu-

(32ª) GALLAS, ZStW., 67, 43.

(33) SCHMIDHAUSER, GA, 1957, págs. 305 y sigs., especialmente págs. 310 y sigs.

pone, precisamente, que no existe dolo (referido al mismo resultado) (33^a).

II. LA AUTODELIMITACIÓN DE LA VOLUNTAD DE REALIZACIÓN

a) Se debe partir de que la voluntad de realización se *puede* extender a *todas* las consecuencias y modalidades del obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su existencia o de su producción. Preguntar aquí por lo que el autor «no quiere», aunque *obra* y toma en cuenta la posibilidad de la existencia o de la producción de las circunstancias, conduciría a la equiparación entre «querer» y «desear»; *en este sentido* la posición de Engisch y Gallas—respecto a la extensión del nexo final—es inatacable.

Pero sí puede, en cambio, plantearse a la inversa la pregunta acerca de si acaso la voluntad de realización del autor fué dirigida precisamente a *no* dejar producir la consecuencia accesoria tenida en cuenta como posible, esto es, dirigida más bien a impedirla. Pues la voluntad de realización no puede estar dirigida, por una parte, a dejar producir el resultado reconocido como posible, y por otra, sin embargo, tender también, mediante la forma de obrar, a evitar precisamente ese resultado. *La voluntad de realización encuentra su límite, por tanto, en la voluntad de realización.*

b) Esto se desprende necesariamente del desarrollo de la dirección final (34): A la anticipación del objetivo perseguido sigue la elección, de los medios que pueden producir ese objetivo. El

(33^a) Pero no sólo existen reparos contra la *vía* de solución. SCHMIDHAUSSER llega al resultado de que «dolosidad y culpa deben ser distinguidos también en el discutible campo fronterizo plenamente como 'conocimiento' y 'no conocimiento'» y «que al dolo eventual» «no pertenece nada más que la sola previsión de la concreta posibilidad del resultado» (GA, 57, págs. 312 y sig.). Esta solución, «en el sentido de la teoría de la representación», o viene a ser lo mismo que el «dolo en caso de duda» de Binding, y de este modo lleva a una determinación del dolo como conciencia del *injusto* en el sentido de la llamada «teoría del dolo»; confróntese arriba nota 27; o bien el dolo en el sentido de SCHMIDHAUSSER debe entenderse como dolo de hecho dentro de la «teoría de la culpabilidad»; entonces ese concepto coincidiría con la estructura final, tal como lo entiende GALLAS, esto es, abarcando todo el ámbito de lo representado como posible. A este respecto se tomará postura en lo que sigue. Por lo demás, no puedo seguir a SCHMIDHAUSSER en que con su concepción «se comprende en realidad aquel estado de cosas que comúnmente—aunque hasta ahora no reconocido—acostumbramos a presuponer para la culpa consciente» (GA, 57, 313). Tampoco en la jurisprudencia y en la ciencia se entendido hasta ahora como «culpa consciente» el caso de la negación «de la peligrosidad concreta», «a pesar del conocimiento del peligro abstracto», sino el caso en que el autor conoce la «posibilidad concreta del resultado». Por tomar sólo un ejemplo muy tratado: ¿Puede, en el caso de Lachmann, existir duda de que el autor tiene conciencia de la peligrosidad concreta de su hacer? Sin embargo, se ha admitido aquí muchas veces culpa consciente y no se ha afirmado el dolo porque existiera «la previsión de la posibilidad concreta del resultado». Compárese abajo y en la nota 45.

(34) Cfr. WELZEL, *Das Neue Bild*, pág. 4.

que proyecta elegirá primeramente, partiendo de la meta hacia atrás, aquellos factores causales que le parecen los más adecuados, es decir, más fáciles de poner en movimiento. Si el autor toma conciencia de que los medios mismos le son indeseados o de que el empleo del medio conduce a una consecuencia accesoria que le es indeseada, entonces puede echar mano de otros medios (35).

1. Si acontece esto, entonces la acción dirigida al logro del objetivo es enderezada al mismo tiempo a la *evitación* de resultados accesorios indeseados (36). Aquí hay que distinguir dos supuestos:

aa) Si el autor cree erróneamente que la acción dirigida a la evitación del resultado accesorio alcanzará con seguridad ese objetivo, entonces la voluntad de realización ya no puede comprender la *producción* de la consecuencia accesoria, porque faltan componentes intelectuales de la voluntad de realización.

bb) Pero también cuando el autor *permanezca* en duda sobre si sus precauciones bastarán para la evitación del resultado accesorio, es decir, si él, lo mismo antes que después, sigue contando con la posibilidad de la producción del resultado, tampoco esto modifica en nada el que su voluntad final de realización sea dirigida a la *evitación* de la consecuencia accesoria y se hayan puesto medios para el logro de ese objetivo. Pues—como hace notar v. Weber (37)—falta el dolo «cuando el autor reconoció ciertamente la posibilidad de la producción del resultado, pero realizó la acción en la confianza de que *podría evitarlo*». La «voluntad de evitación» excluye la aceptación de una «voluntad de producción», sólo, en verdad, si se trata de una voluntad eficaz, es decir, si la puesta de los contrafactores para la evitación del efecto accesorio realmente se ha realizado; correctamente define Finger: «Si el autor considera como posible, o probable (juicio problemático) la producción de su resultado, entonces se considera doloso el resultado si el autor obra precisamente por amor a ese resultado, o si realiza su acción en atención a otro resultado, *pero no hace nada para evitar* ese resultado previsto al mismo tiempo como posible (dolo eventual)» (38). Un «querer evitar», en el sentido del mero desear, tampoco tiene aquí relevancia.

2. Pues en el último caso existiría ya una (tercera) hipótesis completamente distinta: Aunque el autor reconoce la posibilidad de la producción de un resultado accesorio, no corrige su elección

(35) Caso de que se encuentren a disposición.

(36) WELZEL, *Das Neue Bild*, pág. 4, subrayado por WELZEL.

(37) *Grundriss*, pág. 64, subrayado por mí.

(38) FINGER, *Deutsches Strafrecht*, I, pág. 259, subrayado por mí. Tras este certero realce de la «voluntad de evitación», añade FINGER la frase, metódicamente característica: «El dolo, en el sentido arriba descrito, es jurídicamente incoloro; jurídicamente relevante deviene de su contenido; porque se refiere a una actuación permitida o prohibida» (*Deutsches Strafrecht*, I, pág. 260). Más tarde ha variado FINGER su pensamiento; cfr. *Strafrecht* 1932 (Stammler), págs. 506 y sig.

de los medios, *no dirige*, por tanto, el curso de la acción hacia la evitación de la consecuencia accesoria. Esta no realización de un cambio para la evitación de la consecuencia puede tener tres motivos: O *no es* en absoluto *posible* una configuración distinta de la acción (pero el objetivo de la acción es al autor demasiado importante para abandonarlo a fin de evitar la consecuencia accesoria); o el empleo necesario para la modificación de la elección de los medios resulta al autor *demasiado costoso*; o es *indiferente* al autor la producción de la posible consecuencia accesoria (39). Sin consideración a la diversidad de los *motivos*, el efecto sobre la voluntad de realización final es siempre el mismo: La representación de la consecuencia accesoria conduce «a la recepción de las consecuencias accesorias en la voluntad de realización como parte integrante del resultado total que debe ser realizado para el logro del objetivo» (40). Aquí—de nuevo con palabras de Welzel—«es incluido en la voluntad de realización un resultado accesorio, que es al autor indiferente o incluso indeseado, porque, y en cuanto que, el autor sólo puede alcanzar el objetivo juntamente con el resultado accesorio» (41).

c) Un ejemplo puede aclarar lo tratado: El dueño de un jardín quiere extirpar las malas hierbas de un vivero de flores. Porque su azada es ancha y la distancia entre los macizos de flores pequeña, reconoce el peligro de lesionar los delicados tallos. Si cava con entera despreocupación, entonces acoge en su voluntad de realización el daño de los tallos. Distinto, en cambio, si se preocupa de conducir su instrumento de tal forma que sea evitada una lesión. Entonces su voluntad de realización está dirigida precisamente a proteger las flores, y no comprende, en cambio, lo contrario, esto es, la posible lesión.

En *ambos* casos *no* depende ello de que el jardinero se haya dicho: «Sería lástima que dañase las bonitas flores», o «dos viejos tallos deben arrancarse pronto, en todo caso; si arranca alguno, no importa». Hasta qué punto alcanza aquí la voluntad de realización, si por encima del objetivo apetecido—eliminación de las malas hierbas—comprende también el daño de los tallos, previsto como posible, depende tan sólo de lo que el jardinero se propone y realiza: si pone atención y «dirige» su instrumento para evitar el resultado accesorio, o no.

Al mismo tiempo aparece claro en este ejemplo que, de ese modo, la delimitación de la voluntad de realización no se hace depender del «sentimiento», de la «actitud» y ni siquiera sólo de la representación del autor, sino de un criterio objetivo; pues la voluntad de realización que se propone como objetivo la evitación del resultado accesorio, y con ello excluye la producción

(39) Los motivos de esa «indiferencia» del autor carecen de importancia para el enjuiciamiento de la estructura de su *hecho*.

(40) WENZEL, *Das Neue Bild*, pág. 4.

(41) *Das Neue Bild*, pág. 4.

del resultado accesorio como contenido posible de la voluntad de realización, tiene que ser voluntad *dirigente* que se manifieste en el acontecer externo.

Por ello no puede convencerme el siguiente ejemplo de Welzel (42): «Un criado ha causado un incendio por haber entrado en el pajar con un cigarro encendido, siendo consciente de la peligrosidad de su acción. Si hubo confiado en que no surgiría incendio, obró con culpa (consciente). Si en cambio estaba de acuerdo con la posible consecuencia (por ejemplo, porque había precisamente reñido con el amo), produjo el incendio con dolo eventual». Me parece que aquí la solución se hace depender de la indiferencia del autor frente a la lesión del bien jurídico. Si tanto la representación de la peligrosidad, como la configuración de la acción, son en ambos casos exactamente las mismas, entonces no pueden ser resueltos los casos, a mi modo de ver, de modo diferente. Esto se muestra aún más claro en la siguiente modificación: El lunes por la noche sube el criado al pajar y se preocupa de que el cigarro encendido no roce con el heno, y de no dejar caer ninguna brasa, pero sigue teniendo conciencia de la peligrosidad. El martes por la noche, después que el criado había reñido con el amo, ocurre exactamente lo mismo; sólo que el criado piensa: «Si pasa algo, bien merecido lo tiene». En *ambos* casos confía el criado en que no estallará fuego, o más precisamente: confía en su habilidad para evitar el posible incendio. El que su actitud sentimental frente a la consecuencia accesoria representada como posible haya sufrido cambio, es, a mi modo de ver, irrelevante; tampoco existe dolo en el segundo caso, y por tanto ninguna tentativa de incendio. Por el contrario: si el criado arroja la colilla encendida a la era siendo consciente del peligro, pero no hace nada para hacer frente al peligro, entonces obra con dolo eventual respecto de un incendio. El que él esperase que no surgiría fuego alguno, no puede modificar nada en ello (43).

d) Sólo existe una eficaz voluntad de realización respecto a la evitación de las consecuencias accesorias si el autor, a la puesta de su dirección, y a su *propia* habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado. Según esto, en el caso de Lacmann, de la señorita de la barraca de tiro, distinguen con razón Mezger (44) y Welzel: «Si creyó el autor 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).

(42) *Strafrecht*, 5.^a ed., pág. 57.

(43) Más ejemplos ofrece MEZGER, quien —lo mismo que v. WEBER y WELZEL— comparte en lo esencial la opinión aquí defendida (MEZGER, *Lehrbuch*, págs. 345 y sigs.; *Studienbuch*, I, pág. 166).

(44) *Lehrbuch*, pág. 348.

(45) WELZEL, *Strafrecht*, 6.^a ed., pág. 62. Por completo semejante es el ejemplo de LÖFFLER de los mendigos rusos, que han martillado a niños

Por supuesto, en su dirección final para la evitación de una consecuencia accesoria, puede el autor servirse de otras personas, ya sea de un «instrumento», de un «cómplice» o de un «coautor».

Que la voluntad de realización, dirigida en un principio tanto al logro del objetivo como a la evitación de la consecuencia accesoria, puede cambiar durante el curso de la acción—y entonces ser acogida, en la voluntad de realización, la producción de la consecuencia accesoria representada como posible—ya lo ha puesto de manifiesto Welzel (46) en el ejemplo de BGHSt. 7, 363.

e) Con ello está descrito el principio conforme al cual se delimita el nexo final *dentro* del ámbito de las posibilidades representadas por el autor. El pensamiento ha sido desarrollado desde la teoría de la acción misma; es obtenido de la contemplación del curso y de la naturaleza de la dirección final. La existencia de esta frontera rebate la afirmación de Engisch y Gallas de que la finalidad—si no se la quiere reducir a la aspiración de un objetivo—tiene necesariamente que comprender *todo* el ámbito de las circunstancias de la acción tenidas en cuenta como posibles. Esta tesis se muestra errónea debido a que hay casos en los que el curso de la acción es precisamente dirigido en forma final a que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible.

La voluntad de realización tiene, pues, su límite *en sí misma*. No es preciso ningún criterio valorativo proveniente de fuera para delimitarla, y con ello delimitar el nexo final; tampoco es necesario un recurso al sentimiento, que sólo puede ser entendido como actitud jurídica o antijurídica ante el hecho. Si se contempla la voluntad de realización en su ámbito *total*, entonces resulta claro que la misma puede dirigirse, a la vez, a la realización de varios objetivos, y que, por tanto, pueden ser propugnadas, al mismo tiempo, tanto la obtención de un objetivo deseado como la evitación de un resultado accesorio.

f) De este modo se alcanza a la vez una *objetivación del límite del dolo*; pues el «confiar» en *poder* evitar un resultado solo es voluntad de realización, y excluye, por tanto, el dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente

para sus fines mendicantes, pereciendo varios de ellos; ellos repiten, sin embargo, su acción, y de nuevo muere un niño. HELLMUTH MAYER (*Strafrecht*, pág. 253) objeta contra la solución de MEZGER de este ejemplo que la mera esperanza es privilegiada. Pero MEZGER distingue todavía mucho más el caso: «Que hayan matado o no dolosamente, depende de las circunstancias particulares: Si consideraron *cierta* la muerte de un niño, entonces resulta dolo», como cosa sobreentendida; «si esperaron evitar la consecuencia mediante la forma de *suj* intervención, entonces han obrado sólo culposamente; si abandonaron todo al azar y consideraron la muerte como probable, entonces pesa sobre ellos la muerte dolosa» (MEZGER, *Lehrbuch*, pág. 347, subrayado por MEZGER). Esta solución me parece, si se tiene en cuenta lo acabado de decir, completamente objetiva; y que aquí surgirán dificultades para averiguar el verdadero cuadro de representaciones de los autores, es cuestión distinta, que *ninguna* teoría puede evitar.

(46) *Das Neue Bild*, pág. 4; *Strafrecht*, 6.^a ed., pág. 29 y sig.

en el curso de la acción misma. La supuesta «subjetiva» doctrina de la acción finalista conduce, pues, a la objetivación de un límite de fronteras, que la doctrina imperante ha hecho depender no ya de la representación del autor, sino de sus sentimientos, motivos, actitudes y aprobaciones. Esa diferenciación, basada en consideraciones de una ética de sentimientos, no puede dar al hecho doloso contornos claros. No puede depender de esto lo que es «acción final», «voluntad de realización», «hecho doloso». El hecho doloso no es excluido por «esperanzas» con cuya decepción contó el autor, ni por una «desaprobación» que no impide al autor en su obrar, ni por un «confiar» en un feliz resultado para cuya justificación nada hace el autor mismo. Por el contrario, las formulaciones positivas de la «teoría de la aprobación»—«correr el riesgo», «consentir», «aprobar»—pueden perfectamente ponerse en consonancia con el pensamiento que aquí se defiende. 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 doctrina y de sus fórmulas no ofrece ello dificultades lingüísticas. Sin embargo, el pensamiento de la aprobación procede realmente de un mundo distinto, que reconduce, en definitiva, a consideraciones de ética de sentimiento, y no puede, por ello, aportar nada a la comprensión de la estructura de la acción, a la delimitación del «hecho doloso».

g) En cuanto la expuesta restricción de la voluntad de realización no se manifieste fuera de sí misma, están en lo cierto Engisch y Gallas. Si el curso de la acción no es dirigido a la evitación del resultado accesorio tenido en cuenta como de posible producción, la voluntad de realización abarca la realización del resultado total, tanto del objetivo principal como del efecto accesorio (47). Aquí falta una voluntad de evitación final.

Esto vale también para los casos en que falta desde un principio una supraconfiguración de la dirección final para la evitación de lo representado como posible. Se trata, sobre todo, de particularidades del objeto del hecho y de modalidades de la acción. Mezger ha puesto acertadamente de relieve la especialidad de este grupo de casos (48). Aquí considera el autor «el resultado posible como independiente de su voluntad; entonces lo ha querido en

(47) Cfr. WELZEL, *Das Neue Bild*, pág. 4.

(48) *Lerhbuch*, págs. 345 y sigs., cfr. *Studienbuch*, I, 7.^a ed., pág. 166. El otro grupo de casos ha sido tratado arriba; «el autor considera el resultado posible dependiente de su voluntad». Aquí llega también MEZGER (partiendo de la base de la teoría del consentimiento) al resultado de que la «voluntad de evitación» excluye el dolo. Que en este grupo se trate de «casos poco frecuentes», no puede concederse a H. MAYER (*Strafrecht*, pág. 253); al contrario, estos casos de la «duda sobre la causalidad», me parece que preponderan. Muy próximo a la opinión de MEZGER, y con ello a la del texto, está también EBERHARD SCHMIDT; cfr. v. *Liszt-Schmidt*, 26 ed., pág. 261 y pág. 262, nota 15.

tanto en cuanto lo considera probable, esto es, cuenta con la posibilidad de la producción» (49). «Cómo independientes de su voluntad considera el autor, por regla general, las circunstancias que ya existen con anterioridad a su obrar; es decir, que están ya *presentes*, y que él, según se imagina, no puede en absoluto modificar» (50). En efecto, si el autor obra con duda acerca de la ajenidad de la cosa que va a tomar, la edad de la víctima, o toma en consideración que el ciervo que va a matar se encuentra al otro lado de los lindes de su coto, entonces ninguna «esperanza» en el «no-ser-así» puede excluir la voluntad de realización; tampoco es necesaria una aprobación positiva de las circunstancias tenidas en cuenta como posibles (51). A tal residuo del dolo malo no puede conectarse ni la teoría de la acción ni la dogmática del dolo descargada de la conciencia de la antijuridicidad. Por ello, con razón considera suficiente Welzel para el dolo de la seducción, «que el autor que quiera seducir a la muchacha al acto carnal, cuente con la posibilidad de que es honesta y menor de dieciséis años. Sólo la creencia *positiva* en la deshonestidad y en una edad superior excluye el dolo» (52).

h) Sólo falta por aclarar de qué clase tiene que ser la duda para imputar una circunstancia al dolo. La respuesta a esta cuestión, acerca del grado necesario de representación, aquí tan sólo puede ser indicada; basta un bosquejo, tanto más cuanto que este problema se plantea a toda doctrina del dolo.

De antemano se excluyen aquellas dudas que más tarde han sido nuevamente eliminadas, ya sea por una reflexión objetiva, ya por un inocente auto-engaño; pues aquí falta ya el presupuesto más elemental de toda voluntad de realización, a saber, la existen-

(49) MEZGER, *Lehrbuch*, pág. 346. Últimamente (*Studienbuch*, I, páginas 164 y sigs.; *LK*, I, 8.ª ed., § 59, Anm. II, 20) no contraponen MEZGER de tanta nitidez como en el Tratado ambos grupos de casos; sin embargo, lo mismo ahora que antes, la diferenciación se hace fructífera en la solución de los casos particulares. Sólo que la «probabilidad» es considerada como base del «consentimiento positivo»: «El que el cazador que mata un ciervo sin saber si está a esta o a la otra parte del límite de su coto de caza, lesione dolosamente el derecho del caza ajeno, dependerá, en general, del grado de probabilidad con que se ha representado lo uno o lo otro, pues según esto se juzga por regla general, acerca de si ha querido aceptar tal lesión o evitarla» (*Studienbuch*, I, pág. 166).

(50) MEZGER, *Lehrbuch*, pág. 346.

(51) Confróntese la acertada crítica de la teoría de la aprobación hecha por H. MAYER, *Strafrecht* (1953), págs. 251 y sig.; véase también SCHMID-HAUSER, *GA*, 1957, 308.

(52) WELZEL, *Strafrecht*, 6.ª ed., pág. 357; subrayado por WELZEL. Es también opinión de v. WEBER (*Mezger-Festschrift*, pág. 185) que sólo la creencia positiva en la edad superior excluye el dolo. Si v. WEBER es, sin duda, de la opinión de que no es precisa la conciencia de la falta de edad superior, sólo puedo estar de acuerdo con esto con la restricción de que tiene que existir, por lo menos, la *duda* sobre la existencia de la característica; en caso contrario faltan componentes intelectuales del dolo. La discrepancia reconduce al problema de las «circunstancias negativas», que aquí no es del caso discutir.

cia real de la representación, de que es posible exista una circunstancia o de que posiblemente se produzca. Por lo demás, para admitir el dolo tampoco puede bastar cualquier «duda ligera». Ello estaría en contradicción con el conocimiento práctico de que, debido a la limitación del conocimiento humano, casi nunca son posibles representaciones ciertas, «indudables». (53). Si la duda no es aún seria, entonces no existe todavía dolo eventual; si ha pasado ya de ser seria, entonces no hay dolo eventual, sino dolo directo. Aquí alcanza el pensamiento de la probabilidad *una razón relativa*, caso de que uno defina, con Mezger (54), el «tener por probable» como «contar con la posibilidad de la producción» (55). Engisch (56) describe de un modo más preciso el grado de representación que puede devenir relevante para el dolo: No basta «cualquier posibilidad representada de la realización del tipo», 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 posible existentes o como de posible producción, son abarcadas por su dolo, a no ser que su voluntad de realización esté dirigida precisamente a evitar una consecuencia accesoria reconocida como de posible producción. De este modo es eliminada la «fealdad» lamentada por Gallas, pues la finalidad *no* comprende todo el ámbito de lo representado como posible, sino—también aquí—sólo un sector parcial, debido al límite que la voluntad de realización comporta en sí misma. No hay, por tanto, motivo alguno para abandonar la identidad entre finalidad y dolo, y remitir así el dolo a un tipo de culpabilidad, con la consecuencia de que sólo aquí podría ser trazado el límite entre dolo y culpa consciente.

En cuanto el límite del dolo queda reducido a la estructura de la dirección final, y con ello al curso de la acción, se obtiene, además de la objetivación, todavía otra cosa: La diferenciación *gradual*, puramente cuantitativa, entre dolo y culpa, tal como es hoy, confesada o inconfesadamente, dominante, se transforma en una separación *esencial* de dos clases de injusto, fundamentalmente distintas. Tampoco el ropaje con que la llamada teoría del consentimiento positivo ha encubierto sus principios de delimitación

(53) Cfr. ENGISCH, *NJW*, 55, 1689: «Los grados superiores de probabilidad equivalen prácticamente para el jurista a la seguridad.» Cfr. también MEZGER, *Studienbuch*, I, pág. 164; *LK*, I, 8.ª ed., pág. 516.

(54) *Lehrbuch*, pág. 346.

(55) La definición de H. MAYER (*Strafrecht*, pág. 251) es más restrictiva: «Probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad preponderante.»

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

debe engañarnos sobre el hecho de que, conforme a ella, no puede en absoluto ser trazada entre dolo eventual y culpa consciente una línea de delimitación cualitativa, sino tan sólo cuantitativa. Sólo consideraciones difíciles sobre diferencias sutiles de la actitud o del sentimiento conducen a una respuesta *teórica* de la cuestión. Un ligero desplazamiento a la izquierda o a la derecha—y del dolo resulta culpa, o a la inversa. Que la *praxis* de los tribunales inferiores nunca ha trabajado seriamente con la teoría de la «aprobación», es notorio; se conformó con un sano juicio y la fórmula no demasiado precisa del «aceptar el riesgo», abandonándose en lo demás a la seguridad de la revisión de los fundamentos de la sentencia. ¿Cómo podría depender de matices emocionales la diferencia lapidaria que existe entre una muerte dolosa y la causación culposa de muerte? ¿Se convierte la culpa en dolo si el conductor, que por ligereza está a punto de pasar rozando a un peatón, que estima ser su competidor, se dice: «Si cojo a ése, no hay nada que lamentar»?

Que en la doctrina imperante se trata en realidad de una delimitación puramente cuantitativa, lo ha puesto claramente de manifiesto Engisch; en su profundo análisis parte de la premisa: «Dolo y culpa tienen la función esencial de someter el hecho, respecto a su tipicidad inequívoco, a límites distintos de pena, de conformidad con el diverso grado de reprochabilidad» (57). Engisch llega, consecuentemente, al resultado de que «una diferencia entre dolo y culpa consciente sólo puede encontrarse en el distinto grado de indiferencia» (58). Por más que sean en sí convincentes las deducciones de Engisch, no es compatible con la «teoría de la culpabilidad» la premisa misma. Además, ¿deberíamos tener realmente una ley tan mala, que para sutiles diferencias de grado de la reprochabilidad prevea marcos de pena tan notablemente diferentes? (59). A mi más bien me parece que es precisamente la ley la que da motivos para advertir la diferencia decisiva ya en la «imagen del hecho», o lo que es igual, en la tipicidad y en la antijuridicidad.

El sistema de la doctrina de la acción finalista tiene en cuenta la profunda diferencia que media entre dolo y culpa ya en la configuración de los tipos. Para transiciones fluctuantes no hay aquí lugar. En el «traslado de domicilio» del dolo desde el tercer piso (la reprochabilidad) al primero (la tipicidad), el mobiliario de la teoría de la aprobación tiene que permanecer en el piso superior; no cabe utilizarlo para la delimitación del tipo del delito doloso respecto de los tipos culposos. Con razón destaca Gallas que la eliminación de toda consideración valorativa emocional responde al

(57) ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 58; cfr. págs. 27 y sigs.

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

(59) Si no, podría depender de meras diferencias graduales de indiferencia, el si debe castigarse por asesinato o por muerte culposa. Así si A mata al policía que está a punto de encontrar el escondrijo del robo. El caso sería todavía más extremo si hay solamente tentativa de asesinato.

sentido de los tipos de prohibición (60): «Prohibida, en el sentido del desvalor de la acción, es la conducta con la que el resultado delictivo es propugnado, pero lo es también una conducta en la conciencia de que el resultado delictivo está necesaria o posible-mente unido a ella». Sólo hay que añadir a ello la restricción tratada: Si la voluntad de realización se dirige precisamente a la evitación del «resultado delictivo», falta el dolo, y el tipo prohibitivo no se cumple.

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

Tras estas anotaciones al sistema de la teoría de la acción finalista, debe destacarse expresamente una vez más que la exactitud de las consideraciones aquí hechas no se limita a este sistema, sino que, por el contrario, afecta a toda concepción que *separe* el hecho-dolo, como conocimiento y voluntad de realización del tipo, de la conciencia de la antijuricidad. Una reconsideración de la problemática de delimitación es obligada, por de pronto, para la moderna «teoría de la culpabilidad», pues con ella se desquicia la antigua delimitación de fronteras a base de las teorías emocionales, según se ha demostrado arriba (61).

IV. LA DUDA SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD

Según ha mostrado la investigación, las teorías emocionales son acunadas desde un principio con vistas a expresar la diferente gravedad del contenido de culpabilidad; por otra parte, ellas van referidas a la actitud frente a la «lesión jurídica», por tanto frente a la *antijuricidad* de la acción. ¿Poseen, en ese sentido propio de ellas, todavía significación en el sistema del finalismo y de la teoría de la culpabilidad?

(60) GALLAS, ZStW, 67, 43.

(61) Sólo, a lo sumo, la teoría de la probabilidad puede ofrecer una orientación libre de una valoración sentimental cuantitativa. Por ella ha abogado recientemente con ahinco H. MAYER (*Strafrecht*, págs. 250 y sigs.). Sólo que, por más que sea contundente la crítica de MAYER a la teoría de la aprobación, contra el pensamiento de la probabilidad como principio general de la estructura del dolo, debe objetarse lo mismo que contra la determinación del nexo final al modo como lo hace GALLAS: Queda sin considerar que la voluntad de realización puede dirigirse precisamente también a evitar la consecuencia accesoria, reconocida como posible o probable, mediante la clase de dirección del curso de la acción. El conductor que osa conscientemente una maniobra peligrosa de adelantamiento no obra con «dolo de muerte»; no es punible por muerte intentada o consumada si ha considerado la producción de una muerte como «no preponderantemente probable». Emplea precisamente todo su «poder de conductor» para evitar ese resultado.

Parece natural recabar la teoría de la aprobación o la de la indiferencia para la solución de una cuestión que parece semejarse a aquella del dolo eventual: los casos en que el autor considera posible que su actuar sea antijurídico. Aquí hay que partir, por de pronto, del principio de que la duda acerca del deber tiene que ser resuelta en favor del deber (62). Si el autor cuenta con que su conducta es antijurídica, su responsabilidad por el injusto cometido está fuera de duda (63).

Pero con esto no se ha dicho todavía qué grado de reprochabilidad corresponde al autor que se halla en duda acerca de la antijuridicidad. La duda sobre la existencia del deber jurídico no puede quedar por completo sin consideración; pues a quien tiene la seguridad, no afectada de duda, de la antijuridicidad de su conducta, le es, bajo este aspecto, más «fácil» seguir el deber que a aquel que solamente cuenta con la posibilidad de su existencia (64). Por otra parte, sería injustificado tratar, sin más, la duda sobre el injusto más suavemente que el conocimiento de la antijuridicidad; pues el que la duda subsista puede obedecer a que el autor no se ha preocupado en absoluto de aclarar la duda; a que le era, por tanto, «indiferente» la antijuridicidad o licitud de su conducta. Con respecto al límite punitivo legal de los §§ 51 II/44 StGB, tiene en todo caso que ser contestada la cuestión acerca de si el mero contar con la posibilidad de la antijuridicidad puede ser tratado tan suavemente como el error de derecho evitable.

El BGH ha acuñado el principio: «Quien tiene la representación de que posiblemente comete injusto, y acoge esa posibilidad en su voluntad, tiene conciencia del injusto» (65). A esto se adhiere expresamente Lange (66). De modo semejante lo formula Welzel (67): Si el autor «cuenta con la posibilidad de un comportamiento antijurídico y quiere cometer el hecho en todo caso, obra con conciencia del injusto». Estas direcciones parecen estar orientadas en la llamada teoría positiva del consentimiento, según fué desarrollada para el dolo eventual. Y con efecto, aquí, en el campo de la reprochabilidad, el empleo del pensamiento del asentimiento es metódicamente legítimo. Pues aquí hay lugar para graduaciones; el reproche de culpabilidad es cuantificable (68). El límite unitario de pena, que solamente puede ser extendido hacia abajo, permite aquí una consideración de todos los factores; un «salto», como el que hay entre los límites de la pena del delito doloso y del delito culposo, o entre el hecho doloso punible y la

(62) KAUFMANN, *Normentheorie*, pág. 221.

(63) WELZEL, *JZ*, 53, 267; *Das Neue Bild*, pág. 64; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, § 59, Anm. II, h. h.; *BGHSt*, 4, 4; *BGH* en *LM* Nr. 6 al 59 *StGB*.

(64) KAUFMANN, *Normentheorie*, pág. 221.

(65) *BGH* en *LM*, Nr. 6 al § 59, *StGB*; *BGHSt*, 4, 4.

(66) KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, § 59, Anm. II, 2 h.

(67) *Das Neue Bild*, pág. 64; *JZ*, 53, 267; *Strafrecht*, 6.^a ed., pág. 151.

(68) KAUFMANN, *Normentheorie*, pág. 109 y sigs.

culpa no punible, no viene en consideración. Aquí es también legítima la pregunta por el sentimiento del autor; la actitud del autor frente a la «desión del bien jurídico» o frente a la «antijuridicidad» simplemente, no sólo puede, sino que debe ser planteada y respondida aquí, pues para el grado de reprochabilidad; y con ello para la medición de la pena, es codeterminante esa actitud del autor. Las teorías emocionales, desarrolladas para la delimitación del dolo eventual; afirman, pues, de este modo, su relativo derecho en el marco del reproche de culpabilidad. Aquí encuentran, pues—separadas del dolo-hecho y, por tanto, con completa claridad—, el miembro de referencia, al que exclusivamente pueden ser conectadas: la duda sobre la «desión jurídica». Si uno reconduce estas consideraciones a su más profundo sentido, se muestra que, dentro de los límites—necesariamente trazados por una ética de responsabilidad—que conciernen a la *fundamentación* de la reprochabilidad, debe merecer consideración todo elemento ético-emocional, y precisamente para la medida del reproche de culpabilidad.

Con todo esto no se ha dicho todavía *qué teoría* se debe seguir para la graduación de la reprochabilidad, bajo el aspecto explicado. Sin duda, las antiguas discusiones sobre la formulación de esas teorías pierden considerable peso por razón del marco en que ahora son colocadas. Ya no deciden en absoluto en orden a si tiene lugar pena por dolo o pena por culpa, o incluso absolucón, sino que afectan tan sólo a la modesta cuestión de la aplicación del § 44 StGB.

Pero también aquí surgen—viejos—reparos contra la teoría del consentimiento: ¿Cuándo podrá uno realmente decir, con el BGH, que el autor ha aceptado «en su voluntad» la posibilidad de la antijuridicidad de su obrar? Se cae en el viejo recurso a fórmulas que, interpretativamente, sólo muy pocos grupos de casos pueden abarcar. Pero prescindiendo también de la cuestión del manejo práctico, me parecen muy certeras las consideraciones que para la duda sobre la *antijuridicidad* ha hecho Engisch (para los límites del dolo) (69). La *indiferencia* es aquí el criterio decisivo, que tiene, además, la ventaja de ser cuantificable (70). Para la cuestión especial acerca de cuándo la duda sobre la antijuridicidad es *equiparable* al conocimiento del injusto (y no de aplicar el § 44 StGB), resulta, de acuerdo con Engisch (71), que: La aceptación de una «elevada probabilidad de la antijuridicidad» debe también aquí ser equivalente a la certeza; si, en cambio, el autor se representa la antijuridicidad como «solamente posible o simplemente probable», entonces es preciso que el autor «haya sido indiferente frente a ella».

(69) ENGISCH, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, especialmente pág. 188 y sigs.

(70) Cfr. también WELZEL, *Das Neue Bild*, pág. 72.

(71) *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 238, 219 y sig.

En orden a si respecto a la duda sobre el carácter prohibido del hecho se debe seguir la teoría de la aprobación del BGH o la teoría de la indiferencia (los efectos de la diferencia son sumamente pequeños en este campo), debe hacerse todavía, en todo caso, una restricción esencial: Si, antes o durante el hecho, la duda del autor era *eliminable* en favor de una clara comprensión del injusto, entonces no cabe una ponderación de la aprobación o indiferencia respecto a la antijuridicidad. Quien ya tiene conciencia, aunque dudosa, de la antijuridicidad, y puede resolver esa duda, no merece el privilegio que radica en la aplicación del límite de pena de los §§ 51 II/44 StGB (72). Sólo, pues, cuando el autor se encuentra en una *duda* para él *insoluble* sobre la antijuridicidad de su conducta, puede depender de su aprobación o del grado de su indiferencia respecto a la antijuridicidad, la cuestión acerca de si halla o no aplicación el límite de pena más suave:

Con ello se ha hallado también el lugar dogmático para los legítimos deseos de las teorías emocionales de delimitación: ellas solucionan los casos de duda sobre la antijuridicidad. El hecho-dolo, empero, tan sólo se puede comprender y delimitar desde su posición en la estructura de la acción. El comprende *todas* las consecuencias y modalidades cuya producción, o existencia, ha sido dirigida en cuenta como posible, a no ser que la voluntad rectora dirigida a su evitación.

(72) Cuestión distinta es la de si puede tener lugar en ocasiones una atenuación dentro del límite normal de la pena en atención a la duda sobre el injusto.