

# El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica (\*)

ELIO MORSELLI

Profesor titular de Derecho Penal  
en la Universidad de Perugia (Italia)

Todo discurso que afronta los problemas básicos de la teoría general del delito, no puede dejar de tener, aún hoy, como punto de partida, el gran debate, iniciado en los años cincuenta, entre la nueva teoría finalista de la acción, propiciada por Hans Welzel, y la concepción clásica, denominada causalista, de la acción, y por ende, del delito que, como es sabido, fue teorizada principalmente por Ernst Beling.

Aquí no es posible recordar ni siquiera en líneas generales, en qué consiste la teoría finalista de la acción, y cuáles son sus numerosísimas implicaciones, sea en la sistemática global de la parte general del Código Penal, como también en la individuación y en la reconstrucción dogmática de cada hecho típico de la parte especial. Por tanto, debo presuponer que todo ello es bien conocido. Recuerdo, sólo, que la «clave de bóveda», es decir, el punto decisivo sobre el cual se estructura toda la teoría finalista, consiste en el radical redimensionamiento de las relaciones entre el hecho antijurídico y la culpabilidad. Mientras tradicionalmente, el dolo y la culpa se los consideraba elementos o formas de la culpabilidad, ahora en cambio —según Welzel y sus seguidores— dolo y culpa pertenecen al hecho típico, es decir, representan elementos del *Tatbestand*. Welzel en persona declara que, más allá de todo personal particularismo, y de toda variante posible, se puede llamar finalista a quien quiera que, en última instancia, acepte la fórmula: «*Vorsatz nicht mehr zur Schuld, sondern zur Tatbestand*», es decir, que el dolo no pertenece ya a la culpabilidad sino al hecho típico.

---

(\*) *Es el texto en lengua española de dos conferencias pronunciadas en los días 14 y 19 de septiembre de 1990 en la Universidad de Moron (Buenos Aires). Traducción de María Isabel Rada (Perugia-Italia).*

Hoy en día, esta concepción ha sido acogida por el noventa por ciento de los estudiosos alemanes y ha encontrado difusión y adhesión en muchos otros países como España (con Cerezo Mir, Muñoz Conde, Gimbernat Ordeig, Quintero Olivares, Suárez Montes, Mir Puig, Bustos, etc.), Portugal, Austria, Suiza, Grecia, Japón, Africa del Sur, Corea del Sur, y en general, en la mayor parte de los países de Latinoamérica, especialmente Argentina (en la cita me circunscribo a nombres como Lima Quintana, Zaffaroni, Malamud, Gotti, Bacigalupo, Pessoa, Creus, Ramos Mejia, Maldonado, Sancinetti, etc.) y principalmente en Brasil (con Mestieri, Luigi Fragoso, Munhoz Neto, Damiano Jesús, Pierangeli, Assis Toledo, Tavares, Silva Franco, Andreucci, Dotti, Mirabete etc.). Por el contrario, en Italia, desde su origen, se ha ido formando una notable resistencia para su aceptación. Se puede afirmar que no más del cinco por ciento de los estudiosos italianos se ha pronunciado a favor de esta nueva concepción. Me limito a recordar, además del mío, sólo estos nombres: Dario Santamaría, Angelo Raffaele Latagliata, Carlo Fiore. Sin embargo, de los autores mencionados, sólo Latagliata y yo manifestamos, en la actualidad, la voluntad de permanecer fieles a tal elección.

La verdad es que la doctrina italiana se muestra contraria en considerar el elemento subjetivo como elemento del hecho típico y, por tanto, como «portador del desvalor del ilícito», porque teme que, de tal manera, llegue a ser grande el peligro de debilitar las garantías que la Constitución italiana asegura a los derechos de libertad del ciudadano. Se observa, por tanto, en la teoría finalista, un remarcar el elemento subjetivo en detrimento del objetivo, con el consecuente peligro de una hipersubjetividad del ilícito penal y, en tal modo, de su instrumentalización autoritarística, es decir, de un abuso de poder por parte del tribunal en perjuicio del individuo.

La preocupación por conservar, defender y más bien incrementar lo más posible las garantías de los derechos del hombre, y entre todos, en primer lugar, el derecho de libertad —preocupación que suele sintetizarse con la palabra «garantismo»— constituye, desde hace cuarenta años aproximadamente, desde la caída del fascismo al final de la segunda guerra mundial, el leitmotiv, es decir, el motivo predominante en la doctrina italiana.

Bajo el empuje de tal preocupación, gran parte de los partidarios de la doctrina italiana (principalmente Marcello Gallo, Franco Bricola, Guido Neppi Modona) se ha orientado hacia una dirección que hasta parece *opuesta* a la asumida por Welzel. Tomando como base la interpretación de algunos artículos de nuestro código (principalmente los artículos 43 y 49, párrafo segundo) se ha afirmado que, en nuestro sistema jurídico, junto al principio de estricta legalidad, y por tanto de tipicidad, existe además un principio al que se denomina «de necesaria ofensividad». Según tal principio, para que el juez pueda llegar a

incriminar a un sujeto, no es suficiente que éste haya realizado una acción que corresponda al modelo legal descrito por el legislador, es decir, al hecho típico. Es necesario, además, que este hecho se traduzca, *in concreto*, en lesión o en motivo de peligro, es decir, en la llamada *ofensa* al bien jurídico tutelado por la norma que incrimina.

Tal posición *antiformalista* supone —como puede verse fácilmente— que el desvalor del ilícito penal sea visto en el acto, es decir, en el resultado ofensivo de la conducta (en el ámbito del llamado *Erfolgstrafrecht*, o Derecho Penal del resultado). Por tanto, es comprensible que, asumida tal postura, sea difícil para nuestra doctrina aceptar las implicaciones de la teoría de Welzel: principalmente aquella según la cual el desvalor penal sería un desvalor de conducta (es decir, un *Handlungstrafrecht*, o *derecho penal de la conducta*), y el ilícito tendría por tanto un carácter personalístico en cuanto centrado en la modalidad de la conducta, más bien que en la entidad del resultado.

En realidad, —a nuestro parecer— podría augurarse una «subjetivización» mayor por parte del ilícito, y precisamente en nombre de las peticiones de garantía: esto porque la subjetivización, *si es rigurosamente orientada en el respeto del principio de estricta legalidad*, no hace sino restringir la esfera de la incriminación por medio de una búsqueda de la existencia de *ulteriores requisitos* respecto de aquellos meramente exteriores o materiales.

En efecto, es fácil comprender cómo el mismo principio de necesaria ofensividad llegar a adquirir mayor fuerza de garantía si, junto al requisito material de lo perjudicial o lo peligroso del *resultado*, se exigiese además la verificación del desvalor específico de la conducta, como manifestación de la actitud interior del agente.

En verdad nosotros no concordamos con esta tendencia de la mayoría de la doctrina italiana de querer permanecer anclada en el Derecho Penal del resultado. Nos adherimos a la doctrina finalista de Welzel y a su concepción personalista del error, es decir, del Derecho Penal de la conducta. En resumidas cuentas se puede llegar al mismo resultado de garantía que nuestra doctrina alcanza gracias al denominado principio de *necesaria ofensividad*, siguiendo otro camino, por ejemplo, el del llamado principio de la social adecuación de la conducta, principio teorizado también por Welzel. En fin, no se entrevé ningún peligro contra el derecho de libertad del individuo en la tesis finalista, según la cual el dolo y la culpa no pertenecen a la culpabilidad sino al hecho típico. Todo lo contrario, considero que, al concebir el dolo como elemento objetivado en el hecho, y al introducirlo consecuentemente en el tipo descriptivo, se solicita al juez un examen *objetivo* de un requisito que sirve para reforzar las garantías del individuo de modo mucho más seguro del que se obtiene al dejar insertado el dolo en la esfera, puramente valorativa,

del juicio de culpabilidad, y al anclar, así, el desvalor del hecho en el resultado.

Sin embargo esta nuestra adhesión al finalismo, aún siendo por otro lado total, deja de serlo precisamente en un punto de importancia decisiva, es decir, en el modo de concebir la esencia y la estructura del dolo. *Si es verdad que el dolo pertenece al tipo, sin embargo, no es verdad que el dolo consiste en el fin de la acción.*

Sólo una pequeña parte de los hechos dolosos estriba en un hecho intencional, es decir, en la realización de un resultado que el sujeto ha visto como fin de su acción.

Se trata de casos del llamado *dolo directo de primer grado*, o intencional. En cambio, queda claro que, en el llamado *dolo directo de segundo grado*, o *indirecto*, no se puede determinar ninguna relación finalista, o de intención, es decir, cuando el resultado no ha sido querido directamente por el agente aunque haya sido previsto por el sujeto como consecuencia cierta o muy probable de otro suceso querido (por ejemplo: quien atentare a la vida de un jefe de Estado lanzando una bomba en un lugar donde éste, junto con otras personas, se encontrare, en realidad tiene sólo la intención de matar al jefe de Estado y no a las demás personas). Tanto más, no se entrevé ninguna finalidad al realizar el resultado en el llamado *dolo eventual*: se prevé este resultado sólo como es posible, el sujeto no lo desea, ni siquiera indirectamente, pero acepta sólo el riesgo del mismo.

Sin embargo, existen también casos en que, aunque el resultado se finalice, no por ello puede hablarse de dolo directo de primer grado; como por ejemplo, hechos en que, si bien existe un engaño por parte de un sujeto en relación a otros, dicho engaño tiene relevancia sólo civilmente porque en él está ausente el fraude que constituye un crimen, presupuesto necesario para el delito de estafa.

Contrariamente, existen hechos de *dolo directo de primer grado* en los que falta la finalidad o intención, como en los delitos impulsivos (ej. golpes), o de ímpetu (ej. injurias), o pasionales (ej. actos obscenos).

Hay también acciones basadas en la finalidad que dan lugar a delitos no ya dolosos sino culposos. Así, por ejemplo, un homicidio culposo cometido cuando se conduce un vehículo con intencional exceso de velocidad; o bien, el suministro culposo de medicinas peligrosas para la salud pública.

Análogamente, no dan lugar a dolo sino a culpa aquellas hipótesis que la doctrina italiana denomina de *culpa impropia* por estar caracterizadas por la voluntad del resultado mientras, como es sabido, la regla exige que, en los delitos culposos, en contrario, el resultado no sea querido. Se trata de las tres siguientes hipótesis: a) el error de hecho acerca de la existencia de una causa de justificación (ej. legítima defensa putativa); b) el exceso culposo en las causas de justifica-

ción: c) el error de hecho determinado por culpa (ej. quien incendia un terreno creyendo, por error en cuanto a la delimitación, que es de su propiedad).

Existe también el problema del *elemento subjetivo* de las faltas menores, denominadas contravenciones, problema que en Italia ha nacido porque nuestra ley no distingue entre contravenciones dolosas y contravenciones culposas para la medida de la pena; por tanto, se piensa que aquellas basadas en una voluntad orientada de modo finalista (como, por ejemplo, molestias o fastidios causados a personas) se deben considerar relevantes sólo como culposas, y no como dolosas: si es indiferente la existencia o la inexistencia de lo intencional, entonces se debe llegar a la conclusión de que estos ilícitos tienen relevancia penal siempre y sólo a título de culpa, aunque, concretamente, pueda existir la finalidad.

Por último, existe el problema del dolo en los delitos de *omisión llamados de pura omisión*. En tal caso, el mismo Welzel admite que muchas veces ni siquiera puede concebirse una *efectiva y actual* intención o finalidad respecto de la omisión, es decir, de la conducta omisiva dolosa. De tal manera, por ejemplo, en la omisión de socorro, el sujeto, aunque concretamente no haya tomado ninguna *decisión* de no socorrer, de hecho puede encontrarse en dolo tan sólo por tener conciencia del deber o de la posibilidad de socorrer, también a pesar que dicha conciencia sea sólo latente, es decir, se encuentre a nivel preconsciente. Hasta existen casos (como, por ejemplo, el de la omisión de actos de oficio) en los que el sujeto efectivamente puede omitir, o sea no cumplir con su deber y, no obstante, encontrarse sólo en culpa y no en dolo; esto sucede cuando la voluntad de omisión se puede remontar a pura negligencia y no a mala fe.

Ahora bien, si en toda esta fenomenología jurídica asistimos a casos en los que existe dolo aunque en el sujeto no exista finalidad o intención alguna para realizar el resultado, y viceversa, nos encontramos ante casos en los que, por el contrario, existe tal finalidad o intención pese a la que no es posible reconocer en éstos la presencia del dolo, entonces es menester llegar a la conclusión de que, en oposición a las aserciones de la teoría finalista de la acción, *el dolo no es finalidad*, o poco tiene que ver con ella.

¿En qué consiste, entonces, el dolo? A esta altura, surge esta interrogante: ¿es verdaderamente inevitable retroceder y refugiarse en el tradicional postulado —acogido por la teoría clásica o causalista de la acción— según el cual el dolo sería «la previsión y la *volición* del resultado» según la noción dada por el artículo 43 del código italiano vigente?

¡Claro que no! Si es verdad que el dolo no es *finalidad* o intención del resultado, también es verdad que el dolo no es tampoco *voluntad* del resultado. ¿Es verdaderamente posible decir que, en el dolo direc-

to de segundo grado, quien atentare a la vida del jefe de Estado con una bomba quiera en realidad matar también a las personas que lo circundan? Y también si así fuera, ¿cómo puede afirmarse realmente que, en el dolo eventual, el resultado previsto como posible, y del que se acepta sólo el riesgo, deba además reputarse como voluntario? Una cosa es aceptar el riesgo de una consecuencia, y otra, totalmente diferente, ¡es quererla! Si un héroe en fuerza acepta su trágico destino, esto no significa que lo quiera.

Y ¿qué voluntad del resultado es precisamente detectable en los llamados delitos de ímpetu, y en aquellos impulsivos o pasionales en los que, a lo sumo, es solamente la conducta a ser abordada por la voluntad?

Asimismo, debe reconocerse que puede existir la voluntad de realizar un resultado dañoso sin que haya dolo, como en el caso de engaños dañosos, cuya relevancia atañe al Derecho Civil en cuanto no constituyen delito de estafa.

Además, las susodichas tres hipótesis de la llamada culpa impropia (como, por ejemplo, la legítima defensa putativa) son casos de culpa y no de dolo, aunque subsista la voluntad en el resultado de lesión. Voluntario puede ser también el exceso de velocidad que ha provocado el accidente del automóvil así como suministrar medicinas peligrosas para la salud pública, pese a ello, se trata de delitos culposos y no dolosos.

Pueden ser también voluntarias las conductas de contravención y, pese a a ello, se trata de contravenciones culposas y no dolosas.

En las meras omisiones puede estar ausente la voluntad de omitir y, sin embargo, puede existir el dolo (como en la omisión de socorro). Por el contrario, puede existir la voluntad de omitir y, sin embargo, no existir dolo (como en la omisión de actos de oficio debido a pura negligencia).

Y ¿cómo sería posible graduar la intensidad del dolo (como establece el art.133 de nuestro código) si la esencia del dolo fuera reconocible sólo en la voluntad?

Una voluntad existe o no existe: *tertium non datur!*

Así que, es menester reconocer que, si la teoría finalista yerra en identificar el dolo con la finalidad de la acción, ¡tampoco acierta la concepción clásica cuando hace coincidir el dolo con la voluntad en el resultado!

Claro está que en la práctica cotidiana del derecho, una noción de dolo como voluntad de realizar el resultado —por más aproximativa e insuficiente que pueda ser para abarcar o para explicar una serie de fenómenos como los arriba descritos— resulta tolerable si tal praxis se basa, precisamente, en el uso corriente del lenguaje y en el sentido común. Pero la doctrina no se puede quedar satisfecha con pseudo-conceptos ni con pseudo-definiciones: ésta se halla en la perenne bús-

queda de nociones que, en lo posible, sean correctas y satisfactorias desde el punto de vista *científico*. ¡Ni nada más, ni nada menos que esto!

Ahora bien, en el ámbito de la doctrina alemana, por parte de aquellos autores que han mostrado mayor intolerancia hacia los criterios formalistas usados por la dogmática tradicional para solucionar tales problemas (como Platzgummer, Ambrosius, Streng, Haffke, Schewe, Schmidhäuser, Armin Kaufmann, Grünwald, Stratenwerth, etc.), a partir de 1964 (fecha del fundamental trabajo sobre el dolo de Platzgummer), no se han dejado de evidenciar meditadas propuestas cuya intención es la búsqueda de una convincente respuesta al problema sobre la esencia del dolo.

En el ámbito de la doctrina italiana —y de manera cabalmente independiente al desarrollo que el debate análogo contemporáneamente ha tenido en el seno de la doctrina alemana —también nosotros nos hemos ocupado *ex profeso* del mismo problema con un aporte publicado en el *Archivio penale* de 1966 bajo el título de «Conciencia y voluntad en la teoría del dolo».

Las dos investigaciones, la alemana y la nuestra, aun moviéndose hacia una misma dirección, es decir, hacia la búsqueda de la esencia del dolo, sin embargo han avanzado sobre planos diversos.

En Alemania, se han substancialmente ocupado en someter a análisis a uno de los dos momentos que tradicionalmente componen la noción de dolo, y precisamente, al momento de la representación o previsión; de tal manera, llegaron al «descubrimiento» de que, en muchas situaciones, no es posible esperar del sujeto, que se encuentra en dolo, una *efectiva y actual* conciencia o conocimiento no sólo de los elementos normativos, o de evaluación del hecho típico, sino también de aquellos naturales o descriptivos, además de las circunstancias concomitantes con el hecho mismo. Según Platzgummer, Ambrosius, Schmidhäuser, Schewe y otros, para que haya dolo es suficiente que el sujeto, de tales elementos y de tales circunstancias, posea una conciencia activa sólo *en potencia* o *latente*; en esencia, se trataría de un conocimiento implícito, a nivel *preconciente* o *subliminar*, una especie de «con-conciencia».

Por lo que se refiere a la conciencia de la antijuridicidad, esto es evidente, de modo particular, en todos los delitos llamados instantáneos, en los de ímpetu y en aquellos condicionados por estados emotivos y pasionales.

Como ya había notado Welzel, en todas estas formas de injusto, como también en muchísimas otras, el sujeto, a lo sumo, podrá «saber» que el hecho constituye un ilícito así como tiene conocimiento de las reglas de aritmética, por ejemplo las de la suma y resta, y de muchas otras cosas más, aunque en el momento en que comete el hecho no piense absolutamente en ello.

Pero esta conciencia latente o «con-conciencia» a menudo está presente para los elementos naturalistas descriptivos y para las circunstancias. Así, por ejemplo, al sujeto se le imputa de corrupción de menores aunque en el momento del hecho no haya reflexionado sobre la edad de la persona ofendida, edad que, de todos modos, conocía con anterioridad al mismo hecho. De igual manera, en los delitos de pura omisión (como, por ejemplo, la omisión de socorro), sucede, a menudo, que el sujeto no se da cuenta de que, en una situación concreta, existen sea los presupuestos de hecho de donde deriva su deber de realizar algo como también la posibilidad, por parte suya, de hacer algo según la específica necesidad. Y, pese a ello, —según Armin Kaufmann, Stratenwerth y otros— él se debe a considerar en dolo conforme a su conciencia latente o subliminar. Razonando de diferente modo, es decir, exigiendo de los sujetos una conciencia real y activa se premiaría a aquellos más cínicos e insensibles; éstos, justamente por ser tales, ni por un segundo reflexionarían sobre el deber, como tampoco sobre sus presupuestos de hecho, ni sobre la posibilidad de hacer algo en el sentido impuesto por la norma.

De tal manera, no hay duda de que uno de los dos momentos fundamentales del concepto del dolo, el de la previsión-representación ha sido radicalmente redimensionado. Y, como hemos dicho, todo eso se debe a los resultados de las investigaciones llevadas a cabo por la teoría alemana.

Sin embargo, en nuestro trabajo de 1966 precedentemente citado, como también en una serie de trabajos sucesivos, nos hemos preocupado en profundizar ulteriores y aún más importantes aspectos del problema.

Ante todo, por lo que se refiere a la *conciencia de la antijuricidad* penal, también nosotros hemos subrayado que se trata sólo de una conciencia preexistente al hecho mismo, que rara vez el sujeto pone en acto en el momento de su cometido (como se hace con las reglas de aritmética). Pero hemos subrayado además que, si se observa detenidamente, esta misma conciencia, preexistente y en potencia, representa, para quien delinque, un «saber» puramente *memónico y formal* que nada tiene que ver con una real y auténtica conciencia del significado del desvalor jurídico del hecho y de sus variadas, concretas implicaciones éticas y de sanción.

Puesta así en discusión la efectividad de la conciencia de lo ilícito, luego nos hemos dedicado al análisis del real peso de otro dogma: aquel que considera a la conciencia y a la voluntad como primer inderogable presupuesto para la realización no sólo de los delitos dolosos sino también de los culposos. En efecto el art. 42, primer párrafo, de nuestro código establece, con claridad, que «nadie puede ser castigado por una acción u omisión... si no la ha cometido con conciencia y voluntad».

Y bien es mérito de la doctrina italiana, y principalmente de Francisco Antolisei, haber revelado que existen numerosos hechos culposos en los que el resultado no se puede unir a una *efectiva* conciencia y voluntad. Se trata del llamado fenómeno de los automatismos, es decir, de resultados causados, por el sujeto debido a un error, a un descuido, a un olvido, a un acto reflejo, instintivo, habitual, etc., como, por ejemplo, aquel del cirujano que olvida un tampón de gasa en las vísceras del paciente provocándole la muerte; aquel del fumador distraído que causa un incendio al arrojar la colilla todavía encendida; aquel de la madre que, mientras duerme, sofoca con su cuerpo al neonato que ella misma ha colocado a su lado, etc. En todas estas hipótesis, la doctrina italiana, en lugar de conciencia y voluntad, utiliza, de modo mucho más genérico, la palabra latina «suits» que significa «lo que es atribuible a la capacidad de querer» del sujeto, o mejor, «el hecho pertenece a su personalidad».

En lo que a esto se refiere, nuestra investigación personal ha trascendido semejantes conclusiones, desde hace tiempo asimiladas por la doctrina italiana. Al cabo de nuestra tarea, hemos llegado al «descubrimiento» de que este fenómeno de los automatismos no se puede relegar a una serie, algo limitada, de casos marginales y, por ende, no se lo puede considerar, *sic et simpliciter*, como «la excepción que confirma la regla» de la necesidad de la conciencia y voluntad.

Si se observa detenidamente, no sólo una parte de los delitos culposos, grande o pequeña que fuere, sino *todos ellos sin distinción* encuentran solución, en última instancia, en alguno de los llamados «mecanismos» intersíquicos. Al fin y al cabo, los hechos culposos constituyen, por sí mismos, «accidentes» caracterizados por aquella falta en la función de control que es propia del Yo del sujeto, falta normalmente denominada también «defecto de atención» o «ligereza». Tanto que muchos autores (entre ellos Mezger y Bettiol) suelen vislumbrar en esto la esencia constante y universal del fenómeno de la culpa.

Tal es así que el mencionado fenómeno de los automatismos y, por lo tanto, el defecto de atención, se muestra no ya como una excepción, sino esencialmente como «la regla»; esto se puede interpretar de la siguiente manera: la *ausencia* de conciencia y voluntad, y no la presencia de las mismas, constituye el primer inderogable presupuesto de los hechos culposos.

Si de los hechos culposos se pasa luego al campo de los hechos dolosos, no varía mucho el sentido del discurso —aunque pueda resultar sorprendente. Ya hemos visto que realmente conscientes y voluntarias, en el verdadero y efectivo sentido de las palabras, son sólo las conductas practicadas con dolo directo de primer grado, llamado también intencional; y hemos visto además que no todas las conductas de este tipo pueden ser consideradas como sostenidas *in*

*toto* por la representación y por la intención del resultado criminal, no siendo tales, por ejemplo, las llamadas *Affekthandlungen*, es decir, las acciones impulsivas, instintivas y pasionales.

Conciencia, intención, finalidad y voluntad —elementos todos que desde hace tiempo la doctrina considera como piedras miliarenses en el *iter* de reconstrucción del concepto unitario del delito— una vez que han sido analizadas de este modo, y estudiadas desde varios ángulos, se han así demostrado evanescentes y evasivas.

Hemos acabado aquí con nuestro estudio sobre la parte crítica del sujeto. Veremos ahora cuáles son los argumentos que nos parecen útiles para la reconstrucción dogmática del concepto de dolo bajo la luz de la moderna criminología y las importantes implicaciones que esto contiene para todo el sistema del delito.

\* \* \*

Parece oportuno resumir aquí lo que hemos hasta ahora explicado.

Anteriormente hemos evidenciado el contraste entre las dos concepciones básicas que hoy se disputan el campo del Derecho Penal: aquella del «Derecho Penal de la conducta», llamada también concepción personalista del injusto y aquella del «Derecho Penal de resultado».

Hemos dicho además que la primera concepción va teniendo siempre mayor acogida y difusión, además de Alemania, en todos los otros países que siguen el método dogmático para la elaboración del concepto de delito, con excepción hecha por las áreas lingüísticas de influencia inglesa y francesa. Por el contrario, es la concepción tradicional, que ve en el resultado el «centro de gravedad» del desvalor del ilícito, la que todavía domina en Italia sobre todo debido a mal entendidas preocupaciones de garantía en relación a los derechos individuales de libertad.

Nosotros seguimos la primera concepción, y sostenemos que —como ha afirmado Welzel— el dolo pertenece al hecho típico y no a la culpabilidad.

Aún declarándonos, por esta razón diríamos «mínima», entre los seguidores de la teoría finalista de Welzel, es decir, aun considerándonos también nosotros entre los «finalistas» en sentido lato y además metafórico, sin embargo, nuestra idea diverge de la de Welzel en un punto de extrema importancia: en cuanto a la naturaleza y a la estructura del dolo.

Según nuestra opinión, el dolo no puede identificarse ni con la «previsión-volición» del resultado, ni tanto menos con la «finalidad» o intención de realizar el mismo.

Semejante coincidencia solo es detectable en un número muy restringido de delitos, y precisamente en los denominados de dolo *directo*, *rectius*, de dolo directo *de primer grado*, y, si se observa detenida-

mente, ni siquiera en todas las formas de los arriba mencionados delitos: se excluyen, por ejemplo, los llamados *Affekthandlungen*, los actos impulsivos, pasionales o de ímpetu, en los que el sujeto no ha tenido el tiempo o la posibilidad de reflexionar a menudo ni siquiera un instante, sobre el objeto del dolo.

Pero ni siquiera el llamado dolo directo *de segundo grado*, o indirecto, como también aquel *eventual*, tienen nada que ver con fenómenos de psicología común como la voluntad y la finalidad. Existen, además, hechos finalizados y voluntarios orientados hacia el resultado dañoso, que sin embargo no constituyen delito (por ejemplo: engaños relevantes sólo civilmente); como también hay hechos voluntarios (como los tres ya mencionados casos de culpa impropia), en los que el sujeto se hace cargo de los mismos, a título de culpa, aunque por mera coherencia lógica se lo hubiera tenido que incriminar por dolo ya que existía la voluntad del resultado. Existen, además, hechos dolosos de omisión en los que falta la decisión de omitir (es decir, la voluntad o la intención de omitir) y, pese a ello, seguramente nos hallamos ante un dolo y no ante una culpa (como en la omisión de socorro). Mientras, en otros casos de omisión, se trata de culpa, y no de dolo, cuando la conducta fuera efectivamente querida, pero de todos modos determinada sólo por negligencia, y no por mala fe criminosa (ej.: omisión voluntaria, pero no dolosa de actos de oficio).

Todas estas consideraciones, junto a otras ya expuestas, ponen en evidencia la necesidad de abandonar la postura tradicional —basada en la psicología empírica o del sentido común— que considera el dolo penal como sinónimo de la voluntad de delinquir.

En Alemania, a partir del año 1964, numerosos escritores han destacado que en muchos casos, para que haya dolo, es suficiente un mero conocimiento de potencia, o latente, o a nivel subliminar de los elementos que constituyen el delito o de las circunstancias.

En cuanto a Italia, con nuestro ya citado trabajo sobre el dolo que lleva la fecha de 1966, nosotros nos hemos ocupado de los otros aspectos no menos fundamentales del concepto de dolo; nos hemos ocupado, precisamente, de aquellos conceptos que se refieren a la conciencia de la antijuricidad, y a la llamada *suitas* en los delitos culposos, además principalmente, nos hemos ocupado del problema básico de la voluntad de dolo.

Hecha esta breve síntesis de los principales puntos que desarrollamos la primera parte de esta investigación, plantearemos ahora los resultados obtenidos.

Desde hace más de un siglo la doctrina juspenalista tiene la costumbre de buscar en el sentido común o en el uso común del lenguaje o, a lo sumo, en una psicología orientada a lo empírico, y practicable de modo elemental, la solución a cuestiones básicas que infaliblemente surgen cuando se analizan los elementos estructurales del concepto de delito.

En esta tendencia doctrinal debe verse el persistente uso de los conceptos de conciencia y voluntad en la determinación de la esencia del elemento subjetivo.

Sin embargo, esta explicación «racionalista», o sea *racionalización*, del fenómeno de dolo no se remonta a tiempos lejanos. Nuestra doctrina acoge tal exégesis fundamentalmente de Carrara y de su concepción innovadora del «delito como ente jurídico», más bien que, *sic et simpliciter*, como hecho ético-social relevante jurídicamente. Pero hasta la segunda mitad del siglo pasado, y ya desde el derecho romano, pasando por el medieval e intermedio la clave para el conocimiento de la noción jurídica del dolo —clave tan difundida que llegó a ser casi un lugar común— siempre había sido de naturaleza *irracional* es decir, *emocional*. *Dolus malus* ha significado —y no por siglos sino por milenios diría— el *animus nocendi* en sus infinitas variantes de *animus occidendi*, *furandi*, *injurandi*, *decipiendi*, *diffamandi*, *lucrificandi*, *laedendi*, y así sucesivamente.

Expresiones como *astus animus*, *inigus animus*, *iratus animus*, *animosus animus* («edicto de Rotari»), *dolosus animus* («Capitulare italicum»), *animadversio*, *pravitas*, *mala fides*, *prava voluntas*, etc., se hallaban, de continuo y a la orden del día, en todas las aulas de los Tribunales del mundo occidental, en los que se ha juzgado según las reglas y los criterios derivados del derecho romano. Aun hoy en día, hojeando las diferentes codificaciones de tipo occidental o las relativas doctrinas en la búsqueda de elementos que indiquen la noción de dolo, es fácil topár con expresiones cargadas de emocionalidad como la *Gesinnung* antisocial del actual Código Penal de Alemania Federal, la *mens rea*, y principalmente el *evil intent*, y la *malice*, de los sistemas jurídicos anglosajones, la *böse Absicht* del código austríaco, la *malicia* y *alevosía* del código español, etc.

Todo esto es revelador, y útil para confirmar, una vez más, la conclusión surgida anteriormente: es decir que el planteo tradicional del elemento subjetivo en clave *racional-formalista* —aunque parezca lo opuesto— realmente no logra dar verdadera razón de la esencia del fenómeno, sea éste doloso o culposo.

Quede bien claro —conviene repetir, y subrayar una vez más— que no nos proponemos invalidar la credibilidad, ni quitar legitimidad al uso que, en el lenguaje de la praxis de los Tribunales, continúa haciéndose de las palabras de previsión y de volición al fin de connotar por los diferentes aspectos de dicho fenómeno. Lo que aquí interesa, por el momento, es únicamente el aspecto de una precisión *teórica* de conceptos que deben resultar válidos en el campo *científico*; como veremos, esto no excluye que precisamente tales conceptos conduzcan a consecuencias y a implicaciones que son de naturaleza extra-teórica, es decir, eminentemente práctica.

Ahora bien, en esta dirección nos parece que haya llegado el momento para la dogmática jurídico-penalista de no confiar más en el sentido común, ni en el uso común del lenguaje, como tampoco en la psicología denominada empírica, para la reconstrucción de los conceptos y de las instituciones jurídicas. Hoy las ciencias psicológicas y sociales que se orientan hacia el fenómeno de lo criminal —en una palabra, la moderna criminología— han alcanzado un grado tal de desarrollo que logran proporcionar, aunque sea parcialmente, aquellas respuestas unívocas que, en cambio, antes negaban a las numerosas cuestiones propuestas por la dogmática.

En el interior de tal variedad de respuestas sobre el elemento subjetivo, nos parece que por lo menos una es digna de privilegio y, por tanto, merece ser considerada en el campo puramente dogmático: es precisamente la respuesta ofrecida por la psicología llamada dinámica, o profunda, cuya matriz, como es sabido está en el psicoanálisis de ortodoxa derivación freudiana.

Necesario es aclarar que en esta sede específica no importa examinar el amplio y complejo problema de la llamada *criminogénesis*, problema orientado a la verificación de los mecanismos interpsíquicos y de los factores ambientales concomitantes que han determinado a un sujeto, o «al sujeto» en general, hacia la realización del delito. Se trata de un problema que incumbe, pura y exclusivamente, a la investigación criminológica, y que sólo indirectamente puede atañer a una ciencia normativa como quiere ser la dogmática penalista.

En este ámbito dogmático, la aportación criminológica puede en último análisis ser relevante sólo al limitado fin de una correcta y exhaustiva individuación de la naturaleza y de la estructura del elemento subjetivo.

Ahora bien, en términos psicodinámicos, lo que normalmente se suele indicar con la palabra «voluntad» significa el ejercicio de una función de control y de dirección por parte del Yo sobre la esfera de los propios impulsos instintivos (la esfera denominada del Es o Ello) Un sujeto «quiere» lograr un determinado resultado en el mundo exterior en cuanto, no sólo tiene la capacidad de «disponer» o de «pilotear» los propios impulsos interpsíquicos, sino que también se dispone con conciencia, es decir de manera finalista, en tal dirección.

Al querer analizar más de cerca las diferentes formas de manifestación del elemento subjetivo o psicológico, inmediatamente se advierte cómo tal control, o guía, falta completamente, e *in radice*, en los hechos *culposos*. Aquí, no sólo el inconsciente «asume el predominio» sobre el Yo, sino hasta lo burla, haciéndolo «responsable» del hecho a despecho suyo, es decir sin saberlo él, y en oposición a su efectiva actitud consciente. En síntesis, en el hecho culposo el Yo del sujeto es engañado por el Ello, y por tanto, convertido en «dupe de soi-même» o sea pelele de sí mismo; la responsabilidad que nace en

él consiste precisamente en no haber sabido ejercitar, como es debido, el propio deber de control y de «revelación» sobre los propios impulsos que obran en él de manera inconsciente; en otras palabras, tal responsabilidad consiste en haber actuado «con ligereza», habiendo permitido que faltara el propio poder-deber de «atención». De aquí, el cúmulo de actos no logrados (olvidos, descuidos, etc.) y de actos automáticos, como los impulsivos, reflejos, instintivos, habituales, etc.

Lo que después ocurre en el ámbito del *dolus malus*, que es semejante y diferente al mismo tiempo. Nótese que también aquí el inconsciente «asume el predominio sobre el Yo»; pero, mientras en la culpa esto sucede de manera capciosa y evasiva, en el dolo se comprueba que es el Yo del sujeto que «monta en grupa al caballo» de los instintos. Aquí, el Yo «adquiere», «dice que sí» a la petición negativa, porque es antisocial, emergente de los impulsos mencionados; es decir, el Yo, en actitud consciente de «compliance» toma el rumbo seguido por los impulsos. En esencia, el Yo se hace «cómplice» del propio inconsciente orientado hacia lo antisocial, o sea *colabora* con él, y consiente en dejarse transportar por los impulsos, hacia los que se siente atraído.

Así que, tal *actitud interior* de «compliance», tal *consciente adhesión a los propios dinamismos intersíquicos antisociales* representan el factor ulterior, el *quid pluris* que caracteriza el dolo y lo distingue de la culpa.

Queda asentado, de todos modos, que la llamada voluntad no se encentra a la raíz ni de la culpa ni del dolo. Como se ha dicho, en ambos casos es el inconsciente que «asume el predominio sobre el Yo»; en ambos casos estamos ante lo que puede definirse como el *coeficiente psíquico unitario y básico de la criminalidad*, coeficiente que no consiste en aquella función de control y de guía dada por la voluntad, como se cree erróneamente, sino precisamente en el contrario, es decir, consiste en el *no logrado o insuficiente control del Yo consciente sobre los propios impulsos antisociales*.

Ahora bien, semejante *actitud interior* de «consciente adhesión a los propios mecanismos intersíquicos antisociales» no es sino aquel aspecto afectivo, o emocional, del fenómeno del dolo que los clásicos —y aún hoy buena parte de las legislaciones y de las doctrinas de varios países, como también de la jurisprudencia italiana— solían recalcar con las expresiones, precedentemente mencionadas, de *animus nocendi, prava voluntas, mala fides* criminosa. Bajo la influencia de Carrara, la doctrina italiana se ha encargado de «remover», con obstinado cuidado, ese aspecto emotivo, o emocional, para adherir a una noción de dolo puramente ascética y racionalista-formal; noción que aún aparece en el citado art. 43 del Código Penal italiano, y que, por tenaz error, se la ha considerado, y se la sigue considerando, más

correcta en el campo científico, como también más funcional para la praxis técnico-jurídica.

En síntesis, por dolo debe comprenderse no ya la formal, racional y anodina «previsión y volición del resultado» sino la *actitud interior* antisocial que el sujeto manifiesta en su conducta delictiva; debe comprenderse precisamente lo que, en el seno de la doctrina alemana, se suele connotar con la palabra llena de significado *Gesinnung*. Un gran jurista, como Franz von Liszt, fue quien hizo hincapié sobre este concepto para estructurar, sobre él, toda su teoría de la culpabilidad. Avanzando en el tiempo, su postura fue seguida por autores de la altura de Kohlrausch, Eberhard Schmidt, Allfeld, Max Ernst Mayer, Erik Wolf, Engisch, y, más cercanos a nosotros en el tiempo, Bockelmann, el mismo Welzel y luego Gallas, Schönke, Schröder, Schmidhäuser, Hardwig, Herren, Stratenwerth, Wessels y además el mismo Hans Heinrich Jescheck, autor del más importante tratado moderno alemán de Derecho Penal. Por fin el actual Código Penal de Alemania Federal la acogió en su párrafo 46, II como fundamento de la culpabilidad.

En la doctrina italiana, sólo en los años sesenta, fue Zuccalà quien primero recurrió a tal término, pero de manera extremadamente limitada, y circunscripta a determinadas categorías de delitos, llamados «de infidelidad». Sucesivamente, nosotros, y por vez primera, en el ya citado trabajo sobre el dolo, con fecha de 1966, hemos utilizado esta idea como gozne para toda la teoría general del delito, y al fin específico de connotar el dolo y no la culpabilidad, como en cambio se había hecho en Alemania. En años posteriores, se adueñó felizmente de tal nuestra idea, uno de nuestros juristas más ilustres, Giuseppe Bettiol, muy conocido también en España y Portugal. Bettiol la sometió a un proceso sistemático de ampliación y, al mismo tiempo, de divulgación, en una serie de importantes escritos suyos (más de veinte), a partir de 1970 hasta los primeros años del ochenta, es decir hasta su muerte.

Pese a cierta diferencia de planteo entre nosotros y Bettiol (mientras para nosotros la *Gesinnung* es de naturaleza psicológico-naturalista, para el ésta posee en cambio una valencia ético-espiritualista), Bettiol ha captado plenamente la extrema importancia de esta nueva perspectiva dogmática, especialmente a la luz de las siempre más impelentes ciencias sociales. Basta leer en su Manual algunas frases en las que comenta la inserción de semejante idea en la esfera de la sistemática del delito: «estamos ante una exigencia revolucionaria del derecho penal [...]. La noción posee en sí misma una carga explosiva capaz de fragmentar todos los viejos andamios lógico-sistemático-formales». Por tanto, no debe sorprendernos si el destino de la introducción de este concepto en la doctrina es el de hallar fuertes resistencias: se ha temido y se teme, para usar una vez más las palabras textuales de Bettiol, «la concatenada explosión atómica de la noción

misma», por lo que se han tenido que erigir «refugios atómicos para defenderse de sus radiaciones».

En realidad, en la doctrina italiana son numerosas las críticas que ha suscitado nuestra postura sobre la naturaleza del dolo. Muchos autores, también ilustres, como Franco Bricola y Ferrando Mantovani, han manifestado el temor de que ésta pueda constituir una fractura insanable en los principios de garantía en cuanto a los derechos individuales de libertad asegurados en nuestra Constitución; se recela, en fin, que, dando relevancia a la actitud interior, se traicionen el fundamental principio básico *del hecho* y, por tanto, el principio mismo de estricta legalidad (*nullum crimen sine lege*) sancionado por el art. 1 de nuestro código hasta caer en una especie de «Derecho Penal del autor» muy similar a aquel *Täterstrafrecht* difundido en Alemania durante el período nazi.

Pero no fue absolutamente difícil responder a semejante crítica.

El principio básico de garantía, aquel de la *responsabilidad por el hecho*, no se discute en absoluto. Aceptar la visión del dolo como *actitud interior*, es decir, como *mala fe* criminosa, no significa renunciar, ni siquiera en parte, a la soberana exigencia del llamado *Tatbestand*, o sea de la conformidad del hecho concreto al modelo legal descrito por el legislador, en una palabra, al principio de la *tipicidad*. Esta visión del dolo significa sólo añadir *algo más* a la susodicha exigencia, es decir, pedir un *quid pluris* que, justamente por ser un elemento ulterior respecto de los elementos meramente materiales del hecho típico, desarrolla necesariamente un rol restrictivo en cuanto a la responsabilidad y, por tanto, una valiosa función *correctiva* respecto de otro peligro, muy más real, aquel de la responsabilidad sin culpa, o sea, *objetiva*.

Así que, el principio de la *Gesinnung* —siempre que se lo capte correctamente— no hace sino favorecer a la certeza del derecho, así como a los derechos de libertad del individuo; por tanto, acaba por convertirse en una forma de garantía más firme y más precisa de aquella, que por lo general, se defiende tradicionalmente.

Pero, además de esta crítica de principio, han surgido en el interior de la doctrina italiana otras críticas mucho más incisivas y prolijas, contra nuestra concepción del dolo como actitud interior antisocial, es decir, como *animus nocendi*.

Así, Luigi Conti —a quien, a la muerte de Francisco Antolisei, se le ha deferido la tarea de encargarse y actualizar las sucesivas ediciones del clásico manual de aquél— ha reputado necesario evidenciar dos importantes aspectos del asunto.

En primer lugar, Conti subraya que, para semejante noción de dolo, no hay cabida posible en el texto literal de la «definición» de dolo —como «previsión-volición de resultado»— dada por nuestro legislador en el art. 43 del Código Penal.

Pero nótese bien que en el Código Penal italiano no existe ninguna «definición» legislativa del dolo y de la culpa. A lo sumo, se trata de un mero *criterio de reconocimiento* basado en el clásico binomio de «conciencia y voluntad».

Este criterio es de todos modos imperfecto en cuanto deja al descubierto, como se ha visto, las formas del dolo indirecto, o de segundo grado, del dolo eventual, del dolo de omisión, la llamada culpa impropia, etc. Además, aunque se tratara de «definición», se trataría de una norma sin algún carácter *preceptivo* y, en consecuencia, no sería vinculante para el intérprete: *lex jubet, non docet*; por tanto, correspondería en todo caso a la doctrina la tarea de integrarla. Una definición legislativa del dolo y de la culpa, en el fondo, no es necesaria en absoluto; tal es así que la definición está ausente en la gran mayoría de los códigos penales modernos, incluso en el español y en el argentino. Como afirmó el jurista romano Giavoleno, «omnis definitio in jure periculosa, parum est enim ut non subverti possit» o sea: toda definición jurídica es peligrosa simplemente porque puede ser fácilmente trastornada.

En segundo lugar, la crítica de Conti radica en que una noción de dolo como actitud interior, o *animus nocendi*, exigiría una más aguda introspección psíquica por parte del juez sobre el acusado; por consiguiente, aumentarían las dificultades en el campo de la prueba y, por otro lado, existiría una mayor posibilidad de arbitrio judicial.

Pero es fácil responder también a tal censura. En realidad, el Código Penal italiano exige, en muchísimos casos, una particular introspección psíquica por parte del juez.

Así, según el sistema de circunstancias de parte general, se agranda la pena, por ejemplo, si los motivos para delinquir son «abyectos o fútiles» o si el sujeto ha obrado «con sevicias o crueldad». También en la sección especial del código son muy numerosas las hipótesis en las que el juez debe establecer si el hecho fue realizado, por ejemplo, «por protesta», «por solidaridad», «por desprecio», con «actos de brutalidad u obscenos», o «de vilipendio», con «actos libidinosos» «fraudulentamente», y así sucesivamente.

De todos modos, dejando esto de lado, no debe olvidarse que cierto grado de introspección psíquica es indispensable en el proceso penal si no se desea que el proceso caiga en la más deteriorada superficialidad, y si se quiere de tal manera, alejarlo lo más posible de los errores judiciales.

En todo caso, aún admitiendo que evidenciando el requisito de la *Gesinnung* se agrava la dificultad de prueba, no por ello no debe tomarse en consideración: «adducere incommodum non est resolvere argumentum». Lo importante es establecer, una vez por todas, que en el campo *científico* es dolo ya no la simple conciencia y voluntad del resultado sino la actitud interior con que obra el sujeto. Será, luego,

tarea de la *praxis* lograr o no la aplicación *in concreto* de semejante principio. Cómo lograr tal aplicación es un problema sólo práctico, que nada quita ni agrega a la validez teórica del principio mismo. Como es sabido, ciencia y *praxis* se mueven sobre planos distintos, que no siempre coinciden; en efecto, la *praxis* debe recurrir a compromisos y a aproximaciones que para la ciencia son, y deben ser, justamente, ajenos.

Ahora bien, ¿por qué nosotros insistimos en este «nuevo» concepto de dolo?

Las razones son principalmente dos.

Ante todo, porque una noción del dolo anclada en los principios de la psicología criminal y, por tanto, de la criminología, permite superar definitivamente la tradicional fractura entre la dogmática y la criminología, que desde siempre ha dividido y divide profundamente estas dos ramas del saber. Ha llegado el momento de crear un puente, una conexión, un sólido y seguro «*traît d'union*» entre dos ciencias; de tal manera, la dogmática, en cuanto al elemento subjetivo se refiere, debe cesar de usar esquemas empíricos, aproximativos, inspirados en el sentido común, esquemas absolutamente carentes de base científica.

Como ha afirmado Jescheck, el futuro de la dogmática penal se orienta hacia una cada vez más cercana e indisoluble colaboración entre dogmática y criminología.

Según nuestra opinión, semejante conexión, este «*traît d'union*», está representado precisamente por la noción psicodinámica del dolo que hemos expuesto aquí.

La segunda razón por la que consideramos importante nuestra tesis concierne específicamente a la sistemática de la parte general del código y al análisis del hecho típico de parte especial.

Un dolo considerado como «conciencia y voluntad», o también como mera «finalidad», permanece como un puro y simple «*Gegenspiegel*», o «espejo reflector», del aspecto material del delito; no es sino el «duplicado» *a parte subjecti*, del resultado: no es algo «vidente» sino es «wertblind», es decir, «ciego respecto por el significado del hecho delictivo». Obsérvese, por ejemplo, el caso del cirujano que corta con el bisturí el cuerpo del paciente; él posee tanto la voluntad como la finalidad de hacerlo, sin embargo no puede ser imputado por el delito de lesiones. Y esto, ¿por qué? Simplemente porque obra sin la actitud interior del que quiere dañar, es decir, sin el *animus nocendi*.

Ciertamente no es correcto afirmar —como en cambio hace la doctrina dominante— que en este caso el cirujano actúa un hecho típico, o sea penalmente relevante, pero no un ilícito, porque el hecho sería justificado por una causa de justificación.

De la misma manera, el ginecólogo que palpa a la paciente no cumple el hecho típico de actos obscenos porque no posee el *animus*

al realizarlos; los cumpliría, por otro lado, sólo si obrara con tal *animus*.

Prácticamente, si se prescinde del correspondiente *animus*, no existe ningún delito del Código Penal que pueda ser comprendido abstracto ni detectado *en concreto* siquiera. ¿Cómo se distingue de otro modo lo falso de una inocua alteración de lo verdadero, la estafa de un engaño banal, una violencia carnal de un normal coito violento, un acto de corrupción de un minusculum socialmente adecuado, los excesos de disciplina de la práctica del *jus corrigendi*, la injuria o la denigración de un reproche, o de una crítica socialmente adecuados, las amenazas lícitas de aquellas ilícitas en la violencia privada o la extorsión, y así sucesivamente?

La doctrina afirma que el ilícito penal se distingue de los demás tipos de ilícitos (civil, administrativo, etc.) por no ser un mero «ilícito de lesión» sino un «ilícito de modalidades de lesión». Es decir, lo que decide no es haber provocado la lesión al bien jurídico protegido sino el *modo* con que ésta ha sido provocada. Ahora bien, es este mismo *modo o modalidad* que otorga significado al ilícito penal, es decir, que constituye su desvalor el cual no es «de resultado» sino «de conducta».

Precisamente este «modo» de realizar la lesión depende totalmente de la actitud interior del sujeto activo del delito: el modo de la conducta no es sino la expresión directa e inmediata del dolo captado como mala fe criminosa o *animus nocendi*.

En síntesis, un dolo considerado como *actitud interior* desarrolla, en la teoría general del delito, un triple rol: 1) la función de enlace o *traît d'union* entre la dogmática y la criminología; 2) la función de *portador* del significado antisocial del hecho y, por ende, de *núcleo central e índice-base* del desvalor personal de la conducta, o sea, del hecho delictivo; 3) la función de *criterio básico* para la individuación del hecho típico y de la conformidad de éste al hecho concreto.

En fin, son *numerosísimos* los problemas de teoría general que semejante noción permite resolver de la manera más satisfactoria posible.

Nos limitamos aquí a señalar tan sólo los tres problemas fundamentales ya enunciados: a) el problema de la distinción entre autor y partícipe en la concurrencia de personas en el delito (problema que precisamente la jurisprudencia alemana resuelve, desde hace más de un siglo, con el criterio de los *animi*: *animus auctoris* y *animus socii*); b) el problema del comienzo de la actividad «*intrínseca* naturaleza del dolo», la que —como precisamente afirma Francisco Antolisei— no es simple voluntad sino «*mala voluntad*» es decir, *prava voluntas*.

Como afirma un antiguo dicho de derecho canónico, *in maleficiis animus et voluntas spectantur, non autem exitus*: en los delitos se debe mirar al *animus*, y no al resultado.