

Consideraciones sobre el dolo eventual

Eberhard Struensee

Westfälische Wilhelms-Universität
Institut für Kriminalwissenschaften

*Abstract**

La "delimitación" entre dolo e imprudencia se formula usualmente de modo impreciso. Según opinión dominante, la diferencia entre dolo y no-dolo no se encuentra en el plano de los factores intelectuales sino en el elemento denominado voluntad. Tras una referencia específica a la teoría de Armin Kaufmann denominada "voluntad actuada de evitación" Struensee rechaza este punto de vista. En cambio, él propone una determinación del dolo sobre la base de los presupuestos intelectuales y ofrece un mecanismo concreto para determinar qué hechos deben ser investigados para fundar la existencia de dolo. Struensee propone una distinción basada en el grado de sustanciación de esas representaciones.

Die "Grenze" zwischen Vorsatz und nicht-Vorsatz wird normalerweise undeutlich formuliert. Entsprechend der herrschenden Meinung ist der Unterschied zwischen Vorsatz und nicht-Vorsatz nicht auf der kognitiven Ebene, sondern im voluntativen Element zu finden. Nachdem sich Struensee spezifisch mit der „Vermeidungswillentheorie“ von Armin Kaufmann auseinandersetzte, weist er diesen Gesichtspunkt zurück. Er schlägt eine Ermittlung des Vorsatzes auf Grund der kognitiven Ebene vor. Für die Feststellung der Tatsachen, die zur Vorsatzbegründung erforscht werden müssen, hat er ein konkretes Verfahren entwickelt. Struensee schlägt eine Begrenzung vor, die auf dem Grad der Substanziierung jener Vorstellung basiert.

The "delineation" between intent and negligence tends to be vaguely made. According to the prevailing view, the difference between intent and non-intent is not to be found at the level of intellectual circumstances but at the voluntative element. After a specific reference to Armin Kaufmann's theory called "avoidance willingness" Struensee rejects this point of view. Instead, he proposes that intent shall be established on the basis of intellectual circumstances and provides for a particular mechanism to determine what facts should be investigated in order to support the existence of intent. Struensee proposes that the distinction is based on the degree of substantiation regarding these representations.

Titel: Bemerkungen über den dolus eventualis

Titel: Comments on dolos eventualis

Palabras claves: Sustanciación, representación, dolo directo, elemento cognitivo, elemento volitivo.

Keywords: Substantiation, Representation. direct dolus, intelectual element, volitional element.

Stichwörter: Substanziierung, Vorstellung. direkter Vorsatz, kognitives Element, voluntatives Element.

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Reflexiones metódicas previas**
- 3. Delimitación entre dolo y no-dolo sobre la base del aspecto volitivo**
 - 3.1. El criterio del consentimiento o la aprobación**
 - 3.2 La voluntad actuada de evitación**
- 4. Determinación del dolo sobre la base de los presupuestos intelectuales**

* Traducción de Alejandro Kiss, Corte Penal Internacional, Legal Officer.

1. Introducción

En la doctrina Alemana se discute hace más de 150 años sobre el concepto y los criterios para determinar el *dolus eventualis*. Existe una innumerable cantidad de monografías –ante todo tesis doctorales– y artículos acerca de este tema, así como abundantes “teorías” para distinguir entre el dolo y la imprudencia¹.

Cuando se habla de “delimitación” entre dolo e imprudencia se formula la problemática de modo impreciso. De lo que se trata es tan sólo de los requisitos (conceptuales) del dolo y de su realización en el caso concreto. La mera comprobación de que no concurre una acción dolosa no conduce necesariamente a la imprudencia. Así, la llamada delimitación constituye únicamente una diferenciación del actuar *doloso* respecto del actuar *no-doloso*. Si el actuar no doloso cumple los requisitos de la imprudencia es una cuestión independiente.

Ejemplo (1): *K* aconseja a *S* realizar un viaje de vacaciones en avión. En ese momento, *K* es consciente de que el avión se puede estrellar y que ello puede causarles la muerte a todos los pasajeros, aunque no tiene ningún dato que le haga pensar que en este viaje existe un riesgo específico de que así ocurra. Si el avión se accidenta efectivamente no se le reprocha a *K* un homicidio doloso de *S*. Esta negación no fundamenta de ninguna manera, por decirlo así, automáticamente, la responsabilidad por homicidio imprudente.

El código penal alemán no contiene ninguna definición de dolo ni de imprudencia. Existe únicamente una disposición acerca del error de tipo. Ésta reza:

(§16 párrafo 1 frase 1 StGB) “No actúa dolosamente quien, al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que integra el tipo penal.”

Esta regla obliga a concluir que el límite entre dolo y no-dolo corre sobre el plano del conocimiento o desconocimiento de circunstancias de hecho. Refuerza esta conclusión el § 16 párrafo 1 frase 2 StGB, cuya redacción dice: “Queda intacta la punibilidad por comisión imprudente”. Es decir, el desconocimiento de circunstancias de hecho no se opone a la aceptación de imprudencia.

A pesar de ello, la opinión dominante no busca la diferencia entre dolo y no-dolo en el plano de los factores intelectuales (las representaciones). El dolo contiene, según la visión dominante y casi unánime, todavía un segundo elemento denominado *voluntad*. Esto se ve reflejado en la definición frecuente que reza: dolo es “conocer y querer la realización del tipo penal”². Esta

¹ SCHMIDHÄUSER ha remarcado en otro contexto que resulta insensato hacer pasar como una “teoría” a cada una de las opiniones que contienen un criterio distinto de delimitación. Sin embargo, esta mala costumbre se ha impuesto hasta hoy. La razón de ello quizá sea que todos los autores desean obtener “el triunfo” con su criterio o por lo menos llamar la atención a través de hacerlo pasar (al criterio) como una nueva teoría.

² KÜHL, *AT*, 5/6, 3ª ed., 2000; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, § 16 número marginal 1, 7ª ed., 1998; STRATENWERTH, *AT*, 8/61, 4ª ed., 2000; WESSELS/BEULKE, *AT*, nm. 203, 31ª ed., 2001. Como he mencionado en otra oportunidad (cfr. STRUENSEE, «Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität», *ZStW* (102), 1990, p. 23; hay traducción de SANCINETTI en *Dolo, tentativa y delito putativo*, p. 63, 1992) el conocimiento tiene que extenderse a las circunstancias reales de hecho y no a la realización del tipo ni tampoco, como se señala habitualmente, a los elementos del tipo, pues estos pertenecen en rigor al mundo conceptual. El dolo del hecho se refiere a aquellos

definición reclama validez para *todas* las formas de dolo, es decir, tanto para el dolo directo de primero y segundo grados así como para el *dolus eventualis*.

Las formas de dolo que habitualmente distingue la doctrina resultan de que tanto en el lado de la representación como en el de la voluntad existen dos fenómenos diferentes.

En el *aspecto intelectual*, el autor se puede representar que una circunstancia determinada existe o se producirá con seguridad (“conocimiento seguro”).

Ejemplo (2): El autor apunta y dispara sobre la víctima, está seguro de que tiene ante él a una persona y que acertará mortalmente.

Desde luego, también puede ocurrir que el autor sólo esté seguro de que tiene a una persona delante de él y no esté seguro de si acertará y viceversa (“tener por posible”).

En relación con las circunstancias relevantes para la realización del tipo objetivo (“circunstancias de hecho”), el *aspecto volitivo* puede estar conformado de la siguiente forma: puede ser importante para el autor que concurra una determinada circunstancia, como por ejemplo, que el anillo sustraído esté hecho realmente de oro o la pintura sustraída sea un Picasso original. También puede ser importante para él que se produzca un determinado resultado o un curso causal, como por ejemplo la muerte del enemigo. Para caracterizar estas motivaciones se utiliza la expresión: el autor *se dirige a* producir determinadas consecuencias o para el autor es decisivo actuar bajo determinadas circunstancias.

También es posible que la concurrencia de determinada circunstancia o la producción de un resultado sean para el sujeto actuante indiferentes o inclusive no deseadas y ello, por cierto, independientemente de que las tenga por seguras o tan sólo se las represente como posibles. Esta postura del autor únicamente se puede caracterizar de manera negativa: como la falta de aspiración o de intención respecto de una circunstancia o una consecuencia; éstas no le interesan o bien falta el dirigirse a ellas.

Como ejemplo emblemático de estas constelaciones sirve un caso que en el período posterior a la segunda guerra mundial volvió a desatar y estimular en Alemania la discusión sobre el dolo eventual. Lo relataré brevemente³:

Ejemplo (3): *K* y *J* querían asaltar al comerciante *M*. Planeaban estrangularlo con un cinturón de cuero hasta que perdiera el conocimiento y luego, con tranquilidad, llevarse sus pertenencias. Como reconocieron que el estrangulamiento podía causarle a *M* la muerte, lo cual preferían evitar, *J* propuso golpearlo con un saco de arena en la cabeza. El saco de arena, según reflexionaron, se adaptaría a la forma del cráneo al golpear contra la cabeza y por ello no produciría lesiones serias.

Durante la ejecución del hecho *J* golpeó dos veces a *M* en la cabeza y el saco de arena reventó sin provocar el efecto pretendido. Inmediatamente después, *K* puso el cinturón de cuero, que había llevado por si acaso, alrededor del cuello de *M*. Los acusados tiraron de los extremos del cinturón

hechos, sucesos y contextos concretos del mundo exterior al autor, que deben ser subsumidos bajo los elementos conceptuales del tipo objetivo.

³ BGHSt 7, 363 (1955).

hasta que M quedó inconsciente. Luego, comenzaron a reunir las pertenencias que pretendían sustraer. En un momento, M volvió en sí y K lo estranguló nuevamente. Tiró del extremo del cinturón hasta la hebilla y lo ajustó hasta que M dejó otra vez de moverse. Posteriormente, los acusados tuvieron dudas acerca de si M estaba con vida y realizaron intentos de reanimación que resultaron inútiles, M había muerto como consecuencia del estrangulamiento.

Este ejemplo se designa en la literatura alemana brevemente como “caso del saco de arena” o “caso del cinturón de cuero”.

De la diferenciación entre los dos aspectos del dolo, el intelectual y el volitivo, resultan cuatro combinaciones (o cuatro campos):

	COMPONENTE INTELECTUAL		
COMPONENTE VOLITIVO		CONSCIENCIA SEGURA	TENER POR POSIBLE
	INTENCIÓN	Dolo directo de 1º grado	Dolo directo de 1º grado
	NO INTENCIÓN	Dolo directo de 2º grado	Dolo (dolo eventual) ----- No dolo (quizá imprudencia)

Mi maestro ARMIN KAUFMANN solía utilizar este esquema para obtener una síntesis visual acerca del “lugar” (el campo) del dolus eventualis entre las restantes formas de dolo.

El *componente cognitivo* del dolo (más precisamente la representación de que posiblemente o con seguridad se presentan o se habrán de realizar las circunstancias objetivas del tipo), abarca únicamente un ámbito parcial del aspecto psíquico de la acción, esto es, la representación de las circunstancias y las consecuencias bajo las cuales ocurre la dirección voluntaria del movimiento corporal. Esto no es discutible ni discutido. Lo único que se debate es si estos elementos psíquicos deben ordenarse en el ámbito del ilícito o de la culpabilidad. La doctrina alemana los sitúa de modo casi unánime en el ilícito, más exactamente en el tipo.

El segundo elemento del dolo, el *componente volitivo*, no se fundamenta actualmente con mayor precisión sino que se presupone como obvio. En mi opinión, este elemento únicamente se puede deducir del concepto (prejurídico) de acción⁴. Según la teoría causal de la acción, las condiciones mínimas del concepto de acción son formuladas como sigue: acción es “movimiento corporal voluntario”. De ello se deriva obligatoriamente que la voluntad de efectuar un movimiento corporal debe encontrar su sitio en algún lugar en el sistema, dentro de la clasificación de las condiciones de la punibilidad.

⁴ FRANK, *StGB*, 18ª ed., 1931, § 59 comentario I previo al § 1: “...el dolo se puede definir como la voluntad de acción con la representación de las circunstancias fácticas de la acción, que pertenecen a tipo penal”.

La jurisprudencia y la doctrina han incluido la voluntad como un elemento del dolo –por lo menos desde los primeros 25 años del siglo XIX– resultando indiferente que el dolo fuera contemplado como elemento de la culpabilidad o del tipo (o bien del ilícito).

La voluntad exige conocimiento. Para el derecho penal no existe ninguna voluntad sin conocimiento, o bien, mejor dicho, un fenómeno de esa clase no es relevante⁵. De conformidad con ello, esta exposición debería ocuparse en primer lugar del aspecto cognitivo del dolo. No obstante, voy a comenzar con el aspecto volitivo pues de este modo es más sencillo explicar y comprobar que la diferencia entre dolo y no-dolo *no* debe establecerse en ese ámbito.

2. Reflexiones metódicas previas

Según la opinión dominante, la diferencia entre dolo y no-dolo debe buscarse únicamente en el plano de la voluntad, en el aspecto volitivo. Esto significa que frente a un componente cognitivo idéntico (representación), el dolo puede existir o faltar dependiendo de la estructura del aspecto volitivo.

Dado que el elemento volitivo es sin embargo un componente necesario de *todo* comportamiento, resulta de ello una tesis que voy a defender y a fundamentar en lo que sigue: la voluntad de acción que posee todo acto voluntario debe obviamente existir también en los casos de acción no dolosa, en caso contrario no sería cierto que el concepto general de acción también se aplica a la acción imprudente.

En este postulado se oculta la afirmación y la premisa de que el elemento volitivo de la acción no es capaz de aportar un criterio diferenciador para separar el ámbito del dolo del ámbito del no-dolo. De ello resulta necesariamente que la voluntad de acción no puede constituir el lugar o la categoría donde se decide si una acción concreta fue realizada de manera dolosa o no dolosa. Dicho de otro modo: lo que es atributo de *toda* acción, no puede ser un criterio apropiado –en este nivel de abstracción del concepto de acción– para diferenciar entre acciones dolosas y no dolosas (eventualmente imprudentes).

Las siguientes explicaciones se fundan en una premisa que hasta ahora no fue mencionada y cuya aceptación es pacífica en el derecho penal alemán; me refiero a la “teoría de la culpabilidad”. Ésta sostiene que puede diferenciarse entre el dolo y la consciencia del ilícito y que la consciencia del ilícito no constituye ningún elemento del dolo. Esta teoría no ha vuelto a ser debatida en la jurisprudencia después de un fallo del Gran Senado del BGH del año 1952⁶ y tras la entrada en vigencia de la nueva regla sobre el error de prohibición (§ 17 StGB) en el año 1975 ya no es más discutible desde el punto de vista del derecho positivo.

A pesar de ello, para la diferenciación entre dolo y no-dolo las teorías o criterios dominantes siguen recurriendo, como antes, a sucesos volitivos o más precisamente motivacionales del

⁵ De otra opinión, STRATENWERTH.

⁶ BGHSt 2, 194.

actuar, según los cuales el autor debe obrar con consciencia del ilícito o bien por lo menos con consciencia de disvalor. Este error metódico y fáctico, al que hasta hoy no se le ha prestado suficiente atención, fue reseñado por ARMIN KAUFMANN ya en el año 1958⁷. Más adelante se demostrará que, a pesar de sus críticas, él mismo no pudo evitar cometer una equivocación idéntica.

En el punto siguiente voy a ocuparme de las falencias que revelan los criterios todavía discutidos en la actualidad, así como de las objeciones que se han invocado contra ellos. Desde luego, aquí tan sólo pueden ser discutidas unas pocas de las numerosas propuestas de delimitación entre dolo y no-dolo. No siempre se puede decidir con claridad si un parámetro debe clasificarse en el ámbito de lo volitivo o en el ámbito de lo intelectual. Hecha esta salvedad, comienzo por las diferenciaciones sobre la base del aspecto volitivo.

3. Delimitación entre dolo y no-dolo sobre la base del aspecto volitivo

3.1. El criterio del consentimiento o la aprobación

La jurisprudencia del Tribunal del Reich y también la del BGH han buscado desde siempre la delimitación entre dolo y no-dolo en el ámbito volitivo o emocional del actuar.

El elemento volitivo se caracteriza a través de expresiones como “consentir” la producción de resultado típico, estar “de acuerdo” con el resultado, “aprobar” el resultado o bien “conformarse con el resultado, aprobándolo”. El “consentimiento”, la “aprobación”, el “estar de acuerdo”, todas estas expresiones representan en el lenguaje alemán tomas de postura psíquicas de un autor que tiene a bien o juzga positivamente un determinado acontecimiento.

Así descrito, este criterio entra directamente en contradicción frente a la constelación de casos que constituyen el nudo del problema del dolo eventual: me refiero a los supuestos en que el desarrollo del suceso o la concurrencia de circunstancias que realizan el tipo penal no constituyen para nada los factores que el actuante juzga positivamente. Se trata de un parámetro –adoptado por el BGH y el tribunal del Reich– que entra en llano conflicto con el uso habitual del lenguaje. El ejemplo emblemático de ello es el caso ya mencionado del saco de arena o el cinturón de cuero⁸. Para admitir un dolo de homicidio sin abandonar la “teoría de la aprobación”, el BGH tuvo que crear la fórmula “aprobar en sentido jurídico”, de acuerdo con la cual: “en sentido jurídico” uno también puede aceptar consecuencias no deseadas. El axioma antepuesto a la decisión reza: “el autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado”.

Esta fórmula recuerda a una antigua broma jurídica que dice: “«perro» en sentido jurídico también es un gato”. Científicamente esto significa, sin más, una declaración de quiebra. Desde el punto de vista de la comprensión corriente del lenguaje en estos casos no se presenta ningún “aprobar” y lo que debe comprenderse bajo “aprobar en sentido jurídico” queda indeterminado (o no definido).

⁷ ZStW, «Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau», (70), 1958, pp. 64, 66 y ss.

⁸ BGH 7, 363.

No obstante, la jurisprudencia alemana sigue utilizando la teoría del consentimiento o la aprobación pues en definitiva ella posibilita renunciar cómodamente a un elemento volitivo⁹.

Es importante resaltar un punto más entre las cuantiosas objeciones que hablan en contra del criterio de la “aprobación”. El suceso psíquico de aprobar o –su opuesto– el desaprobar exigen una toma de postura valorativa del actuante respecto de la producción del resultado u otras circunstancias típicas. Esta toma de postura valorativa se basa, por lo general –aunque no necesariamente–, en la consciencia de que se realiza un ilícito. La consciencia del ilícito, sin embargo, desde el reconocimiento de la teoría de la culpabilidad, no constituye ningún componente del dolo. Una delimitación de dolo y no-dolo ligada predominantemente a la concurrencia de consciencia de ilícito es incompatible con la dogmática actual del dolo¹⁰.

3.2 La voluntad actuada de evitación

Luego de llevar a cabo una crítica convincente y metódica a las teorías usuales, ARMIN KAUFMANN ha desarrollado su propia propuesta para la determinación del dolo y sus fronteras. Desde el punto de vista metódico ha formulado dos máximas obvias. Según la primera de ellas, la teoría de la culpabilidad –que entretanto ha sido reconocida– (como resultado necesario de la teoría final de la acción), permite “extraer una consecuencia negativa”¹¹, a saber: “los vestigios del dolo malo han de ser eliminados por completo”¹². La segunda máxima, que en realidad también es evidente, dice así: “Los criterios según los cuales ha de ser trazada la frontera entre dolo e imprudencia no sólo tienen que caracterizar al dolo eventual sino que también deben estar en armonía con el dolo directo”¹³. Con base en estas dos premisas resulta para KAUFMANN la consecuencia de que “Para la acción final interesan solamente criterios *ontológicamente* aprehensibles”¹⁴. Hasta aquí, en mi opinión, la idea de KAUFMANN es absolutamente correcta.

Él designa a su propia propuesta como “autodelimitación de la voluntad de realización”¹⁵. La idea básica es la siguiente: el problema del dolo eventual reside en que en la ejecución de una acción no se desea la producción de un resultado posiblemente vinculado con ella (el así llamado resultado accesorio).

En lo relativo al resultado accesorio, ARMIN KAUFMANN propone la siguiente tesis: la cuestión decisiva es si “...la voluntad de realización...estaba dirigida precisamente a *no* dejar que se produjera la consecuencia accesorio tenida en cuenta como posible, es decir, a evitarla. Ello así pues la voluntad de realización no puede, por un lado, estar dirigida a dejar que se produzca el

⁹ JAKOBS, AT, 8/28; SCHUMANN, «Zur Wiederbelebung des „voluntativen“ Vorsatzelements durch den BGH», JZ, 1989, pp. 427, 428.

¹⁰ Armin KAUFMANN, ZStW (70), 1958, pp. 64, 66 y ss.; hay traducción al español de SUÁREZ MONTES titulada «El dolo eventual en la estructura del delito», en ADPCP, Tomo XIII fascículo II, 1960, p. 185 y ss.

¹¹ Armin KAUFMANN, ZStW (70), 1958, p. 67.

¹² Armin KAUFMANN, ZStW (70), 1958, p. 67.

¹³ Armin KAUFMANN, ZStW (70), 1958, p. 72.

¹⁴ Armin KAUFMANN, ZStW (70), 1958, p. 66.

¹⁵ Armin KAUFMANN, ZStW (70), 1958, p. 73.

resultado reconocido como posible y por otro lado también tender a evitar precisamente ese resultado mediante el modo de obrar. *La voluntad de realización encuentra su límite, por tanto, en la voluntad de realización!*¹⁶ “La «voluntad de evitación» excluye la aceptación de «voluntad de causación»¹⁷.

Ésta es, a decir verdad, una exposición muy abreviada de la posición de KAUFMANN pero sin embargo creo que es suficiente para formular las críticas básicas.

Un año después de la aparición del trabajo de KAUFMANN, en las publicaciones de la misma colección de revistas jurídicas, STRATENWERTH planteó las primeras objeciones a su posición. A él se agregaron, luego, otros críticos¹⁸. Voy a mencionar únicamente dos observaciones que son las que a mí me parecen más claras y principales.

La primera se refiere a la pregunta acerca de cómo debe estar conformada la voluntad de evitación. Si el autor actuase con una voluntad de evitación que se correspondiera a un cierto “dolo directo” (de evitar) de segundo grado, es decir con la representación de evitación segura del resultado, entonces falta ya el elemento intelectual del dolo. En el caso en que se represente que queda una posibilidad de que se produzca el resultado ¿Tendrá que actuar con intención de evitar (el paralelo del dolo directo –de evitar– de primer grado) para negar el dolo o será suficiente con un “dolo eventual de evitar” para que ya falte el dolo eventual (como dolo de tipo)?¹⁹

No existe ninguna razón para excluir sobre la base de criterios ontológicos al *dolus eventualis* de evitación del ámbito de la voluntad de evitación cuya función es delimitar al dolo. La pregunta es, entonces, si evitación del resultado accesorio representada como posible está todavía abarcada por el dolo en forma de *dolus eventualis*. Sobre esa base, el dolo eventual de causación de un resultado dependería de la ausencia de dolo eventual respecto de la evitación de ese resultado.

Ejemplo (4)²⁰: *M* decide prender fuego a su casa asegurada contra incendios con la intención de cobrar el dinero del seguro. Él teme que el jubilado *J*, que vive en el último piso, pueda resultar muerto. Por ello le envía un telegrama antes de realizar el incendio, en el que le exige abandonar inmediatamente la vivienda por las próximas 5 horas en razón de que en ocasión de los trabajos efectuados por la municipalidad en una calle cercana fue encontrada una bomba que debe ser desactivada. *M* tiene la fuerte esperanza de que el telegrama esté a tiempo en manos de *J*. En el primer piso vive el locatario *S*. Dado que para *M* es indiferente lo que le ocurra a *S*, no le informa directamente sobre la bomba. *M* considera, sin embargo, que es posible que *J* comunique a su vecino *S* la noticia sobre la desactivación de la bomba.

¹⁶ Armin KAUFMANN, *ZStW* (70), pp. 73 y ss.

¹⁷ Armin KAUFMANN, *ZStW* (70), p. 74.

¹⁸ ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 162 y ss.; hay traducción al español de SANCINETTI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1990.

¹⁹ Cfr. PUPPE, NK § 16 número marginal 45 y ss.

²⁰ Aquí reformulo un caso de SAMSON, *Strafrecht*, 7ª ed., t. I, 1988, p. 46 y ss.

Si para satisfacer la voluntad de evitación se considera suficiente el dolo eventual, entonces, así la tesis de KAUFMANN, surge la pregunta acerca de si *M* obró con la voluntad de evitar la muerte de *S*. Con ello, la argumentación de KAUFMANN se vuelve circular. El *dolus eventualis* de causación de una consecuencia accesoria dependería del dolo eventual de su evitación. El concepto de dolo eventual se determinaría, por consiguiente, sobre la base del concepto de dolo eventual.

Es manifiesto que KAUFMANN exige dolo directo de 1º grado respecto de la evitación justamente para intentar salir de ese círculo. Pero permanece sin explicación y no puede ser fundamentado el que en relación con las consecuencias accesorias sea sólo la intención de evitación lo que le pone –ontológicamente– un límite al dolo.

La segunda objeción se basa en que la posición de KAUFMANN no satisface sus propias exigencias metódicas. El autor sólo habrá de tener voluntad de evitar una consecuencia accesoria cuya producción es posible cuando la valore negativamente. En el ámbito de los resultados típicos, esta valoración negativa exige normalmente, aunque no de modo obligatorio, consciencia del ilícito. ¿Sobre la base de qué (otras) razones debería el actuante tener la voluntad de evitar un resultado no pretendido, si es que no lo considera jurídicamente no deseado? Por consiguiente, la actuación de la voluntad y la exclusión del dolo dependen generalmente de la consciencia del ilícito, esto es, la determinación del dolo no es posible sin consideración de la existencia o la ausencia de consciencia del ilícito.

La voluntad actuada de evitación constituye un criterio que no satisface los presupuestos ontológicos de la teoría final de la acción. Además, tampoco satisface las exigencias de la teoría de la culpabilidad.

4. Determinación del dolo sobre la base de los presupuestos intelectuales

El componente intelectual del dolo se describe de la mano de un conjunto de expresiones respecto de las cuales no siempre se puede estar seguro de que no posean, al mismo tiempo, un significado volitivo o emocional. Independientemente de ello, el elemento intelectual no es caracterizado lingüísticamente con precisión.

Un presupuesto mínimo que tiene que estar presente entre las representaciones propias del dolo es el tener por posible un resultado o una circunstancia típica. Esta condición representa, además, una magnitud graduable o cuantificable. El autor puede estimar un resultado típico u otra circunstancia de hecho como más o menos cercana o lejana.

Las teorías o los criterios que proponen delimitar el dolo del no-dolo únicamente en el marco de los elementos intelectuales, se basan en la posibilidad de calificar cuantitativamente –de graduar– la expectativa de producción del resultado típico. Éstas comienzan por el mero “tener por posible” la satisfacción del tipo penal y se incrementan, pasando por la posibilidad seria, concreta o cercana hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto. Con ello se han enumerado sólo unos pocos de los numerosos matices con los cuales se busca establecer el grado de representación de la posibilidad necesario para el dolo.

Estos intentos van en la dirección correcta. Sin embargo, resultan sumamente vagos y no ofrecen ninguna base asible para el establecimiento de que el actuante estimó la producción del resultado como seriamente posible, o bien como posible pero no probable, etc. No se dice nada acerca de qué hechos deben ser investigados para fundar esas afirmaciones.

Tampoco yo puedo ofrecer una solución tajante y fácil de emplear. Para avanzar un paso más me parece apropiado, en principio –y sólo en principio–, seguir una distinción que hace tiempo se establece en relación con las circunstancias de hecho a las que se debe extender el dolo.

Existen circunstancias de hecho que recién aparecen en el mundo como producto de la acción del autor, son factores cuya realización o presencia depende del comportamiento del autor. A ellos pertenece en primera línea el resultado típico pero también el modo y la forma de su causación: con armas, con ensañamiento, a través de engaño, mediante un incendio, etc. Todas éstas son circunstancias de hecho dependientes de la acción. Los criterios discutidos del dolo se vinculan casi exclusivamente con esta categoría.

Numerosas circunstancias de hecho se relacionan, sin embargo, exclusivamente con sucesos independientes de la acción. Si el objeto del hecho es un hombre, una mujer, un niño, una cosa, un archivo de computadora o una vivienda es algo que debe ser verificado de manera completamente independiente del comportamiento del autor. En relación con estos factores independientes del comportamiento, muchos de los criterios para la determinación del dolo traídos del ámbito volitivo o intelectual se revelan como inapropiados o incluso ridículos. ¿De qué modo debe uno tener la voluntad de evitar que en el marco de un delito sexual la persona atacada tenga menos de 14 años o sea una mujer, o bien que la cosa sustraída sea ajena?

Respecto de circunstancias de hecho dependientes de la acción me parece posible y sensata la diferenciación entre dolo y no-dolo sobre la siguiente base: la escala de peligros, en el ámbito de aplicación de una y la misma ley causal, se confecciona cuantitativamente conforme a la cantidad de condiciones que sean requeridas para los distintos grados de peligro. El dolo puede distinguirse de la imprudencia consciente, siguiendo esta distinción, sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustentan (*substantiieren*) el pronóstico de resultado. La imprudencia consciente, a pesar de que en ella se tiene por posible la producción del resultado, se demuestra como caso de error de tipo que excluye el dolo dado que el autor no es consciente de los factores de riesgo en la extensión necesaria para el dolo. La graduación de riesgos suficientes para el dolo y suficientes para la imprudencia constituye finalmente un problema axiológico²¹. Entre el dolo y la imprudencia no corre por consiguiente un límite estructural sino uno normativo²².

Ejemplo (5): Como conductor de automóviles, *K* sabe que durante una maniobra de adelantamiento en una curva con escasa visibilidad (o niebla) se puede producir un choque con algún vehículo que transite por la mano contraria. A pesar de ello, sobrepasa en una situación

²¹ Armin KAUFMANN, *FS-Jescheck*, p. 267 nota 31.

²² STRUENSEE, «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JZ*, 1987, pp. 53, 60, nota 89; hay traducción de CUELLO CONTRERAS, «El tipo subjetivo del delito imprudente», *ADPCP*, Tomo XIII, 1987, pp. 185-206.

semejante al camión que circula delante de él. ¿Actúa *K* con dolo de homicidio, de lesiones o de daños?

La solución no depende de la probabilidad con la que el autor considera posible en esa situación un curso causal desafortunado. Lo decisivo es tan sólo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales representados. ¿Es suficiente la intensidad de la representación para fundar un dolo de causación? La representación de una probabilidad suficiente no constituye ninguna magnitud que pueda elegirse libremente, no es una estimación librada al criterio del sujeto actuante, sino que está sujeta a un juicio *objetivo* orientado en leyes causales y reglas de la experiencia²³.

Nada diferente cabría afirmar en lo relativo a las circunstancias de hecho independientes de la acción²⁴. El marinero que regresa a tierra luego de haber estado mucho tiempo embarcado puede creer que la prostituta con la que tiene relaciones en un burdel es su hermana que, según sabe, ejerce la prostitución²⁵. Si el marinero no posee más indicios en favor del parentesco, la base de sus representaciones tiene que considerarse insuficiente para aceptar la realización dolosa del tipo de incesto (§ 173 StGB). Si, en cambio, él reconoce una marca particular de nacimiento, alguna singularidad en el modo de hablar o el color extraordinario de ojos de su hermana y sobre esa base deduce el parentesco, la solución sería diferente pues su representación estaría más sustanciada. Ciertamente, también representa una cuestión normativa cuáles y cuántas de tales circunstancias fácticas debe percibir el autor a fin de que la intensidad de sus representaciones sea suficiente para el dolo.

La reconducción de las representaciones suficientes para el dolo a una base sustanciada de circunstancias fácticas posee dos ventajas:

En primer lugar, permite atribuirle a las circunstancias de hecho dependientes de la acción y las circunstancias de hecho no dependientes de la acción una idea directriz común para la determinación del dolo: se trata, en el caso de circunstancias de hecho dependientes de la acción, del establecimiento normativo del quantum mínimo del pronóstico causal suficiente para el dolo y en el caso de suposición de circunstancias de hecho no dependientes de la acción, del establecimiento de la cantidad mínima de indicios suficientes para el dolo.

En segundo lugar, permite sortear una crítica habitual contra las teorías que distinguen al dolo del no-dolo exclusivamente en el ámbito cognitivo, de acuerdo con la cual tendría que ser suficiente para el dolo cualquier representación de la posibilidad de resultado o de la presencia de una circunstancia de hecho, sin importar cuán lejana sea esta posibilidad. Aquí se propone distinguir de acuerdo con el grado de sustanciación de las representaciones.

²³ Con insistencia SCHUMANN, «Zur Wiederbelebung des „voluntativen“ Vorsatzelements durch den BGH», *JZ*, 1989, pp. 427, 432 y ss.; del mismo modo, en una primera fase, también SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit“», *JuS*, 1980, p. 241.

²⁴ STRUENSEE, «„Objektives“ Risiko und subjektiver Tatbestand», *JZ*, 1987, pp. 541, 542.

²⁵ El ejemplo ha sido utilizado también en otros contextos, cfr. WELZEL (cito aquí directamente la 4ª edición de la traducción al español), *Derecho Penal Alemán*, p. 128.

Bibliografía citada

Reinhard FRANK (1931), *Strafgesetzbuch*, 18ª ed., Mohr, Tübingen.

Armin KAUFMANN (1958), «Der Dolus eventualis im Deliktsaufbau», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (70). (Hay una Traducción de SUÁREZ MONTES (1960) *El dolo eventual en la estructura del delito*, publicada en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII fascículo II. Mayo-Agosto 1960, pp. 185-206).

- (1985) «Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt», *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum siebzigsten Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin.

Krsintian KÜHL (2000), *Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Vahlen, München.

Günther JAKOBS, (1991), *Allgemeiner Teil*, 2ª ed, de Gruyter, Berlín.

Ingeborg PUPPE (1995), § 16, *Nomos Kommentar*, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Hans-Joachim RUDOLPHI (1998), *Systematischer Kommentar*, 7ª ed., Metzner, Frankfurt am Main.

Erich SAMSON (1988), *Strafrecht I*, 7ª ed., Alfred Metzner V., Frankfurt am Main.

Eberhard SCHMIDHÄUSER (1980), «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewußte Fahrlässigkeit“)\», *Juristische Schulung*, pp. 241 y ss.

Heribert SCHUMANN, (1989), «Zur Wiederbelebung des „voluntativen“ Vorsatzelements durch den BGH», *Juristenzeitung*, pp. 427 y ss.

Günter STRATENWERTH (2000), *Allgemeiner Teil*, 4ª ed. Heymann , Köln u.a..

Eberhard STRUENSEE (1987), «„Objektives“ Risiko und subjektiver Tatbestand», *JZ*, pp. 541 y ss.

- (1987), «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», *JZ*, pp. 53 y ss. (Hay traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS (1987), «El tipo subjetivo del delito imprudente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (2), Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos).

- «Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität», *ZStW* (102), 1990, pp. 21-50, (Hay traducción de Marcelo SANCINETTI en *Dolo, tentativa y delito putativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992).

Johannes WESSELS/Werner BEULKE (2001), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 31ª ed., Müller, Heidelberg.

Diethart ZIELINSKI (1973), *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Dunker & Humblot, Berlin.