

CRONICAS EXTRANJERAS

Los elementos característicos del dolo (*)

WINFRIED HASSEMER

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt am Main

I. LA TEORIA DE ARMIN KAUFMANN (**)

Armin Kaufmann enriqueció, hace ahora treinta años, las viejas discusiones sobre la delimitación entre dolo e imprudencia alrededor de una idea, la cual —según el modo en que fue expuesta— podría en realidad haber concluido dicha discusión (1). Esta teoría prometía, como Kaufmann no olvidó subrayar, una salida al infructuoso e infinito círculo de teorías cognitivas (posibilidad, probabilidad) y volitivas (conformidad, asunción del riesgo) dirigidas a la caracterización del dolo.

Esta salida era nueva, se adaptaba al clima de las teorías del Derecho penal de la época y reclamaba consistencia teórica y fiabilidad para su aplicación en la práctica.

1. Particularidades de dicha teoría

a) Los criterios para la delimitación entre dolo e imprudencia reclamaban (como todos los fundamentos en la Teoría final de la acción) no sólo plausibilidad pragmática y contundencia teórica sino un fundamento ontológico *in re* no susceptible de discusión posterior (2).

(*) Traducción de M.^a del Mar Díaz Pita, becaria de investigación del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla.

(**) En el original «Die Lehre vom tatmäßigen Vermeidewillen», expresión de difícil traducción al castellano. La tesis de Kaufmann defiende la imposibilidad de imputación a título doloso cuando el sujeto lleva a cabo una voluntad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico («Vermeidewillen») y que a la vez domine el hecho («tatmäßig»).

NOTA DE LA TRADUCTORA.

(1) Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, en ZStW 70, 1958, (trad. Suárez Montes, ADPCP 1969).

(2) *Ibid.* pp. 66 y 71.

b) Dolo e imprudencia se diferencian con ayuda de aquel criterio que ya ontológicamente caracteriza la acción: la voluntad de realización. Por ello la teoría del dolo encaja sin fisuras en la teoría de la acción (3).

c) La voluntad de realización es suficiente como criterio de diferenciación. Por consiguiente no es preciso insertar otras características —heterogéneas— de delimitación (4).

d) Aunque esta teoría está basada en la teoría final de la acción (5) (presuntamente subjetivista) y por lo tanto es abarcada subjetivamente por una voluntad de realización, consigue sin embargo una «objetivación de los límites del dolo» (6): el ámbito del dolo se abandona cuando el agente, respecto de unas consecuencias secundarias no deseadas (7) que trata de evitar, realiza una «voluntad evitadora que domina el hecho» (8).

e) La consideración de la estructura final de la acción y la objetivación de los límites del dolo favorecen una matización esencial y no puramente gradual entre dolo e imprudencia (9). Ello supone un importante logro dogmático dado el hecho (10) de que el legislador algunas veces no incrimina la acción imprudente o, en todo caso, la castiga con una pena más leve que el delito doloso (11).

f) La teoría de Armin Kaufmann no es, como las doctrinas do-

(3) *Ibid.* pp. 73, 76 y 86.

(4) *Ibid.* p. 78: «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». De modo parecido, p. 73: «La voluntad de realización encuentra su límite por tanto, en la voluntad de realización».

(5) *Ibid.* p. 78: «La supuesta “subjetiva” doctrina de la acción finalista conduce, pues, a la objetivación de un deslinde 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».

(6) *Ibid.* p. 78.

(7) *Ibid.* pp. 74 y 77.

(8) *Ibid.* p. 74: «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».

(9) *Ibid.* pp. 81 y 82.

(10) Véase, p. ej., M. KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, pp. 17 y ss.; SCHROTH, *Theorie des straflichen Vorsatzes*, escrito de habilitación inédito, Munich, 1986, cap. 2.1. y 2.2.

(11) Por cierto, a Armin Kaufmann no le es objetable el empleo, en el núcleo de su teoría de un criterio exclusivamente cuantitativo de delimitación. En los límites, donde surgen los problemas prácticos, permanece p. ej., la pregunta sobre los límites de la «fuerza dominadora del hecho» que tiene la voluntad de evitación: «Cuándo el autor, a su dirección y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado» (ZStW, p. 77) y cuándo (y es esto lo que decide sobre los límites entre dolo e imprudencia), sólo se puede determinar de un modo gradual (y además «subjetivo», ver en el texto letra d).

minantes sobre el dolo, una teoría encubierta referida sólo al dolo eventual, sino que pretende ser una «teoría unitaria del dolo» que pueda, a través de la voluntad de realización, abarcar también el dolo directo (12).

g) La moderna teoría de la culpabilidad exige una teoría del dolo que, como ésta, sea capaz de separar estrictamente los elementos del conocimiento del injusto de los del dolo (13):

2. Crítica a la teoría de Kaufmann

La doctrina jurídico-penal apenas ha valorado las particularidades de la teoría del dolo de Armin Kaufmann (14). Más bien la ha incorporado a los restantes intentos de delimitación y de ella ha afirmado —en parte (15)— que, de todos modos, sería apta para fundamentar resultados satisfactorios en muchos grupos de casos. Pero la crítica prevalece claramente e impide que hoy esta teoría del dolo cuente con una notable influencia. En último extremo, esta crítica se nutre, si mi opinión es acertada, ante todo de aquellas características que Armin Kaufmann considera como lo más notable de su teoría: una ontologización y una objetivación concentrada de la determinación del dolo.

Contra esta teoría se objeta que conduce a resultados inaceptables, dependientes además de las peculiaridades de cada caso (16): quien realiza una voluntad de evitación, que desde su punto de vista suprimir cualquier riesgo adicional, no actúa ya dolosamente (y queda desde un principio fuera de esta teoría delimitadora), porque no toma en consideración la posibilidad de un daño (17); quien, a pesar de una voluntad activa de evitación, observa un riesgo adicional y, sin embargo, actúa, tiene por ello un dolo referido a ese riesgo adicional (lo cual contradice esta teoría delimitadora); quien no disminuye un

(12) ZStW 70, 72: El hecho doloso «abarca todas las consecuencias y modalidades, cuya existencia y producción ha sido tenida en cuenta como posible a no ser que la voluntad rectora se dirija a su evitación».

(13) *Ibid.* pp. 66 y ss. y 83.

(14) Compárese, p. ej., WESSELS, AT, 17 ed. (1987) p. 65; CRAMER en Schönke-Schröder, 23 ed. (1988) par. 15 marg. 78; M. KÖLHER (*supra* nota 10), p. 282 y ss.; SCHROEDER, en LK, 10 ed. (1980) par. 16 marg. 93; esto no es válido para ROXIN, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit BGHSt. 7, 363, en JUS 1967, p. 53, aquí citado por ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 209. *vid.* p. 214 y ss. y 227.

(15) Particularmente FRISCH, Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983, p. 13 y ss, 227 y ss.; PHILIPPS, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, en ZStW 85 (1973), p. 27, 29 y ss.

(16) Sobre todo JAKOBS, AT, 1983, cap. 8/29; también RUDOLPHI en SK StGB, 5 ed. (1988) par 16, marg. 42; FRISCH (*supra* nota 15), p. 14 y ss., 278 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 8.3.2.1.3.

(17) Compárese la definición de dolo. *supra* nota 11.

riesgo insignificante —evitable— debe responder, según esta teoría, por dolo, mientras que aquél que reduce al mismo grado de riesgo un riesgo elevado —evitable— sólo se le puede imputar a título de imprudencia. También se le ha reprochado (18) a Armin Kaufmann, no sin razón, que utiliza su criterio de delimitación en el caso práctico de forma inconsecuente (19).

Efectivamente, las acciones no pueden por sí mismas excluir el dolo de una forma plausible. El criterio resulta esquemático y además se inserta de modo mecánico en esta teoría del dolo: no parece evidente que quien reduce la peligrosidad de su acción ya por ello merezca un tratamiento menos severo, dado que, en todo caso, desde su punto de vista, actúa de modo peligroso, o sea, que —a pesar de la conducta evitadora— actúa con «mala voluntad».

Para justificar una exclusión del dolo habría que saber más sobre la persona del sujeto agente, su representación del transcurrir de los hechos y sobre todo su objetivo. La acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico-criminal (20). El que el sujeto no manifieste (y, por ello, cuando tiene en cuenta el resultado como posible deba ser considerado como agente doloso) un comportamiento de evitación puede deberse simplemente a que no le quedaba otra salida posible (21).

En el primer caso el tratamiento igualitario exigido por la teoría de Kaufmann sería injusto, e igualmente injusto nos parece en el segundo caso la imputación a título de dolo.

Pero ¿por qué nos parece esto así?, ¿qué razón tenemos para mantener un criterio distinto? y ¿qué es lo que debe o puede utilizarse como criterio para comprobar si una teoría del dolo (delimitadora de la imprudencia) es correcta?; sobre todo ésto, apenas sabemos nada hasta hoy.

(18) ROXIN (*supra* nota 14) p. 215 con referencia a STRATENWERTH y KOFFA.

(19) ZStW 70, 77, caso del «cinturón de cuero» (BGHSI, 7, 363).

(20) De forma parecida argumenta FRISCH (ver *supra* nota 15), p. 278 y ss.

(21) Grupos típicos de casos que se dan en situaciones de actuación simple o realizados en corto espacio de tiempo, como p. ej. adelantamientos peligrosos en una curva o en cambios de rasante. En la tipología de HERZBERG esto sería un peligro «no señalado» o mejor «inesperado»; compárese HERZBERG, Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, en JUS 1986, 249, p. 255 y ss.; el mismo, das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten, en JZ 1988, p. 573, 635, 641. ARMIN KAUFMANN ha visto el problema (compárese ZStW 70, 79 al respecto ROXIN [*supra* nota 14] p. 227) y decide, consecuentemente, en contra del sujeto agente: «Aquí falta una voluntad final de evitación».

3. Planteamientos erróneos en la caracterización del dolo

En cuanto a la teoría del dolo de Armin Kaufmann, ni siquiera jurídicamente se pueden discutir en ella los criterios de una determinación «correcta» del dolo. Esto por dos causas íntimamente vinculadas entre sí.

a) *Ontologización*

Quien, como los finalistas siguiendo el planteamiento de argumentar con cuestiones objetivas, defiende (22) su teoría como «ontológica» (es decir, correcta), lo hace queriéndose proteger con ello contra un discurso de justicia. Características ontológicamente fundamentadas (por ej., acción o dolo) son correctas en la medida en que tienen sus raíces en la estructura del ser de este mundo; su conformidad con las estructuras del deber deja de plantearse. Precisamente este argumento defensivo es desastroso en lo que se refiere al tratamiento penal del dolo. Pues, como la Historia demuestra (23), las profundas transformaciones en la estructura del deber [de las expectativas de justicia y del pacto normativo social (24)] son, en este campo, la regla. Qué tipos de comportamientos dolosos se deben diferenciar, cuáles se deben deslindar de los no dolosos, cuáles se deben sancionar penalmente, todas estas preguntas no se pueden discutir desde un punto de vista ontológico sino sólo desde una perspectiva deontológica, es decir, son cuestiones que quedan abiertas a las expectativas de justicia históricamente variables.

b) *Objetivización esquemática*

Quien, como Armin Kaufmann, objetiviza (25) los límites del dolo sólo sobre la acción de evitación, limita con ello el posible recurso de la determinación del dolo a aquéllo que el agente tiene en su mente durante y con su acción: la actividad (que objetivamente va dirigida a evitar un resultado) es el único criterio válido para conocer lo que el autor quería y pensaba subjetivamente. Ello es una solución elegante y simple pero también peligrosa y, en principio, inadecuada. El principio es inadecuado porque el dolo —incluso para una forma

(22) Véase *supra* nota 2.

(23) Compárese Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a ed. (1965) par. 16-20, 21, 58, 60, etc.

(24) Sobre esos procesos ver mi *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1980, p. 25 y ss., 151 y ss., 221 y ss.

(25) Véase *supra* notas 5-8

finalista de pensamiento— reside sin duda en el lado interno del pensar y el querer («de la voluntad de realización») y no en el lado externo de la acción y de la causación (la actividad de evitación). Es decir, una teoría del dolo esquemáticamente objetivada sólo puede ser exacta cuando el indicador externo (la acción de evitación) representa completamente aquello que precisamente debe reflejar (la exclusión de la voluntad de realización); cuando fracasa esa representatividad del indicador externo no podrá sacarse ninguna conclusión de la acción evitadora en relación con la voluntad de realización. Ahí residen al mismo tiempo la elegancia y la peligrosidad de una objetivación concentrada sobre un único indicador: quien, en un grupo de casos en los que se aprecia con claridad una actividad de evitación (26), quiere basarse en esa actividad como indicador del dolo se expone a la posibilidad de una modificación sutil en atención a otras peculiaridades externas e internas del suceso, se pone a merced en cierto modo de su criterio objetivado del dolo y debe asumir el riesgo de llegar a conclusiones absurdas cuando tome en consideración las circunstancias con mayor detenimiento. Es precisamente este autocreado dilema el que en definitiva justifica la crítica (27) que se hace sobre la determinación del dolo que preconiza Armin Kaufmann.

4. El suceso desde el punto de vista interno y externo

Pero esta crítica no agota la fuerza de la teoría del dolo de Kaufmann. La crítica tiene razón en lo que se refiere a exactitud y plausibilidad de los resultados y se puede ir todavía más allá, como ahora se expondrá, a partir del proceso de una ontologización y una objetivación esquemática. El principio metódico de Kaufmann, en lo que se refiere al suceso externo, no está sin embargo lo suficientemente valorado (ni mucho menos superado) en la dogmática existente sobre el dolo. Esta vía de caracterización del dolo —para algún finalista, en cierto modo sorprendente y ya por ello objetable— ofrece, esquematizaciones y simplificaciones aparte, un conocimiento fructífero en lo referente al objeto del dolo que al mismo tiempo puede ser útil para la praxis.

Se pueden reconstruir (y al final también valorar) las discusiones alrededor de la delimitación del dolo (y por tanto el deslinde del dolo eventual con respecto a la imprudencia consciente) según el papel que respectivamente juegan el suceso interno y externo para la caracterización del dolo. Y con ello se puede ver que las dificultades de la teoría del dolo están relacionadas con estos aspectos interno y externo.

(26) Sobre otros grupos de casos véase *supra* nota 21.

(27) Véase *supra* epígrafe 1.2.

II. LA RATIO DE LA PENALIDAD DEL DOLO

Si en la búsqueda de las correctas características del dolo se renuncia a definiciones apriorísticas de tipo ontológico y a desfiguraciones de elementos del dolo, se plantea en primer lugar, desde el punto de vista deontológico, la pregunta de cuál es la razón que justifica el que en nuestro Derecho Penal (28) se incrimine de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente. Quien no puede contestar a esta pregunta, no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables: qué grupos de casos, situaciones, hechos, han de ser valorados como dolosos y cuáles como culposos no se decide según una presunta naturaleza ante o extrapenal del dolo o de la imprudencia en sí mismos considerados, sino según una lógica normativa, la cual sirve de base al diferente tratamiento penal que reciben los grupos de casos dolosos y culposos; lo que se considera como «ya doloso» o como «todavía culposo» sólo puede decidirse en función de la ratio por la que se sanciona con mayor energía el dolo (29) (30).

1. El dolo como decisión

La ratio de la penalidad del dolo ha llamado fuertemente la atención de las discusiones más recientes. Después de que English, ya en 1930, subrayara «la actitud (del agente) hacia el mundo de los bienes jurídicos» (31) como criterio de distinto nivel de reprochabilidad de

(28) Al respecto nota 10.

(29) Así ROXIN (*supra* nota 14) p. 22 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5.8; STRATENWERTH. AT I, 3.^a ed. (1981) marg. 251.

(30) Esto es al mismo tiempo renunciar al intento de deducir los elementos del dolo de la semántica del lenguaje coloquial (compárese p. ej., HAFT, Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftlichen Betrugs, en ZStW 88 (1976) p. 383 y ss.; así HERZBERG, JZ 1988, p. 573 y ss. en discusión con SPENDEL y con alusión a SCHMIDHÄUSER y FRISCH); el lenguaje coloquial es menos rico y preciso que el lenguaje jurídico pues no ha sido elaborado de forma sistemática para resolver grupos de casos; el lenguaje coloquial cumple una misión comunicativa diferente a la del lenguaje especializado, el cual se concentra en la descripción y concretización de situaciones jurídicas (y de ésto se trata en última instancia p. ej. en la teoría del dolo); el lenguaje coloquial no constituye una fuente legítima de informaciones de relevancia decisiva ya que no se desarrolla ni se orienta en base a discursos formalizados de justicia. Por lo demás, los mismos ejemplos de HAFT muestran con qué facilidad las opiniones cotidianas y el lenguaje coloquial pueden encubrir garantías jurídicas fundamentales: la «inequívoca» imputación a título de dolo al autor de un robo con escalo o a título de imprudencia en el caso del conductor y el maestro (*ibid.* p. 384); la crítica a la jurisprudencia del RG que interpreta el así llamado «robo de fluido eléctrico» (p. 385 nota 61 señala: «una visión» profana en lugar de una reflexión daría como resultado que la electricidad —más o menos— es en todo caso una cosa, susceptible de ser robada») ver nota 46.

(31) ENGISCH, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, p. 117.

la lesión dolosa o culposa, esta idea ha sido más tarde enriquecida y perfeccionada (32). Por encima de todas las diferencias de detalle sobre la determinación del dolo se puede constatar (33) al respecto una notable concordancia. Esta definición expresa lingüísticamente mejor, por así decirlo, las más recientes caracterizaciones del dolo que por fin han conseguido superar las viejas alternativas fosilizadas que, dentro de la teoría del dolo, diferenciaban los aspectos cognitivos y volitivos. Esto es válido, sobre todo, en aquellas determinaciones del dolo en las que se utilizan expresiones como «decisión a favor de la lesión del bien jurídico» (34), «decisión contra el bien jurídico» (35) bajo un «punto de vista (36) estrictamente personal», «negación explícita que realiza el individuo agente (37) de una situación protegida por una norma jurídico-penal» o como «asunción de las circunstancias (38) del hecho constitutivas del injusto».

De hecho, estas diversas descripciones del dolo que acabamos de citar no se diferencian entre sí; más bien tienen varios puntos de coincidencia, como por ejemplo:

— Que renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo.

— Que reunifican voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual («decisión», «negación explícita», «asunción»).

— Que localizan el dolo en el aspecto más íntimo del individuo agente («decisión», «asunción»).

— Que aceptan la asunción de conceptos básicos abstractos para una descripción unitaria de qué es lo que se entiende por dolo.

Este desarrollo sigue la dirección correcta. Sin embargo, no puede terminar ahí: se debe saber exactamente qué es lo que se entiende por «decisión» o por «asunción» y cómo se pueden constatar estos

(32) Al respecto véase especialmente ROXIN (*supra* nota 14), pp. 222 y ss.; M. KÖHLER, (*supra* nota 10), pp. 330 y ss.; FRISCH (*supra* nota 15), p. 46 y ss.; SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5.8.; también mi «Einführung in die Grundlagen des Strafrechts», 1981, pp. 206 y ss. (traducción española de Arroyo y Muñoz Conde, con el título «Fundamento del Derecho penal», Barcelona 1984).

(33) Al respecto FRISCH (*supra* nota 15), pp. 16 y ss.

(34) ROXIN (*supra* nota 14), p. 224, «la diferencia fundamental de las formas de culpabilidad radica en si el autor se ha decidido o no a favor de la realización de los elementos del tipo (y con qué sentimientos, expectativas y deseos)». Para STRATENWERTH (AT I, marg. 255) el criterio a seguir para una distinción es «respectivamente, la diferente actitud básica del delincuente»: «el delincuente que actúa dolosamente se decide a favor de la lesión del bien jurídico; el que actúa imprudentemente no. Esta sola contraposición es suficientemente elemental para en principio hacer del comportamiento doloso una manifestación más grave del hecho penal». Al respecto, del mismo parecer RUDOLPHI, EN SK StGB, par. 16, marg. 39.

(35) FRISCH (*supra* nota 15), p. 482 *passim*.

(36) *Ibid.* p. 139 *passim*.

(37) SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 5.8.

(38) *Ibid.* cap. 8.3.3.; en lo referente al «objeto del juicio del injusto» de forma parecida M. KÖHLER (*supra* nota 10) p. 333 *passim*.

conceptos. Para ello hay que diferenciar el aspecto interno del aspecto externo del suceso a la hora de caracterizar el dolo.

2. El dolo como forma más grave de responsabilidad

La descripción del dolo como «decisión contra el bien jurídico» (39) o como «asunción personal del injusto del hecho» apunta hacia la dirección correcta ya que concuerda con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo. Este es, en relación con la imprudencia, un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad (40).

De ahí resulta, por un lado, que el dolo caracteriza fenómenos internos del individuo agente (41), que se refieren al acontecer externo: el sustrato del dolo sólo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquéllo que es externo a él. Esto ha de ser así en un sistema de Derecho penal en el cual se diferencia entre injusto y culpabilidad. La existencia de elementos subjetivos del injusto y elementos objetivos de la culpabilidad no sólo no se opone a esta distinción sino que la confirma: precisamente la caracterización de tales elementos (como subjetivos y objetivos) presupone ya esta distinción previa entre lo interno y lo externo.

Resulta, por otro lado, que la más grave incriminación de una acción dolosa se puede justificar en esa línea: el autor de un delito doloso lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que obliga a observar ese bien jurídico. Un Derecho penal que, como el nuestro, está comprometido con los principios de protección de bienes jurídicos y orientación al autor, debe tener en cuenta —respecto al autor de un delito imprudente— la distinta relación del autor de un delito doloso con la norma. El peligro para los bienes jurídico-penales que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente; se debe valorar la más grave y compleja intensidad lesiva del hecho sin olvidar que la reinserción del delincuente doloso supone un «cambio normativo», una relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión del peligro.

(39) Se debe añadir a la evidencia: «Bien jurídico en la forma típicamente protegida»; se trata entonces del injusto en el ámbito de los elementos típicos.

(40) Al respecto, detallada y diferenciadamente mi «Einführung» (*supra* nota 32) pp. 203 y ss.

(41) Esto es válido tanto para la comisión como para la omisión.

3. La necesidad de elementos volitivos

Para la caracterización conceptual del dolo (y la demarcación de sus límites con la imprudencia) resalta la necesidad y el carácter central de los elementos volitivos. Que al agente —de un modo cognitivo— sólo estaba informado del acontecer del hecho, que sólo tenía la exacta representación de la peligrosidad de su acción y su omisión es un argumento demasiado débil y no basta para la aceptación de una «decisión» o de una «asunción personal». Para el dolo, los elementos que caracterizan esta especial relación del delincuente doloso con la norma son irrenunciables (dada la mayor gravedad de su incriminación): el sujeto debe no sólo «poseer» la información sobre el peligro para el bien jurídico, sino «aceptarla», «admitirla», hacerla el fundamento de «su» acción y ésto significa «quererla». Una «decisión» a favor del hecho injusto, su «asunción personal» no es meramente un suceso calculable sino algo existencial, un acto de autoafirmación frente al mundo (42).

4. El conformarse en sentido jurídico

La así entendida decisión contra el bien jurídico (en el marco de una protección típica) no requiere que el agente refuerce aún más su decisión desde un punto de vista emotivo, ni que lleve a cabo una reflexión positiva, es decir, que se conforme (43). Si se explica, como aquí se hace, la ratio de la penalidad del dolo a partir de principios jurídico-penales como la protección de bienes jurídicos y la orientación al autor y a partir de una relación especial del delincuente doloso con la norma, todo se reduce a la «decisión a favor del injusto» y ya no hace falta una valoración adicional de la decisión. Pues esa decisión, como asunción personal de la lesión de una norma protectora de un bien jurídico conlleva ya por sí misma las condiciones que aquí han sido desarrolladas bajo la expresión «peligro para el bien jurídico-penal» y «cambio normativo». Que el agente considere esta su decisión, observándola y valorándola, «buena» o «deplorable» no afecta a la misma sino que es externo a ella.

Con ello se solucionan las dificultades que plantea (44) la teoría del dolo con el desafortunado concepto de «conformarse en sentido jurídico» (45). Este no es, bien entendido, otra cosa que «decisión

(42) En esa dirección M. KÖHLER (*supra* nota 10), *Theorie der Schuld als Selbstbegründeten Selbstwiderspruchs*; ver allí pp. 332 y ss., 373 y ss., 391 y ss.

(43) De la misma opinión es en principio RUDOLPHI. en SK StGB par. 16, marg. 39.

(44) Véase p. ej., ROXIN (*supra* nota 14) p. 217; M. KÖHLER (*supra* nota 10) p. 49 respectivamente con referencias ulteriores.

(45) BGHSt 7, 363 (369): «El dolo eventual se puede dar también aún cuando

contra el bien jurídico», ya que efectivamente la razón de la incriminación más grave del dolo no tiene nada que ver con los sentimientos que el sujeto pueda tener al realizar el hecho, pues el dolo se puede explicar (46) a partir de condiciones más estrictas y precisas.

5. La relación entre conocimiento y voluntad

a) *La intención*

El que la intención se constituya, según opinión dominante, sobre el elemento volitivo y que por tanto se pueda imputar al autor la producción de un resultado «buscado» (47) aunque no lo considerara como de segura producción, es la obligada consecuencia de una concepción de dolo que se basa en una decisión contra el bien jurídico y localiza esta decisión (entendida como asunción) en el lado más íntimo del sujeto agente. El interesado en la lesión del bien jurídico, el que se dirige de una forma final a lesionarlo, es precisamente el que se decide en contra del bien jurídico en la forma más típica.

b) *El dolo directo*

Sólo aparentemente se trata, en lo referente al dolo directo, de otra cosa. Aquí se enseña en realidad que para la imputación a título de dolo es suficiente con el elemento del conocimiento seguro acerca de la consecución del daño, y que un rechazo, una voluntad contraria a ese daño no sirve para disculpar al sujeto (48). O sea, parece que

el autor no desea la consecución del resultado. En sentido jurídico él aprueba, a pesar de todo, este resultado cuando, a causa del objetivo buscado, se conforma, en caso de que sea necesario, es decir, en tanto que no pueda alcanzar su objetivo de otra manera, con que su acción le lleva a un resultado no querido por él. Y con ello se puede afirmar que el sujeto ha querido el resultado en el caso de que éste se produzca».

(46) La concepción de las teorías del consentimiento prueba, por lo demás, la peligrosidad de la semántica del lenguaje coloquial en la teoría del dolo (*supra* nota 30). La necesidad de precisar y limitar la semántica de la expresión «conformarse con sentido jurídico» resulta incluso del hecho de que «conformarse» en el lenguaje coloquial tiene un ámbito semántico más amplio que en Derecho penal, pues ahí se expresan sentimientos que se evalúan (aprobación, aceptación, deseo). Esto lo ha percibido de forma correcta el BGH pero lo ha formulado desafortunadamente. Sin embargo se debe también remarcar que en otro sentido el «conformarse» del lenguaje coloquial es demasiado débil y limitado: no expresa correctamente la gravedad existencial de una decisión contra el bien jurídico (véase *supra* nota 42). Yo me puedo conformar con muchas cosas, siempre y cuando sean externas a mí y permanezcan de este modo; una decisión contra el bien jurídico contenida en el acto de la lesión de una norma supone un cambio, para el individuo agente, una forma completamente distinta de conformidad.

(47) Compárese, p. ej., CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER par. 15, marg. 66 y ss.

(48) Compárese, p. ej., MAURACH-ZIPF, AT 1, 7.^a ed. (1987) cap. 22-29.

el dolo se caracteriza fundamentalmente a través del elemento de la cognoscibilidad (49).

Sin embargo, esta comprensión no sería adecuada (y rompería además la posibilidad de unificación de la concepción del dolo partiendo de conceptos como «decisión» y «asunción volitiva»). Se ha demostrado que, en lo referente al dolo, no depende de forma adicional de un «conformarse» emotivo (50) y esto explica que un rechazo y una voluntad contraria no pueden excluir la imputación en caso de dolo directo; de hecho éste no plantea especiales problemas salvo aquellos ya conocidos que nacen de la crítica a las teorías del consentimiento.

La concepción dominante del dolo directo, correcta en el resultado, no exige tampoco una revisión de la caracterización del dolo como asunción o decisión. El elemento de la cognoscibilidad es irrelevante en la constitución del dolo directo al igual que en la intención y en el dolo eventual. Pues para lo único que es útil es, todo lo más, para deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico (51): quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión (52). Para el dolo directo, la acción dolosa es voluntad, una acción de decisión. El componente intelectual es simplemente una condición necesaria de la decisión porque sólo podemos hablar de una decisión cuando aquél que la toma sabe lo que asume, porque la voluntad se refiere al mundo, a lo querido, porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido. Si una persona actúa, según la concepción del dolo directo, con un conocimiento seguro acerca de la peligrosidad de su acción podemos deducir, a falta de informaciones opuestas, que esa persona ha asumido la peligrosidad y que se ha decidido a favor de ella; lo que no podemos hacer es colocar el conocimiento como elemento del dolo en el lugar de la decisión.

III. CARACTERÍSTICAS EXTERNAS DEL DOLO

Con la determinación de estas relaciones entre conocimiento y decisión, entre representación y voluntad surge una última pero necesaria

(49) Así entiendo JAKOBS, AT cap. 8-18; compárese también cap. 8-20; al respecto véase texto y nota 51; véase también JESCHECK AT, 3.ª ed. (1978) p. 239.

(50) *Supra* II.4.

(51) Así RUDOLPHI en SK StGB par. 16, marg. 37: «De ahí que el elemento volitivo del dolo no necesite de una especial constatación». De modo parecido JAKOBS, AT cap. 8.20: «el que el autor, con una certeza probada, no tenga ninguna posibilidad de distanciarse del resultado por medio de una actitud emocional que impida el dolo...».

(52) Esto es, desde mi punto de vista, un caso de empleo de «diálogo de responsabilidad penal», tal como ha sido presentado por V. NEUMANN (Zurechnung und «Vorverschulden». Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, en especial ver pp. 276 y ss., 284 y ss.).

ria complicación de la teoría del dolo. Esta complicación se extiende de forma unitaria a todas las clases de dolo; sin embargo tiene una especial significación en lo referido a la concepción del dolo eventual. Dicha complicación tiene su origen en el método de deducir una característica del dolo de otra, como se ha hecho respecto a la relación entre conocimiento y decisión y está relacionada con la determinación objetiva (o mejor, «externa» (53)) del dolo (54) que preconiza Armin Kaufmann.

1. El problema de las teorías tradicionales del dolo

El problema crucial de todas las caracterizaciones del dolo habidas hasta la fecha, que se apoyan en el lado más íntimo de la persona, reside en una forma específica de desconocimiento, incluso de ignorancia. Este problema es más grave para las teorías volitivas del dolo (lo que puede haber proporcionado una mayor plausibilidad a las teorías cognitivas, que al final tampoco pueden sustraerse a este problema).

a) Las teorías volitivas

Las teorías volitivas del dolo utilizan para describir la actitud del sujeto agente expresiones como «conformidad interna» (55), «asunción del riesgo», «conformarse con», «indiferencia» (56), «represión» (57). Sin embargo, no aportan nada sobre las condiciones de aplicación de estos elementos del dolo. La pregunta de cuándo un individuo se sitúa frente a una (posible) lesión del bien jurídico con indiferencia o conformándose equivale a preguntar sobre el contenido del elemento «indiferencia» o «conformidad» en una teoría del dolo. Quien no puede contestar a la primera pregunta, no tiene por consiguiente ninguna idea clara de su descripción del dolo. Su plausibili-

(53) Armin Kaufmann habla pues (ZStW 70, 78 *passim*) de la «objetivación» de los límites del dolo. La denominación es sin embargo desafortunada ya que, en última instancia, lo subjetivo puede ser «objetivamente» investigado, interpretado y constatado. Debido a que él quiere conseguir esta «objetivación» a través de la actividad de evitación, es decir, a través del suceso externo, es adecuado hablar de una determinación «externa» del dolo (o sea, de una determinación realizada a través de elementos externos de caracterización).

(54) Véase *supra* I.4.

(55) JAKOBS, AT, cap. 8-20 ironiza con razón: «internamente (¿dónde si no?)».

(56) Al respecto CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER par. 15, marg. 81 y ss.; RUDOLPHI, en SK StGB par. 16, marg. 39.

(57) Véase especialmente HAFT, ZStW 88, pp. 379 yss.; en el término «represión» se puede encontrar un significado tanto volitivo como cognitivo, pues lo que se reprime es de todos modos un conocimiento, una representación (de la dañosidad de la acción).

dad pone en relación dichos elementos con su cambiante y, por ello peligroso (58) empleo en el lenguaje coloquial: ya se sabe lo que significa el que uno apruebe (59) algo. El intento de utilizar operativamente estas caracterizaciones, de precisarlas desde un punto de vista jurídico, como usualmente se hace con términos como «posesión» o «provocación en la legítima defensa», no ha sido emprendido por nadie.

Y ello no es casual. Se debe a que dichos elementos sólo se pueden utilizar operativamente (y por consiguiente hacerlos aplicables) en la medida en que se abandonan las habituales vías de las sutilezas dogmático-conceptuales: elementos como «asunción del riesgo» o «represión» se sustraen, al contrario de lo que sucede con conceptos como «agresión actual» o «ámbito de vigencia temporal», a una observación inmediata, es decir, por principio y para siempre. Estos elementos designan lo «interno» de una persona. Por ello no se pueden describir y concretar en base a una observación, sino sólo pueden ser, si no se abandona el plano descriptivo, parafraseados o sustituidos por otras descripciones igualmente problemáticas. Exactamente del mismo modo actúa la teoría volitiva del dolo, que no ha avanzado un paso en la concreción y utilización operativa de los elementos del dolo que ella preconiza; lo único que hace es dar vueltas utilizando expresiones que más o menos correctamente sirven para parafrasear el aspecto interno de un individuo.

b) *Las teorías cognitivas*

Con las teorías cognitivas sucede al final lo mismo. Ofrecen la apariencia de que se interesen por lo observable y calculable utilizando para ello expresiones como «posibilidad», «riesgo» o «probabilidad preponderante» (60), pero las apariencias engañan. Pues los grados objetivamente descriptibles de la peligrosidad no son, para una concepción del dolo, aceptables como tales sino sólo en la medida en que vayan investidos de una valoración y elaboración subjetivas. Determinar si la acción es realmente peligrosa o en qué medida, no decide sobre el dolo, ni tampoco el grado de proximidad objetiva de un daño sino únicamente qué grado de riesgo y de peligro tiene (61) la acción desde el punto de vista del agente. No parece lógico

(58) Véase *supra* nota 30.

(59) Véase *supra* nota 46.

(60) Al respecto CRAMER, en SCHÖNKE-SHRÖDER par. 15, marg. 74 y ss.

(61) Claramente ROXIN (*supra* nota 14) pp. 212 yss., 220: «¿Cómo evalúa el autor la posibilidad del resultado? ¿Lo da por hecho o por probable? ¿Lo toma en serio, cuenta con ello, cree que puede evitar el resultado? ¿O confía en una salida airosa o considera el fracaso concretamente imposible, improbable y evitable?»; así HAFI, ZStW 88, p. 375; véase también E.A. WOLF, Die Grenze des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, en Festschr. f. Gallas, 1973, pp. 197, 205 y ss., 219 y ss.

que el riesgo y la probabilidad de un daño, que incluso posiblemente se pueda calcular, sea suficiente para una teoría del dolo; pues se trata de una imputación por culpabilidad —o, en cualquier caso, de un grado de imputación— para la cual no es suficiente la valoración del suceso externo; más bien habría que investigarse ulteriormente el grado de participación interna del agente en el suceso externo. Y tampoco se puede deducir de la extensión real de la probabilidad del daño o riesgo una conclusión fiable respecto a la extensión (incluso al «si») de la valoración del riesgo por parte del individuo; puede incluso que éste haya valorado mal o no haya percibido siquiera el riesgo implícito en su acción. De todo lo dicho se deduce que las teorías cognitivas del dolo tienen que enfrentarse también con un objeto incierto: la representación que del riesgo tiene el individuo. Sus problemas metodológicos son, en última instancia, idénticos a los de las teorías volitivas (62).

c) *Paráfrasis del dolo*

Lo que ofrecen las tradicionales teorías del dolo no es más que una variopinta paráfrasis del mismo que delimita su objeto sin abarcarlo en su totalidad. Términos como «asumir el riesgo», «tomar en serio», «indiferencia» o «represión», que son los que directamente deciden la imputación a título de dolo no son indicaciones operativas de decisión sino significantes del lenguaje coloquial que evocan representaciones ricas (y desde luego también cambiables y diferenciables) y que deben exclusivamente a este hecho su fuerza de convicción (así como la inconsistencia y casualidad de sus consecuencias). Precisamente por ello se entiende que cada vez más se utilicen conceptos como «decisión» o «asunción» ya que, de algún modo, eluden la plasticidad colorista del dolo, sustrayéndose así a la paralizante alternati-

(62) Si se discute, como tradicionalmente se hace en ámbitos cognitivos, sobre la alternativa posibilidad vs. probabilidad, se refuerzan de nuevo los problemas respecto a la utilización práctica de estas teorías. Por un lado, los criterios «posible» y «probable» contienen sólo una fuerza cuantificadora y, por consiguiente, no permiten ninguna diferenciación cualitativa entre dolo e imprudencia (véase las objeciones de ARMIN KAUFMANN, ZStW 70, 81, contra la «teoría positiva del consentimiento»: tampoco las teorías de la probabilidad y de la posibilidad permiten, como se ve, una separación esencial entre dos clases básicamente diferentes del injusto; véase además *ibid.* 82 *infra*). Por otro lado, los criterios «posible» y «probable» en lo referente al peligro externo, carecen de precisión ¿dónde termina exactamente la posibilidad y dónde empieza la probabilidad? ¿Qué grados —y cómo se determinan— de posibilidad y probabilidad son suficientes? Si se pretende construir la representación vaga e incierta que de la situación externa tiene el juzgador sobre la base de la representación que tenía el sujeto en el momento de actuar —como exige una imputación a título de dolo— el intento está destinado a tener tanto éxito como que un flan permanezca clavado en la pared.

va entre perspectivas (63) volitivas y cognitivas. Sin embargo este proceder es fácilmente comprensible ya que esta plasticidad colorista no favorece sino que perjudica la racionalidad de una decisión. Este recurso a una caracterización abstracta del dolo revela no obstante lo que las paráfrasis significativas pueden ocultar: que las concretas caracterizaciones del dolo deben ser elaboradas, que debe precisarse lo que se entiende por «decisión contra el bien jurídico típicamente protegido».

2. La deducción lógica de lo interno a partir de lo externo

Después de todo lo dicho es obvio que el camino correcto que han utilizado las teorías tradicionales para la caracterización del dolo no puede ser el de acudir a descripciones de su objeto. Más bien se debe empezar (64) por investigar la peculiaridad de este objeto, como ha sido puesto de relieve anteriormente (65): el dolo se sustrae a la contemplación del observador y por ello no puede ser descrito partiendo de esa observación. Por consiguiente, la teoría debe acercarse a su objeto de otra manera que facilite dicho acercamiento, es decir, de una manera indirecta.

(63) La discusión en torno al dolo muestra claramente que las expresiones excesivamente significativas son demasiado concretas para poder, en todos los casos, fundamentar de un modo plausible los resultados: la teoría de la posibilidad fracasa en lo referente a la consciencia cotidiana que del peligro tiene un conductor; la de la probabilidad en lo referente a un individuo al que no se le ocurre calcular y apreciar; la teoría de la acción de evitación que domina el hecho en aquellos casos en que la acción de evitación no es posible, etc; ROXIN lo ha analizado con claridad y lo ha reconducido a la fórmula de «decisión en favor de la posible lesión del bien jurídico» (*supra* nota 14, pp. 210 y ss., 224, 226 y ss.); véase también SCHRODER en LK, par. 16, marg. 74.

(64) Una indicación se encuentra en ROXIN, *ibid.* p. 228 al citar a WELZEL: «en ello (es decir, en la concretización de la «decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico») debemos ser conscientes de que en este caso concreto se trata de un acto psíquico que, a pesar de ser accesible por medio de la experiencia ulterior, se sustrae considerablemente en su espontaneidad a una fijación conceptual y sólo puede ser circunscrito de una forma aproximada». En este sentido también KRAUSS, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, en *estschr. f. Bruns*, 1978, p. 11, aquí citado por JÄGER, *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, pp. 110, 127: «por ello lo decisivo de las teorías del consentimiento es encontrar indicios objetivos condicionados por la situación y socialmente relevantes (!) que reflejan la actitud interna del autor».

(65) *Supra* III.1.

a) *El dolo como disposición*

Ya en la moderna doctrina científico-conceptual se ha mostrado (66) la forma en que debe hacerse este acercamiento. El dolo es —al igual que conceptos como «voluntariedad», «imprudencia» o «tendencia nociva»— una disposición, una situación interna no observable de forma inmediata. Las disposiciones son susceptibles de ser utilizadas operativamente a través de indicadores y por consiguiente se desarrollan sobre datos que han de cumplir tres condiciones, a saber, observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva. Si los indicadores no son por sí mismos observables, si no suministran ninguna salida al dilema de la constatación de situaciones no observables, si se combinan de forma incompleta en el empleo de conceptos dispositivos o no indican la disposición planteada, es evidente que de este modo se llegará a una deducción falsa sobre la misma.

En la caracterización del dolo tiene ésto las siguientes consecuencias:

b) *La inaccesibilidad de lo interno*

El dolo como decisión a favor de la lesión del bien jurídico, como asunción personal del injusto típico sólo se puede deducir a través de indicadores que cumplan las condiciones citadas. Sin estos indicadores no podemos saber nada sobre el dolo, ni sobre su fundamentación ni sobre su exclusión (67). Por eso la usual afirmación de que alguien, conociendo el peligro, de todos modos ha actuado pero no se ha decidido a favor de la lesión (porque no se ha «conformado» con ella) es pura especulación en tanto no se mencionen los indicadores de esa conformidad que sí son observables.

c) *Elementos del concepto e investigación procesal*

No es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear los indicadores del dolo (68) como

(66) Detalladamente, mis trabajos «Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsgematik» en LÜDERSEN/SACK, Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht I, 1980, pp. 229 y ss., 243 y ss.; Einführung (*supra* nota 32) pp. 168 y ss.; KUHLEN, Die Objektivität von Rechtsnormen, 1978, pp. 140 y ss.

(67) De modo parecido KRAUSS (*supra* nota 64) el cual habla en p. 128 de «capacidad de los sucesos psicológicos».

(68) Así WESSELS, AT, p. 65; de las declaraciones citadas del BGH no se concluye tampoco una diferenciación; CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, par. 15, marg. 79 con una injustificada crítica a HERZBERG.

problema exclusivamente procesal. Estos no se pueden separar del concepto de dolo porque sólo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen al concepto.

Así, por ejemplo, en el concepto dispositivo «tendencia nociva» en casos de delitos de ocasión, de conflicto o de estado de necesidad, los malos antecedentes del joven no pueden ser indicador fiable de esta disposición (69). El que estos malos antecedentes puedan indicar las tendencias nocivas del joven y que este resultado indiciario en lo referente a delitos en estado de necesidad sea reducido, pertenece al concepto de «tendencia nociva». A la investigación en el proceso corresponde el sí y en qué circunstancias tales indicadores existen en el caso concreto. Del dolo se predica lo mismo: el que la acción realizada con conocimiento seguro acerca de su peligrosidad indique (70) la decisión contra el bien jurídico pertenece al concepto de dolo; que el agente posea (o no) el conocimiento en el caso concreto, es ya una cuestión de prueba en el proceso.

d) *Tipo objetivo y subjetivo*

No es lógico ni hay por qué decidir la cuestión sobre el dolo (o sobre la imprudencia) en el tipo objetivo, ya que tal disposición sólo se puede deducir (71) a través de indicadores observables, por consiguiente, a través de elementos característicos provenientes del suceso externo. La única tarea de este elemento característico es indicar el dolo, es decir, un suceso que se desarrolla en el lado interno del individuo agente, y esta tarea se sitúa en el plano del tipo subjetivo. Incluso ni siquiera se trata, como Herzberg correctamente formula pero deduce (72) de forma equivocada, de la «desprotección del peligro» sino del «peligro reconocido por el delincuente»; la cualidad externa del peligro, sin referencia a la voluntad y a la representación del sujeto, tendría sólo una relación irrelevante con la *ratio* de la penalidad (73) del dolo; es decir, la parte esencial reside en lo interno, en el momento de la decisión y de la asunción personal.

(69) Véase p. ej., EISENBERG, JGG, 1982, par. 17, marg. 19.

(70) Véase *supra* III. 5.b.

(71) Esta crítica a HERZBERG está justificada; compárese WESSELS, AT p. 46; CRAMER en SCHÖNKE-SCHRÖDER, par. 15, marg. 79; STRUENSEE, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, en JZ 1987, 53, 60.

(72) HERZBERG, JZ 1988, p. 641; compárese el mismo, JUS 1986.

(73) *Supra* II.

3. Los indicadores

a) Complejidad

La ratio de la penalidad del dolo y la crítica a una objetivación sistemática de la teoría (74) del mismo descartan la posibilidad de representar el dolo sólo a través de un único indicador (como p. ej. «acción de evitación» o «peligro desprotegido»). Además se constata (75) que los elementos cognitivos no caracterizan por sí mismos el dolo: son solamente necesarios (porque no se puede concebir una voluntad vacía de contenido (76)) pero no son suficientes (porque el dolo, como decisión es más que mera representación y conocimiento). A esto se añade que la composición de los indicadores requiere (77) un gran cuidado, pues no podemos saber nada (78) acerca del dolo fuera de la deducción a través de indicadores. Por consiguiente, el catálogo de los mismos debe ser diferenciado y complejo.

b) Antecedentes en la doctrina y la jurisprudencia

Esta tarea se facilita a través de dos circunstancias, que ya han sido registradas en las discusiones acerca del dolo.

En primer lugar, existe práctica unanimidad en la doctrina respecto a lo que el dolo es en esencia, que sin embargo se ve ocultada (79) por las tradicionales paráfrasis. Lo que interesa ahora, partiendo de una correcta base metodológica, es seguir desarrollando la aproximación de las teorías del dolo a su objeto de una forma productiva, en lugar de enfrentar entre sí (80) sus respectivos revestimientos lingüísticos.

En segundo lugar, la Jurisprudencia sigue de forma progresiva y

(74) *Supra* I.3.b.

(75) *Supra* II.3.

(76) *Supra* II.5.b.

(77) *Supra* III.2.a.

(78) *Supra* III.2.b.

(79) Véase p. ej., BALDUS, Bd. 12 der Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 1969, p. 122: «Todos opinamos probablemente lo mismo pero utilizamos para ello distintas expresiones»; también STRATENWRTH, AT I marg. 305 y ss.; FRISCH (*supra* nota 15) pp. 36 y ss.

(80) Acertado ROXIN (*supra* nota 14) p. 229: «Por ello, diferentes conceptos pueden, en lugar de descartarse, complementarse unos con otros, pues ellos respectivamente clarifican de un modo más nítido aspectos determinados del fenómeno y así pueden contribuir al perfeccionamiento de nuestros métodos de conocimiento. Desde esta perspectiva, las formulaciones particulares no se pueden calificar simplemente como correctas o erróneas, sino que son sólo conceptos (más o menos esclarecedores) que sirven de ayuda para la determinación de un fundamento común».

cada vez más claramente el camino que, desde una perspectiva metodológica, aquí se recomienda: tiende a no refugiarse en paráfrasis como «conformarse con» o «asumir el riesgo» y se dedica con más cuidado a la prueba sumarial de los hechos que puedan (81) indicar la fundamentación o la exclusión del dolo. No es casual que aquí la teoría del dolo pueda aprender mucho de la Jurisprudencia: aquél que debe aplicar las fórmulas del dolo a las peculiaridades del caso concreto capta antes sus límites que aquél que elucubra sobre ellos y está en mejor posición de hallar la salida correcta en los casos en que sea necesario una concreta decisión y aplicación de dichos conceptos.

c) *El catálogo*

Los elementos externos caracterizadores del dolo sólo pueden ser aquí estructuralmente esbozados. Su catálogo es tan amplio como las posibles configuraciones futuras de casos. El que sean elegidos y formulados correctamente, es decir, presentando las características de observabilidad, relevancia dispositiva y plenitud (82) no se puede garantizar con un catálogo cerrado de indicadores del que, siguiendo un procedimiento mecánico de subsunción, se deduzca a ciegas, sino que se deriva de la distribución de funciones que en general se da entre el juez de primera instancia y el juez de apelación, ya que el peso de una correcta investigación, elección y valoración de todo ello recae en primer lugar sobre el juez de primera instancia.

La ordenación sistemática de los indicadores resulta de su misión y de la estructura de su objeto, es decir, ellos han de posibilitar una conclusión fiable respecto de la existencia del dolo, sirviendo para constatar la existencia de una decisión a favor del injusto típico. Esta decisión es un fenómeno (83) volitivo, que supone (84) obligatoriamente una representación del objeto de decisión (en su aspecto cognitivo). Pero a su vez la representación (y la decisión que le sirve de mediación) se relaciona con la peligrosidad de una situación para el bien jurídico típicamente protegido. El peligro de esa situación para el bien jurídico, la representación del agente sobre este peligro y su

(81) Compárese el detenido análisis de SCHROTH (*supra* nota 10) cap. 8.3.4. sobre la jurisprudencia del BGH y sobre los «hechos típicos relevantes para una imputación» en el dolo eventual según los par. 212 y ss. del StGB; también KÖHLER (*supra* nota 10) pp. 45 y ss., 98 y ss.; HERZBERG, JZ 1988, pp. 638 y ss. («Belehrung durch die Praxis: Verschiebung ins Objektive»); BAUMANNWEBER, AT 9.^a ed. (1985) p. 402.

(82) Véase *supra* III.2.a.

(83) *Supra* II.3: la decisión es un acto de autoafirmación.

(84) *Supra* II.5.b: no se puede concebir una voluntad «vacía».

decisión a favor de la realización del mismo son, en esta secuencia, los pasos que conducen sistemáticamente (85) hacia una imputación subjetiva (86).

Sólo la situación de peligro contiene datos (87) observables. La representación del agente sobre esa situación al igual que su decisión no pueden ser descritas a partir de una observación, sólo son deducibles (88) a través de indicadores. Los elementos externos que caracterizan el dolo se ordenan por consiguiente en tres secuencias: peligro (externo), representación (interna) del peligro y decisión (interna) a favor de la realización del peligro reconocido. La primera secuencia puede ser descrita; las dos siguientes no funcionan sin una deducción mediata a través de indicadores.

En cada uno de estos niveles se presentan datos relevantes para el dolo. Así, en el que hay que tratar la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente protegido, se determina por ejemplo la fuerza destructiva de una bomba y su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que un arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura un suceso lesivo (p. ej. el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o evitadora del peligro, etc. En el nivel cognitivo (de la representación del peligro) se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad vs. simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales (89), comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación

(85) Con ello también se quiere decir que en esa secuencia, unos implican obligatoriamente los otros: al igual que es inconcebible una decisión sin representación, es absurdo una representación sin la específica y significativa cualidad del objeto de dicha representación (el peligro situacional para el bien jurídico). En otras palabras: la situación que pone en peligro el bien jurídico interviene, a través de la representación que de esa situación tiene el agente, en la decisión de éste.

(86) *Supra* III.2.d.

(87) *Supra* III.2.a.

(88) *Supra* III.2.b.

(89) Compárese a estos tres tipos de indicadores, la participación, en M. KÖHLER (*supra* nota 10) p. 60 y nota 17, p. 75 nota 8, p. 89 y ss., 93 *supra*.

actual (90), indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima (91), etc.

d) *La objetivación de los límites del dolo.*

Tal objetivación de la teoría del dolo impide el esquematismo que perjudica (92) la tesis (93) de Armin Kaufmann. Pues aquí se deduce el dolo no ya a partir de indicadores en el suceso externo sino sólo a partir de una cantidad ordenada de indicadores (y contraindicadores) los cuales se derivan de la ratio de la penalidad del dolo: es comprensible el por qué la peligrosidad objetiva de una situación no implica la representación correspondiente del agente, cuando existen indicadores que evidencian una percepción reducida; y es comprensible el por qué la representación exacta del agente sobre la peligrosidad de la situación no fundamenta el dolo, cuando existen indicadores de que ha habido motivaciones diferentes a las normales. La investigación o rechazo del dolo se descarga de aquel automatismo que, en los correspondientes grupos de casos en el suceso externo, da lugar (94) a disfuncionalidades en el juicio de los hechos. Más bien a través del dolo se puede ir ordenando y valorando de forma amplia y diferenciada el suceso externo hasta llegar a la constatación de la decisión. Esta diferenciación debe tener como consecuencia —lo cual ya se vislumbra en la Jurisprudencia sobre el dolo— un enriquecimiento creciente de la investigación judicial del elemento externo de caracterización del dolo. Sólo así avanzaremos hacia una comprensión correcta del mismo.

Se sigue desde luego de acuerdo con Armin Kaufmann respecto a la «objetivación de los límites del dolo» (95). Esto significa para

(90) BGH, Strafverteidiger 1988, 328: comportamiento anterior del acusado por la muerte de un niño frente a otros niños a su cuidado. Esta decisión del 3 Strafsenat (Sala 3.ª de lo Penal) es por lo demás, a pesar de los breves fundamentos de Derecho que sirven de base a la sentencia, un buen ejemplo de cómo debe de procederse de forma diferenciada a la hora de fijar los indicadores del dolo.

(91) Esto constituye una diferencia relevante para la decisión, p. ej., en el frecuentemente discutido caso del maestro que permite bañarse en un río peligroso a los niños que están bajo su vigilancia y los grupos de casos de robo como el caso del «cinturón de cuero». (BGH St. 7, 363).

(92) También la postura de HERZBERG sobre la desprotección del peligro prohibido (p. ej. JZ 1988, p. 642) es esquemática. Este indicador es, sin lugar a dudas, relevante para el dolo; sin embargo no es suficiente y no arroja por ello conclusiones fiables: en el nivel del peligro para el bien jurídico, pero sobre todo en los niveles del conocimiento y la voluntad abundan los indicadores y contraindicadores que, a la hora de la imputación a título de dolo, deben ser tenidos en cuenta.

(93) Compárese *supra* I.3.b.

(94) Véase *supra* I.3.b.

(95) *Supra* nota 5-8.

el —problemático (96)— dolo eventual la renuncia a la paráfrasis (97) y la concentración sobre elementos externos de caracterización de la decisión en contra del bien jurídico típicamente protegido. por ello está claro que la elección de los indicadores se orienta en última instancia a la ratio de la penalidad del dolo: la especial relación del autor de un delito doloso con la norma, su actitud frente a los bienes jurídicos, etc. (98): los indicadores, pues, deben tener relevancia dispositiva (99) y no se pueden buscar a ciegas. La imputación a título de dolo únicamente se puede conseguir a través de esos elementos externos de caracterización.

IV. RESUMEN

El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la ratio de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa.

(96) Respecto a la intención y el dolo directo, *supra* II.5.

(97) Al respecto *supra* III.1.c.

(98) Véase *supra* II.1.3.

(99) *Supra* III.2.a.

