

Acción, capacidad de acción y dolo eventual

JOAQUIN CUELLO

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

I

1. Cerezo Mir es el autor que más recientemente se ha planteado la cuestión acerca de si la acción en Derecho penal presenta una estructura unitaria en todas las formas de aparición del delito (1). A esta temática, conocida tradicionalmente como *planteamiento ontológico* (2), pertenece de lleno la doctrina final de la acción. La pregunta entonces es, ¿presenta el concepto de acción penal una estructura final?

(1) JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general I*, 2.ª ed., 1981, págs. (315-339) 334-339; también publicado en «Homenaje a E. Gómez Orbaneja», 1978, págs. 103-129. Intentos recientes en esta misma línea son los de MANFRED MAIWALD, *Abschied von strafrechtlichen Handlungsbegriff?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (86), 1974, págs. 626-655; RENÉ BLOY, *Finaler und sozialer Handlungsbegriff*, *ZStW* (90), 1978 págs. 609-657; GIORGIO MARINUCCI, *Il reato come «azione»*. *Crítica di un dogma*, 1971 (del que el trabajo de Maiwald constituye una recensión). Otras investigaciones encaminadas a la construcción de una base unitaria para el sistema penal actual son mucho más sofisticadas e introducen elementos nuevos distintos a los discutidos tradicionalmente en torno a la acción; por eso no serán objeto de nuestra consideración: ROLF DIETRICH HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972; GÜNTER JAKOBS, *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, *Festschrift für H. Welzel*, 1974, págs. 307-325; LOTHAR PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, 1974; HANS JOACHIM BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlagen*, 1979; URS KONRAD KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, 1980. La amplia bibliografía sobre el tema, que aquí no pretendemos recoger, se encuentra en las obras generales. No puede omitirse, sin embargo, la alusión expresa a nuestro JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 2.ª ed., 1978, recién reeditado.

(2) Cfr. GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible* (trad. española de G. Romero de la 2.ª ed. alemana, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 1976), 1982, pág. (50-54) 51.

Lo que la doctrina cuestiona en este lugar es la posibilidad de encontrar un concepto de acción que cumpla las siguientes *funciones*: 1. La de elemento básico del sistema comprensivo de acciones y omisiones, conductas dolosas y culposas. 2. Elemento de unión o enlace de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. 3. Elemento limitativo que permita excluir conductas o acontecimientos que carezcan de relevancia en Derecho penal (3).

La acción que, según Cerezo, puede desempeñar esa triple función es la acción final, pues sólo ella es conducta humana (a los efectos del Derecho penal) (4). Arrancando de esta premisa, precisa la funcionalidad del concepto en los siguientes términos: la de elemento base, en cuanto comprende el contenido de voluntad: es valorativamente neutra, al no prejuzgar los siguientes elementos del concepto de delito; y cumple la función de elemento limitativo, en cuanto excluye todo movimiento corporal o actitud pasiva que no responda al concepto de acción (si faltó la capacidad concreta de acción).

Antes de confrontarnos con la brillante tesis de Cerezo, es necesario exponer cómo rechaza sutilmente el planteamiento de Armin Kaufmann, contrario al reconocimiento de funcionalidad alguna al concepto de acción en la teoría del delito.

Según Kaufmann, la acción no cumple la función de elemento básico o unitario del sistema porque podemos prescindir de ella en la definición del delito (5). Podemos definir a éste como la realización del tipo antijurídica y culpablemente. No es, por tanto, necesario el género —la acción— para definir la especie —el delito—. Esto es así, sin embargo, porque sólo una acción puede realizar el tipo. La acción está en el centro del tipo. Kaufmann así lo razona; pero estima que es sólo una consecuencia de la función que desempeña la acción en el tipo, lo que no implica una tarea en orden a la elaboración de un concepto genérico de acción. Contra este planteamiento objeta Cerezo (6): Si la realización del tipo sólo es posible por medio de una acción, y no por un mero movimiento corporal no constitutivo de acción, es indudable que la acción es el primer elemento del concepto de delito y que la acción típica es una especie del género acción.

Para Kaufmann no es necesario un elemento de enlace entre la

(3) CEREZO, *Curso I*, págs. 332-333, siguiendo a KLAUS OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechen* u. f. bau 1973 que a su vez, hace lo propio con ARMIN KAUFMAN, *Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht*, Lección inaugural de Tübingen (mecanografiada), 1962; del mismo, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, Fest. f. Welzel, págs. (393-414) 393-394 (versión española de L. Schiffrin en *Nuevo Pensamiento Penal (NPP)* (4), 1975, págs. 159-181). La formulación de esta triple función que ha de cumplir el concepto de acción en la sistemática del delito procede de WERNER MATHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, páginas 6-9.

(4) CEREZO, *Curso I*, pág. 339.

(5) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 393.

(6) CEREZO, *Curso I*, pág. 335.

tipicidad, antijuricidad y culpabilidad porque cada uno de estos elementos presupone y engloba al anterior (7). Una conducta antijurídica ha de ser típica; siendo la tipicidad, por tanto, un elemento de la antijuricidad. Una conducta culpable ha de ser típica y antijurídica; siendo la tipicidad y la antijuricidad elementos de la culpabilidad. Contraargumento de Cerezo (8): Esto es cierto, pero esa relación lógica, necesaria, se vería perturbada si uno de tales elementos prejuzgara otro posterior; por ejemplo, si la tipicidad prejuzgara la culpabilidad. Por otra parte, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son atributos o predicados de un sustantivo, que no es otro sino la acción —cuyo concepto ha de ser formulado de tal modo que no prejuzgue alguno de los elementos posteriores del concepto de delito.

Finalmente, el concepto de acción no puede cumplir la función de elemento limitativo, según Kaufmann (9), de modo que queden excluidas de antemano, con anterioridad al examen de la tipicidad, las formas de conducta que carezcan de relevancia para el Derecho penal. Esto se advierte en los movimientos reflejos, por ejemplo los del epiléptico cuando sufre un ataque. Si se excluyen estos movimientos del ámbito del Derecho penal, se excluye demasiado; porque el epiléptico se ha dirigido al lugar donde sufrió el ataque que causó unos daños. Con su conducta puede realizar el tipo de daños dolosa o imprudentemente. Si no se excluyen estos movimientos reflejos, porque siempre, salvo en el bebé, van precedidos de un acto voluntario, se esfuma la función del concepto de acción como elemento limitativo.

Este argumento no convence a Cerezo (10): Si los movimientos reflejos que sufre el epiléptico durante su ataque no constituyen acción, no puede realizar *con ellos* un tipo delictivo. Puede realizarlo únicamente con otros movimientos corporales que constituyan una acción, por ejemplo andar.

2. Todo el planteamiento de Cerezo está condicionado por su representación de la acción que luego va a ser objeto de valoración jurídicopenal; y son sus caracteres lo que él quiere definir en el *plano ontológico* (11). Sin embargo, para Armin Kaufmann, la acción objeto de valoración jurídicopenal no se presenta así en la realidad que aquí nos interesa (12); la realidad de la *valoración* y

(7) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 394.

(8) CEREZO, *Curso I*, pág. 335.

(9) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 394.

(10) CEREZO, *Curso I*, pág. 335.

(11) CEREZO, *Curso I*, pág. 326; ya antes, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal. Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel*, ANUARIO DE DERECHO PENAL (ADP), 1959, págs. 561-570.

(12) Este planteamiento está implícito en toda la obra de Armin Kaufmann, basta leer el capítulo IV de su *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (versión española de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés de *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik* 1954), 1977; y, expresamente, en *Lehre*

determinación del deber jurídico. La acción es *siempre* acción *debida*, exigida por la norma —mandato o prohibición de llevar a cabo una acción.

Dado el presupuesto de parte, se comprende que Cerezo haga hincapié en ver la acción realmente relevante no en el acto reflejo («si los movimientos reflejos que sufre el epiléptico durante su ataque no constituyen una acción, no puede realizar con ellos el tipo delictivo») sino en algo previo («andar»). Sin embargo, como el mismo Cerezo reconoce para la omisión —no existe obstáculo en hacerlo extensivo a la acción—, «la conciencia del deber en un momento anterior no supone aún la voluntariedad (de la omisión)» o de la acción.

Y, no obstante, el movimiento reflejo (algo parecido ocurre con los impulsos y movimientos automáticos) ha de distinguirse en alguna firma del acto deliberado, voluntario. Así, la Psicología define a aquél en comparación con éste, a éste en comparación con aquél (13). Naturalmente, ambos constituyen «comportamiento humano». Ahora bien, ¿en qué consiste su común denominador «comportamiento humano»? Simplemente en la capacidad de dominarlos. A esto lo llama Armin Kaufmann *capacidad de acción*.

Si nos detenemos en esta temática (actos reflejos, impulsos, movimientos automáticos) es porque un sector de la doctrina los excluye del concepto de acción mientras que otro se esfuerza en integrarlos sin modificar el concepto de acción; y porque, además, tal discrepancia se ha producido incluso dentro del finalismo. En efecto, frente a la tesis de Stratenwerth, según el cual existe una *dirección final inconsciente* allí donde el autor pudo realizar la misma acción de un modo consciente (finalmente dirigida), sostiene Cerezo (14) —siguiendo a Welzel y Krümpelmann— que en

vom personalen Unrecht, pág. 395, a propósito de destacar cómo la discusión en torno a la acción (causalismo-finalismo) constituye una sobre el injusto. Cfr. sobre la «ontología» en el Finalismo, Joaquín Cuello, ADP, 1982, págs. 525-526, de una parte; de otra, reprochando su ambigüedad, JUSTUS KRÜMPELMANN, *Vorsatz und Motivation*, «Strafrecht und Strafrechtsvergleichung» (ed. G. KaKiser y Th. Vogler), 1975, pág. (53-64) 56.

(13) Cfr., por ejemplo, PHILIPP LERSCH, *La estructura de la personalidad* (trad. española de A. Serrate de la 8.ª ed. alemana *Aufbau der Person*, 1962), 3.ª ed. (estudio preliminar de R. Sarró), 1964, pág. (413-445) 416.

(14) HANS WELZEL (*Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pág. 144), KRÜMPELMANN (*Motivation und Handlung im Affekt*, Fests. f. Welzel, págs. 327-341, 335-338) y CEREZO (*Curso I*, pág. 338, nota 88) se esfuerzan por hacer de la *acción real realizada* fundamento ontológico de la responsabilidad penal. KAUFMANN (lugares citados en la nota 12), STRATENWERTH (*Unbewusste Finalität?*, Fests. f. Welzel, pág. 289-305, 299-300) y, a mi entender, GUNTER SCHEWE (*Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, 1972), en cambio, comparan en estos casos la acción real realizada con otra pensada y *consciente en la misma dirección* (cfr. *infra* II). Según Schewe, pág. 67, cuando la reacción refleja ha fallado y se ha producido un grave accidente al pretender esquivar el conductor al pequeño animal que se ha cruzado en la calzada, la maniobra realizada parece absurda. Sin embargo, contemplada al detalle la situación, también aquí ha existido un momento volitivo y no una simple causalidad determinada por el impulso; lo que ocurre es que en un momento

las acciones automatizadas (como desviar el coche cuando se cruza un animal en la carretera, pisar el freno cuando se está sentado al lado del conductor o cuando el coche resbala, etc.) no puede negarse que el autor tenía una representación al menos esquemática e instantánea del fin; estando la automatización al servicio de su realización. Cerezo reconoce que la automatización puede dar lugar a la elección de un medio equivocado; pero ello no impide hablar aquí de finalidad consciente, pues de negarse se suprimiría toda base para adivinar el fin perseguido por el autor (la supuesta finalidad inconsciente).

En efecto, como estima Cerezo, la automatización puede dar lugar a la elección de un medio equivocado. Cuando así ocurra puede concluirse que el autor responderá (parece que Cerezo también lo admite). Pero, ¿por qué responderá? La respuesta no puede ser otra: No por el empleo del medio equivocado, sino por *no haber llevado a cabo la misma acción finalmente*, para la que el autor —en el momento del hecho— estaba capacitado y que habría evitado la producción del resultado.

3. De lo expuesto hasta aquí se derivan argumentos que nos permiten confrontarnos tanto con la aceptación de la funcionalidad del concepto de acción final que propugna Cerezo como con el rechazo de la funcionalidad tal como sostiene Kaufmann.

En cuanto a la *función definidora o básica* del concepto de acción, a menos que se pretenda hacerla coincidir con la tercera función, la delimitativa («si la realización del tipo sólo es posible por medio de una acción u omisión humana, y no por un mero movimiento corporal o actitud pasiva que no constituya acción u omisión...»), lo que no parece ser la intención de Cerezo, no añade nada al concepto de acción que se derive del tipo concreto. Y, desde luego, el *contenido de voluntad* no cumple tal función; pues tal contenido de voluntad puede ser irrelevante o inexistente y pese a ello haber responsabilidad penal.

Lo que decimos se ve muy claramente en la imprudencia. Allí, «la última finalidad de la acción valorada como imprudencia es irrelevante», sin que ello obligue a acudir a un rendimiento exigido que se ponga en relación con el contenido de la acción final ordenada. Como ha puesto de relieve muy gráficamente Kaufmann (15), no se le reprocha al autor el no haber pintado una cala-

posterior no se capta por su insignificancia aparente en la totalidad de lo ocurrido. A ese momento volitivo lo denomina Schewe «regulative Anpassung». Se trata de un «tipo ideal» que permite definir la acción en Derecho penal como «acción dirigida voluntariamente» (*willkürs-gesteuerte Handlung*), en tanto que en Psicología permite explicar la existencia de «comportamientos voluntarios» no constitutivos de acción. La acción, por tanto, supone capacidad de dirigir voluntariamente los acontecimientos, sin más (pág. 63-77, 146).

(15) ARMIN KAUFMANN, *Des fahrlässige Delikt*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZRV), 1961, pág. (41-55) 46 (trad. española *El delito culposo*, NPP, 1976, págs. 467-486, de M. Moreno). El comportamiento conforme a deber de quien manipule con veneno no consiste en la obligación de pintar una cala-

vera en el frasco de veneno sino haber utilizado el frasco sin precaución. Esa es la *acción final no realizada* que se le reprocha al autor en la imprudencia. La función definidora atribuida por Cerezo al concepto de acción se ve así vaciada de contenido.

Por lo que se refiere a la *función de enlace* entre los restantes elementos del concepto de delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, parece claro que tal función —en todo caso— podría exigirse de la acción «esperada», ordenada por el Derecho y que no coincide con la acción realizada de que parte Cerezo. La acción realizada a la cual Cerezo le atribuye tal función de enlace nunca puede cumplirla, porque dicha acción sólo es *objeto de valoración* en diversos planos —los correspondientes a la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad respectivamente.

De la importancia de la acción valorada como típica, antijurídica y reprochable para la culpabilidad nadie duda después de imponerse la teoría de la culpabilidad. La acción, con sus correspondientes predicados que la hacen penalmente relevante, es el *objeto* de la valoración en que consiste la reprochabilidad (valoración del objeto «voluntad de acción» en sí misma) (16). A los efectos que aquí nos interesan, sin embargo, la acción no cumple función de enlace alguna en la teoría del delito. En la medida en que Cerezo atribuye a la acción una función de enlace («relación lógica necesaria» que «se «vería perturbada si uno de estos elementos prejuzgara otro posterior»), está invirtiendo los términos en que tan correctamente planteó Binding (y después fueron completados por el Finalismo) el problema de la concreción de la *norma en deber*. En este sentido, la norma sólo se concreta en deber cuando su destinatario (en principio cualquiera) estuvo en condiciones de conocer su deber, la situación en la cual surgió el deber y su propia capacidad de acción. El «*prius*» lógico, por tanto, estará en la capacidad de culpabilidad, que exige entre otros presupuestos la capacidad de acción; pero no al revés (17).

Especialmente significativa, por último, es la tercera *función —de enlace—* del concepto de acción. Aquí se comprueba con toda

vera en el recipiente que lo contiene. Si fuese así, efectivamente el resultado (no haberla pintado) —evitable— sería el atribuido al autor como causante de la muerte. En realidad, de quien manipula venenos lo que se espera es que lo haga cuidadosamente (desvalor-acción), es decir, mediante acciones finales conscientes; con independencia de que fortuitamente (riesgo permitido) se produzcan o no resultados de muerte por su causa.

(16) Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pág. 140.

(17) «Puesto que mediante la voluntad el autor pudo dirigir su comportamiento conforme a la norma, es aquella *objeto primario* del reproche de culpabilidad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción» WELZEL, *Strafrecht*, pág. 139. O más claramente «Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por tanto, aquellos momentos exigidos para que el autor capaz de culpabilidad en relación con el *hecho concreto* pudiese haberse formado una voluntad de acción *conforme a la norma* en lugar de la *antijurídica*» *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, pág. 58 (existe traducción parcial anotada de J. CEREZO, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964).

claridad cómo el rechazo por parte de Cerezo de la tesis antifuncional de Kaufmann se basa en la relevancia que el primer autor concede a la acción como *acción real, realizada*, distinta a la *acción exigida* (en este sentido puede hablarse de distintas variantes del *planteamiento ontológico* dentro del Finalismo). La tesis de Cerezo de que únicamente es relevante la acción anterior, previa al ataque epiléptico, al objeto de atribuir al autor el resultado producido después, no puede convencer. Dicha acción, en el supuesto que nos ocupa, es penalmente irrelevante, como el propio Cerezo reconoce (18).

La norma prohibitiva se concreta en deber en un momento posterior; momento que coincide con el ataque epiléptico (o después de que el guardagujas se haya dormido: omisión). Lo relevante aquí es la *capacidad de acción* acuñada por Armin Kaufmann, es decir: el autor, si no se hubiese dormido o no se hubiese dirigido al lugar donde se produjo el ataque epiléptico, habría evitado el resultado que su acción —irrelevante en sí misma— produjo; o la acción no realizada que lo habría evitado y que Stratenwerth compara con la productora del resultado (19).

Como se ve, lo relevante es una acción que el autor no llevó a cabo, pudiendo hacerlo: la capacidad de acción conforme a deber de Kaufmann. Cerezo lo reconoce así, correctamente, en la omisión («no acción con posibilidad concreta de acción; es decir, no realización de una acción finalista que el autor había podido realizar en la situación concreta») (20). Pero yerra en la acción, al aferrarse a la premisa ontológica de que *acción* ha de serlo la *acción realizada*.

II

1. *Capacidad de acción* en Derecho penal significa siempre *capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa*; es decir, aquella que lesiona el bien jurídico y es, por tanto, objeto de la norma de prohibición (en lo sucesivo circunscribiremos nuestra exposición al delito de acción). En suma, el autor del delito doloso lleva a cabo la *acción pensada* por la norma de prohibición que lesiona el delito doloso.

(18) CEREZO, *Curso I*, pág. 319, nota 12.

(19) STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 58 («La circunstancia de que la finalidad cumpla un doble papel en los delitos culposos de acción, por un lado —como finalidad «potencial»— en la valoración jurídica, es decir, en la formulación de las exigencias de comportamiento que rigen con respecto a la situación concreta, y por otro —como finalidad real— como objeto de la valoración, o sea, de la acción realmente llevada a cabo, ha dado lugar a múltiples confusiones. Sin embargo, una clara conciencia de este doble rol será suficiente para esclarecer de una vez por todas el hecho de que tanto el delito culposo como el doloso se apoyan sobre el substrato de la voluntad real de acción del autor»).

(20) CEREZO, *Curso I*, pág. 339.

Presupuesto de realización de tal acción, previamente pensada por el Derecho, es la capacidad del autor de crear *esa* acción en la realidad. «El deber exige no abofetear al señor Müller aún *cuando se pueda* hacerlo» (21). Tal capacidad de acción la tiene sin duda el autor de la tentativa (también de la imposible), pues él «*puede* tomar la decisión de realizar la acción prohibida» —único requisito para que surja su «deber de omitir la realización de este acto concreto».

Entendida la capacidad de acción como «capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa» —lo que hace de la acción final elemento común a todas las formas de aparición del delito (*planteamiento ontológico*)—, serán los elementos constitutivos del dolo los que habremos de utilizar como criterios diferenciales del hecho punible. Aquí nos limitaremos a hacer un par de consideraciones sobre aquellas formas del hecho punible que están más estrechamente relacionadas con el tema que nos ocupa en la segunda parte de la investigación —el ámbito del delito doloso, al objeto de encontrar un criterio diferencial entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

2. Al identificar la «capacidad de acción» con la «capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa» estamos facilitando así la solución del dolo eventual en cuanto éste no aparecerá como ampliación de la intencionalidad (previsión de consecuencias secundarias o circunstancias concomitantes) sino, desde el principio, como *realización de una acción con posibilidad concreta de resultado* lo que parece comprender los supuestos que hasta ahora se quieren incluir dentro del delito doloso mediante la «construcción» *dolo eventual*. Lógicamente ello no excluye la necesidad de comprobar, conforme a ese criterio, el límite entre el dolo y la imprudencia consciente.

Antes de pasar a esta cuestión, permítasenos apuntar, en un plano prejurídico, el «verdadero» problema a que responde la construcción «dolo eventual»: La capacidad de acción o capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa *no la tiene* quien duda sobre tal posibilidad y *no puede deshacer tal duda*. La duda a la que nos estamos refiriendo no la tiene quien cuenta con la posibilidad de producir el resultado y —en orden a conseguir su meta— actúa (aunque tal posibilidad sea mínima). Ahora bien, el autor que duda no tiene capacidad para realizar los dos *extremos* de su duda: quien sabe que va a matar a «B» o a «C» pero no a ambos no puede querer matar a «B» y a «C» (el llamado, incorrectamente, *dolo alternativo*) (22).

3. La capacidad de acción en el delito imprudente de acción

(21) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 186.

(22) STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 108, ha llamado la atención sobre este subgrupo del dolo eventual, retomando una tradición que se remonta a Feuerbach y von Hippel (cfr. *infra* V 3).

consiste en la producción del resultado lesivo del bien jurídico mediante una acción —en sí indiferente— por quien *pudo producir tal resultado lesivo a través de una acción dolosa en el mismo sentido* (23). Al disponer de tal capacidad de acción, *debió* omitir actuar; lo que no hizo —momento omisivo de la imprudencia— pese a que *pudo* (24). De ahí que sea evitable el error de prohibición inherente a toda conducta imprudente.

La diferencia entre la imprudencia *consciente* y la imprudencia *inconsciente*, por tanto, reside únicamente en la representación (actual) de la acción lesiva del bien jurídico en la primera, y ausente en la segunda; lo que, en cualquier caso, es irrelevante para la penalidad. Lo relevante y común a ambas es la capacidad de conocer la acción dolosa (no realizada) lesiva del bien jurídico en el mismo sentido que la *causante* de su lesión (realizada pero *irrelevante* jurídicamente). Esa capacidad, existente en ambos casos, es actual en la imprudencia consciente y potencial en la inconsciente (25).

El llamado *dolo eventual*, por su parte, es una construcción jurídica que únicamente designa el margen que media entre el dolo directo o «intencionalidad» (sólo relevante cuando el tipo de injusto contiene algún elemento de necesaria concurrencia que caracterice la conducta del autor mediante circunstancias subjetivas situadas más allá o más acá de la mera producción del resultado: fundamentalmente metas y motivos) y la mera voluntad de producción del resultado sin más aditamentos que procedan de la ley. La «voluntad de producción del resultado», en cambio, no

(23) Ello no quiere decir que el delito doloso y el imprudente lesionen la misma norma. Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, págs. 146-161 y 298-303 (criticando a Binding y Engisch). Excéptico frente a tal dicotomía normativa, EBERHARD STRUENSEE, *Die Struktur der fahrlässigensdelikte*, *Juristenzeitung* (JZ) 1977, pág. (217-222) 220, nota 46. En cualquier caso, no se trata aquí de describir la acción que dolosamente lesiona el bien jurídico y la que lo hace porque su autor no pone el cuidado debido. Se trata, mejor, de cómo describir la acción que se debió omitir en la imprudencia; y esa acción —en sí indiferente— sólo puede ser descrita en Derecho penal por relación con la acción que dolosamente lesiona el bien jurídico en cuya evitación y sustitución por una conducta final consiste el desvalor-acción del delito imprudente. En conclusión, el modo de describir cualquier acción u omisión penalmente relevante es mediante acciones finales.

(24) La capacidad de acción es una concreta que no puede ser otra sino la que previamente ha sido desvalorada por el Derecho como lesiva del bien jurídico; extraída de la realidad prejurídica, pero convertida en mandato de omitir o exigencia de actuar a partir de ese momento. Sobre el momento omisivo de la imprudencia, que debe ser completado en el sentido aquí expuesto, cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959 pág. 167; sobre la conexión imprudencia-error de prohibición, KAUFMANN, *Fahrlässige Delikt*, pág. 52; ECKHARD HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, 1969, págs. 13-16. Cfr. también la nota anterior.

(25) Cfr. recientemente MICHAEL KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, págs. 259-267, 385-414.

contiene elemento alguno que se añade a la acción dolosa realizada capaz de producir el resultado. Constatada la realización de tal acción (*desvalor-acción*), la acción dolosa valorada por el ordenamiento jurídico como susceptible de producir el resultado que lesiona el bien jurídico, se ha realizado la totalidad del injusto del delito doloso (26). La producción o no del resultado, entonces, es una condición objetiva de punibilidad.

III

Los numerosos supuestos de hecho que, extraídos de la jurisprudencia o ideados por la doctrina científica para explicar la «construcción» dolo eventual, es decir, para deducir una responsabilidad criminal a título de dolo, pueden reunirse en tres grandes grupos (27).

(26) DIETHART, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973, pág. 191 («También en los delitos de imprudencia inconsciente consiste el injusto en una acción antijurídica (final) que como acción —y sólo como acción— es contraria a deber»), describe muy claramente la acción final (dolosa) que está en la base de todo injusto penal (también en la imprudencia inconsciente) (cfr. STRUENSEE, *Fahrlässigen Unterlassungsdelikte*, pág. 221, nota 54); en cambio, por lo que se refiere a la imprudencia consciente y al delito doloso, debido a la ambigüedad característica del Finalismo respecto al concepto ontológico de acción y su inclinación a identificarla con la realizada, se ve en dificultades que le lleva incluso a renunciar a la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente. Expresamente caracteriza Zielinski el resultado en el delito doloso de la siguiente forma: «¡Quien con sus propios ojos ve cómo pone en marcha una cadena causal no se verá libre de responsabilidad por la puesta en marcha de esta cadena causal por el simple hecho de que, al tiempo, se esforzó por evitar las consecuencias de la cadena causal! Y este deber responder está ya sustancialmente justificado, pues antes y después es el autor quien tiene por completo en sus manos el poder evitar las consecuencias: bastará con que omita la dirección final (Zielfinalität)» (pág. 166). Esto es cierto, sólo que caracteriza perfectamente a la imprudencia consciente, pues la omisión de la «Zielfinalität» no es ni más ni menos que la inversión de la acción final lesiva del bien jurídico dolosamente productora del resultado en otra que, incluso, aunque puede producir el resultado, ya no es contraria a deber o en un simple no actuar; pues lo importante, en ambos casos, es que la acción realmente realizada merece desaprobación penal en cuanto coincide con la que el autor habría realizado dolosamente *de haber querido producir* el resultado. Si no fuese posible tal ponderación el autor no respondería por el delito imprudente, al carecer de capacidad de acción: capacidad de acción del autor que lesiona imprudentemente el bien jurídico sólo existe cuando ese mismo autor pudo lesionarlo dolosamente (mediante una acción final en el mismo sentido). De no ser consecuentes con esta exigencia estaría de más el requisito, hoy unánimemente compartido, de la «causalidad entre la infracción del deber de cuidado y el resultado» como elemento distinto al de la simple producción del resultado (condición objetiva de punibilidad) (cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pág. 136; en general, sobre esta problemática, KLAUS ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, 1965).

(27) Sin ánimo de ser exhaustivos, valga la siguiente bibliografía sobre el dolo eventual, en el buen entendimiento de que —al abarcar un amplio

1. Un primer grupo de casos está formado por aquellos donde el autor al realizar una acción, finalmente dirigida pero irrelevante a los efectos de la punición, produce un resultado desvalorado jurídicamente que aquél previó como posible consecuencia unida a su hacer. A este grupo pertenecen los ejemplos de la doctrina clásica; como el *caso-Lacmann*, de la señorita del puesto de tiro al blanco (el autor quiere sacar con su disparo la esfera de vidrio que aquélla tiene en sus manos); el *caso-Löffler*, de los mendigos rusos que mutilaban a niños para utilizarlos de cara a sus fines mendicantes; y el *caso-Welzel*, del criado resentido que penetra en el granero de su amo con un cigarro encendido (28).

En todos estos casos la característica fundamental común es que, sin duda, el autor no ha querido (intencionalidad) (29) producir el resultado ocasionado (lesión de la señorita, muerte de algunos niños e incendio del granero). La construcción según la cual los autores que han elaborado estos ejemplos y la doctrina poste-

período de tiempo— la discusión evoluciona con la misma evolución de la dogmática del delito doloso: KARL ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1939, págs. 85-238 (con tratamiento exhaustivo de la literatura anterior); HORST SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, Fest. f. W. Sauer, 1949, págs. 207-248; ARMIN KAUFMANN, *Des dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, ZStW (70), 1958, págs. 64-86 (trad. española de R. F. Suárez, *El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo*, ADP, 1960, págs. 185-206); STRATENWERTH, *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*, ZStW (71), 1959, págs. 51-71; H. H. JESCHECK, *Aufbau und Stellung des bedingten Vortatzes in Verbrechenbegriff*, Fest. f. E. Wolf, 1962, págs. 473-488; CLAUD ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, Juristische Schulung (JuS), 1964, págs. 53-61 (también en «Strafrechtliche Grundlagenprobleme», 1973, págs. 209-235); JÜRGEN AMBROSIOUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, 1966; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *¿Cuándo se «conoce» la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis CP?*, Revista de Derecho de la circulación, 1969, págs. 1-23 (también publicado en «Estudios de Derecho penal», 1976, págs. 123-151); GUNTHER JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, págs. 104-119; PHILIPPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, ZStW (85), 1973, págs. 27-44; ERNST AMADEUS WOLFF, *Die Grenzen des dolus eventualis und der willentliche Verletzung*, Fest. f. W. Gallas, 1973, pág. 197-226; FRITJOF HART, *Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs*, ZStW (88), 1976, págs. 365-392 ALF ROSS, *Über den Vorsatz; Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung*, 1979; EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und bewusste Fahrlässigkeit)*, JuS, 1980, págs. 241-252; KÖHLER, *Bewusste Fahrlässigkeit*, páginas 296-309.

(28) Los casos «Lacmann» y «Löffler» están pedagógicamente expuestos en EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho penal, tomo II* (trad. y notas de J. A. Rodríguez Muñoz puesta al día —3.ª ed.—, por A. Quintano Ripollés de la segunda edición alemana del *Lehrbuch*, 1933), págs. 176-177. El caso «Welzel» está tratado por el propio Welzel en la 5.ª ed. de su *Strafrecht*, pág. 57 y por KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 197.

(29) Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Strafrecht*, 11 ed., pág. 69, para el caso «Lacmann».

rior permite atribuir esos resultados a sus autores se resume en estos términos: en la medida en que han contado con su probabilidad estadística de producción (elemento común a las teorías del «asentamiento» y de la «probabilidad»), puede hablarse de una *decisión por el injusto* suficiente para estimar el dolo (30).

Por tanto, para nuestro concepto de acción como «acción con posibilidad concreta de producción del resultado» parece que esta solución doctrinal es dogmáticamente irreprochable. Sin embargo, falta por constatar si la *acción realmente llevada a cabo* por el autor soporta la *equiparación* con la acción pensada por la norma de prohibición y que sustenta el desvalor-acción de la conducta del autor. La cuestión entonces es, ¿cómo se determina el límite más allá del cual el resultado producido no conecta con la acción pensada por la norma y realizada por el autor, y sí sólo con lo que el autor pudo realizar para lesionar el bien jurídico (imprudencia consciente)?

2. Un segundo grupo de casos tratados como «dolo eventual», de estructura aparentemente igual a los anteriores (31) pero esencialmente distintos, son aquellos donde el autor realiza la conducta productora del resultado desvalorado de una forma que a nadie haría dudar de que ese resultado fue la finalidad de la acción. Precisamente porque la misma acción aparece directamente conectada con el resultado producido la coartada del autor —apelando a lo más íntimo de su subjetividad— consiste en sostener que, pese a ser consciente de la posible producción del resultado desvalorado, él confió en detenerse en alguna fase previa (32).

Típico ejemplo de esta constelación de supuestos es el *caso del cinturón* de la jurisprudencia alemana (los autores, pese a que habían desechado la solución del cinturón al cuello de la víctima para hacerle perder el conocimiento por los peligros de producirle la muerte, acuden a ese sistema cuando les falla el menos peligroso que habían elegido) (33).

Este grupo de casos es el que más problemas crea en la juris-

(30) WELZEL, *Strafrecht*, pág. 68, apoyándose en HELMUTH MAYER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1953 («El comienzo del 'contar con' debe ser ya supuesto si el autor concede a la producción del resultado 'más de la simple posibilidad y menos de la segura probabilidad'»). Cfr. también JAKOBS, *Studien*, págs. 115-116.

(31) El ejemplo aparece colocado indiferenciadamente junto a los tradicionales en los tratadistas actuales; así, por ejemplo, en STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 109, se estudia el «caso-Lacmann» junto con el que ahora nos ocupa.

(32) Este supuesto no debe ser confundido con el propuesto por KAUFMANN del jardinero que guía su azada con cuidado para que, al quitar la hierba, no resulten deteriorados los tallos de las flores (*Dolo eventual*, pág. 196), del que después nos ocuparemos. Aquí, el autor en realidad no hace nada por evitar la producción del resultado.

(33) Recogido detalladamente en ROXIN, *Grundlagenprobleme*, págs. 209-210.

prudencia (34) porque las posibilidades de estimar imprudencia resultan más difíciles que en el grupo anterior. En efecto, allí el «telos» de la acción permite descartar que la voluntad se dirija a la producción del resultado desvalorado; mientras que aquí sólo puede aducirse la «buena fe» del autor, que sólo tiene en su favor su propia interioridad y la futilidad de los motivos que le llevaron a ocasionar un resultado tan grave.

En realidad, la dificultad para excluir estos supuestos de la calificación «dolo eventual», es decir, responsabilidad a título de delito doloso, reside en que aquí el acento no recae sobre el resultado producido sino sobre la *acción realizada* como capaz de producir el resultado desvalorado y, por tanto, *ella misma acción desvalorada*. La cuestión, entonces, es exactamente la inversa a la que planteaba el grupo de casos anterior. ¿Existe alguna posibilidad de excluir del ámbito del delito doloso aquellos supuestos donde el autor ha realizado la acción desvalorada como capaz de producir el desvalor-resultado —lo que sabe sin hacer nada por evitarlo (aunque lo desee)?

Si nuestra respuesta a esta pregunta deviene lógicamente negativa, habremos encontrado una solución segura al problema del dolo eventual y, además, lo que es más importante, dispondremos de un criterio objetivo de delimitación entre el delito doloso y el delito imprudente que habrá de residir —necesariamente— en la acción, no en la simple producción del resultado

3. Un tercer grupo de casos está constituido por aquellos donde lo que se cuestiona es el conocimiento de circunstancias que, en principio, son ajenas a lo que el autor tiene en sus manos realizar (35). Típicos ejemplos dentro de este grupo son el conocimiento de la edad de la víctima en los delitos contra la libertad sexual o la ajenidad de la cosa en los delitos contra el patrimonio (el autor duda si la pieza de caza que va a cobrar se encuentra a este o al otro lado del coto).

La mayor dificultad que presenta el grupo, sin duda derivada de la técnica empleada por el legislador a falta de otra mejor, es la de aplicar la fórmula antes enunciada sobre la actuación en caso de duda. En contra del parecer de Mezger (36) y Armin Kaufmann (37), no podemos resignarnos a ver aquí un resto de «dolo malo». No basta, para estimar el dolo, como sostiene Welzel (38), contar con la posibilidad de que la víctima sea menor de edad; ni siquiera exigiendo la seriedad de la duda en los términos formula-

(34) Cfr. el ejemplo jurisprudencial de CEREZO, *Curso I*, págs. 443-444.

(35) MEZGER, *Tratado II*, pág. 175; *Strafrecht*, pág. 69; KAUFMANN, *Dolo eventual*, págs. 199-200. Sobre este grupo cfr. CEREZO, *Curso I*, págs. 442-443, nota 122.

(36) MEZGER, *Tratado II*, pág. 175.

(37) KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 200.

(38) WELZEL, *Strafrecht*, 6.^a ed. Con posterioridad parece haber abandonado tal planteamiento.

dos por Engisch (39). Y ello porque en tales casos el contenido de voluntad del autor nunca puede concretarse en conducta comprobada por el Derecho.

El estupro, por ejemplo, remite a una conducta que en sí misma no es merecedora de punición, ni siquiera en lo que contiene de engaño en orden al yacimiento. Lo que hace delito muy grave a tal conducta —en otro caso la edad de la víctima no tendría la relevancia que tiene— es la edad de la víctima precisamente (40). Por tanto, no basta realizar la acción del yacimiento; ni el engaño más la duda acerca de la edad de la víctima. Más bien ocurre al revés, que el conocimiento de la edad de la víctima colorea —desvalorándolo penalmente— el yacimiento y el engaño.

El notorio esfuerzo realizado por Schmidhäuser (41) y Platzgummer (42) en orden a sustanciar el elemento intelectual del dolo en circunstancias tales como el desarrollo fisiológico y psíquico de la víctima ilustra bien lo que queremos decir —sin que de estas aportaciones se deduzca una ampliación del dolo—: los casos más relevantes de duda acerca de la edad de la víctima, lógicamente, serán precisamente aquellos donde está a punto de alcanzarse la edad límite para la punición de estas conductas; por tanto, aquellos donde resulta más desaconejado hacer soportar al autor la duda sobre la ilicitud del acto (43).

(39) ENGISCH, *Untersuchungen*, pág. 220; del mismo, *Anmerkung zu BGHStr. 7 s. 363ff.*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, pág. 1688.

(40) Es la edad de la víctima la que determina la punición de estas conductas, en cuanto que se entiende que comportamientos sexuales tan normales en el adulto como el yacimiento o la masturbación representan un serio peligro para la madurez sexual del menor. Sobre esta concepción «individualista» del Derecho penal sexual y su opuesta, cfr., entre nosotros, JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*, 1981, págs. 227-241.

(41) SCHMIDHÄUSER, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*, Fest. f. H. Mayer, 1966, págs. 317-338.

(42) WINFRIED PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, 1964, páginas 86-87. Críticamente también KÖHLER, *Vorsatzbegriff und Bewusstseinsform des Vorsatzes. Zur Kritik der Lehre vom «sachgedanklichen Mitbewusstsein»*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1981, págs. (285-300) 288-295.

(43) Muy interesante y esclarecedora resulta la situación en el Derecho penal danés y la jurisprudencia de aquel país de que refiere ALF ROSS, *Vorsatz*, págs. 44-46. En el Código penal danés, el § 226 prevé la posibilidad de sancionar por imprudencia en los casos donde el autor no conoció la edad de la víctima de un delito sexual y no puede serle atribuido el hecho a título de dolo (de aquí deduce Ross que el Derecho penal danés admite el dolo eventual en estos casos). Sin embargo, la jurisprudencia, en casos en los que cabría aplicar la construcción «dolo eventual» fácilmente, no lo hace (lo que según Ross confirma su tesis de que el Derecho penal danés no reconoce esta figura del dolo eventual). Entre las sentencias comentadas está ésta: «A» yace con «B» quince días antes de cumplir los quince años (supongo que ésta es la edad límite en la figura delictiva pertinente) y anteriormente con «C», de trece años y diez meses de edad. «B» es la hija de sus vecinos, a los que conoce desde hace tiempo; por eso sabía una serie de datos importantes, como que «B» todavía iba al colegio, etc. «A», en

La alternativa dogmática y políticocriminal más adecuada no será la de extender a estos supuestos la responsabilidad por el delito doloso. Por el contrario, exigir en estos casos el conocimiento seguro de la edad de la víctima —por lo que tiene de elemento rector del tipo de injusto— ofrece la posibilidad de no tener que cargar con un resto de «dolus malus» ni renunciar a la delimitación dolo eventual —culpa consciente (44).

Ni el sustrato ético, en su doble vertiente —moralizante y protector de la moralidad—, del Derecho penal se resiente por ello ni se administrativiza —en contra del temor de Stratenwerth (45).

A los efectos que aquí nos interesan, la exigencia del dolo directo en estos casos hace superfluas ulteriores consideraciones sobre esta temática.

En *conclusión*, los casos de circunstancias dadas no susceptibles de configuración final por parte del autor exigen el conocimiento de las mismas por su parte en el momento de actuar. Conocido este elemento rector del tipo, el dolo eventual, es decir, la configuración personal-final del autor podrá recaer sobre cualquier otro elemento del tipo; por ejemplo, el prevalimiento de la superioridad o el engaño (46) —si el autor duda sobre si su oferta de matrimonio ha sido tomada en serio o no por la víctima.

IV

1. Un capítulo fundamental de la Filosofía anglosajona está constituido por el *análisis de la acción*. Esta tradición, que comienza a dar sus frutos en las Ciencias sociales y se ha visto re-

cambio, ignoraba la edad exacta de las víctimas. «C», por su parte, era una amiga de «B» a la que había visto un par de veces con motivo de sus visitas a casa de los padres de «B», y daba la impresión de ser claramente más joven que «B». En el proceso no se constata que «A» conociera las edades de las víctimas y todo hace suponer que, por haber tenido motivos suficientes para llevar a la conclusión de que al menos «C» no tenía quince años, no habría renunciado a su acción de haberlo sabido con certeza (recuérdese la fórmula del dolo eventual). El Tribunal Supremo del Este, sin embargo, condena por el delito imprudente del § 226. Dejando aparte la punición imprudente de estos delitos, que es técnicamente incorrecta y políticocriminalmente desaconsejado (cfr., no obstante, entre nosotros, JAVIER BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, 1979, págs. 312, 314, en favor de la punición por imprudencia en los casos de desconocimiento de la edad de la víctima), los ejemplos de Ross ponen de relieve que los casos más importantes son aquellos en que está a punto de alcanzarse la edad más allá de la cual la conducta del autor es atípica; por eso, las decisiones de los tribunales daneses son irreprochables.

(44) Así lo hace ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, págs. 162-168, siguiendo a ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, Fest. f. E. Kohlrausch, 1944, pág. (141-179) 155.

(45) STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 112.

(46) El autor que ha engañado o ha querido prevalerse de su superioridad (conductas siempre intencionadas), duda de que efectivamente el asentimiento de la víctima se haya producido de resultas (relación causal) de su maquinación.

talizada con una serie de aportaciones recientes y su recepción en el Continente, apunta a constituirse en meta-teoría de las disciplinas que se ocupan del acontecer humano (47). Su influencia sobre la Ciencia del Derecho, del Derecho penal en concreto, puede ser grande. Tal aportación, sin duda, encontrará el terreno abonado por la Dogmática penal de los últimos cincuenta años. Sin embargo, es curioso destacar que tal enlace se produce cuando la discusión entre penalistas en torno a la acción comienza a languidecer.

2. En la literatura filosófica inglesa, que no duda en ejemplificar muy frecuentemente sus postulados con supuestos de carácter penal, no aparece para nada construcción alguna que tenga cierta similitud siquiera lejana con el *do!o eventual* de los penalistas. A explicar por qué ocurre así van encaminadas las siguientes líneas; en el buen entendimiento de que puede ayudarnos a resolver el problema, sin duda real, que para el Derecho penal suponen los casos incluidos en la «construcción» dolo eventual

Cuando los filósofos describen la acción intentan aclarar ante todo qué se pregunta; pues la correcta formulación acerca de qué hizo ese hombre es la garantía para encontrar una respuesta inequívoca (48). A estos efectos no basta con encontrar un sujeto y un verbo —transitivo o intransitivo— para tener descrita una

(47) Existen dos importantes libros colectivos sobre la Filosofía analítica de la acción muy útiles por la completa panorámica que ofrecen para los no familiarizados con la literatura inglesa: *La Filosofía de la acción*, ed. Alan R. White (trad. española de S. Block del original inglés *The Philosophy of Action*, Oxford, 1968), 1976, con introducción de A. R. White (bibliografía) y trabajos de Austin, Danto, Prichard, Melden, Davidson, Feinberg, Fitzgerald, Anscombe, y Urmson; *Analytische Handlungstheorie*, tomo I: *Handlungsbeschreibungen* (ed. Georg Meggle), 1977, con «Introducción» de Meggle (bibliografía) y trabajos de Rescher, Austin, Forguson, Rayfield, Danto, Martin, Baier, Anscombe, Hampshire/Hart, Feinberg, Pitcher, Geach, Hare, Kenny, Davidson, Goldman, Chisholm, Hempel y Meggle. Tomo II: *Handlungserklärung* (ed. Ansgar Beckermann), 1977, que incluye trabajos de Beckermann, Hamlyn, Peters, Melden, MacIntyre, Gean, Chihara/Fodor, Brandt/Kim, Dray, Churchland, Malcolm, Putnam, Lewis y Fodor. Más recientemente la base metodológica de la discusión en torno al análisis de la acción —que ha dado lugar a un importante redescubrimiento de la vieja polémica ciencia natural-ciencia cultural— se ha planteado en torno al libro de GEORG HENRIK VON WRIGHT, *Explicación y comprensión* (traducción española de L. Vega, del original inglés *Explanation and Understanding*, 1971), 1979, estando recogido el debate consiguiente en JUHA MANNINGEN y RAIMO TOUMELA (eds.), *Ensayos sobre explicación y comprensión* (traducción española de L. Vega, del original inglés *Articles from «Essays on Explanation and Understanding»*, 1976), 1980, con trabajos de Hintikka, Winch, MacIntyre, Stoutland, Martin y von Wright. En este mismo debate se incluye el libro de KARL-OTTO APEL, *Die Erkären: Verstehen-Kontroverse in transzendental-pragmatischer Sicht*, 1979. Como brillante introducción a esta temática es muy útil el libro de PAUL RICOEUR, *El discurso de la acción* (trad. española de P. Calvo, del original francés *Le discours de l'action*, 1977), 1981, con perspectiva fenomenológica.

(48) DONALD DAVIDSON, *Handeln*, en «Handlungstheorie I» (original inglés *Agency*, publicado en R. Binkley y otros (eds.) «Agent, Action, and Reason», Oxford, 1971, págs. 3-25, versión alemana de W. R. Köhler) págs. (282-307) 283.

acción. Para poder distinguir entre lo que «A» *ha hecho* y lo que a «A» *le ha ocurrido*, entre «A ha tropezado con el escalón» y «A ha subido el escalón», hace falta algo más: en estos casos sólo sabremos si estamos ante una acción si conocemos algo situado más allá del verbo empleado (49). En el ejemplo «A ha tropezado con el escalón» tan sólo si sabemos que «A» lo ha hecho intencionadamente podremos ver en él la descripción de una *acción*; en otro caso estaremos sólo ante un *acontecimiento*.

Si la *intención* es el carácter esencial de la acción, podemos concluir que verbos que únicamente pueden conjugarse con acciones intencionales, como «afirmar», «engañar», «mentir», etc., describen acciones; aún en el caso de que el autor yerre sobre la dirección de su intencionalidad: quien suma puede sumar mal. quien mente puede decir erróneamente la verdad, etc. Por tanto, «alguien ejecuta una acción cuando lo que hace puede ser descrito como lo que hace intencionadamente» (50). Alguien es el agente de un acontecimiento sólo si existe una descripción del mismo donde la afirmación de que lo ha realizado intencionadamente es verdadera. Y ello con independencia de cómo se describa la acción (51). «A ha hundido el Bismarck» describe una acción aunque esa acción por él realizada estuvo dirigida a hundir el «Tirpitz», al que confundió con el «Bismarck». «Yo he tropezado con la alfombra» no describe una acción; pero «Yo he ocasionado —al entrar en la habitación— mi tropiezo con la alfombra» sí lo hace.

El concepto de *causa* puede ayudar a la comprensión de la acción (52). Si «Bruto» mató a «César» para acabar con el tirano, el deseo de matar al tirano será la causa de la acción de «Bruto» y la muerte de «César» su efecto. En cualquier caso algo parece claro: aunque digamos que el autor *mató* a la víctima no será sino una *elipsis* para significar que el agente *ha causado la muerte* de la víctima. A este núcleo de la acción no afecta en nada el hecho habitual de que la atribución de «intencionalidad» persiga una finalidad de justificación o disculpa y la atribución de acciones una finalidad de justificación o disculpa y la atribución de acciones una finalidad de reprochabilidad o culpabilidad. Contemplada desde la causalidad, la acción exige que lo hecho por el agente sea descrito intencionadamente; lo que, a su vez, sólo es posible cuando lo realizado por el actuante aparezca —para él mismo— como una descripción. Y por ello porque el actuante sabe siempre cómo mueve su cuerpo si, al hacerlo, actúa intencionadamente —en el sentido de que eso proporciona una descripción del movimiento en la dirección en que, como él sabe, apunta tal movimiento (53).

Si pasamos de la *causalidad-acontecimiento*, como hemos hecho hasta ahora, a la *causalidad-acción* la formulación lingüística acu-

(49) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 284.

(50) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 286.

(51) DAVIDSON, *Handeln*, págs. 286-287.

(52) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 289.

(53) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 293.

ñada no es aplicable, pues la causalidad no puede clarificar la acción del agente. El agente sólo puede causar lo que causan sus acciones: si alguien frena el automóvil que conduce y ocasiona con ellos que el auto se detenga no le atribuimos dos acciones. Ciertamente podemos ampliar la responsabilidad por una acción a sus consecuencias; pero no atribuyéndole una nueva acción, sino en la medida en que concluimos que su acción originaria ha tenido esas consecuencias (54).

En *conclusión*, la relación agente-acción no tiene nada que ver con el concepto de causalidad. El conocimiento de que una acción ha tenido un efecto determinado nos permite describir al agente como causante de ese efecto. En cambio, respecto a la acción del agente no puede decirse lo mismo, que el agente sea su causa. La causalidad nos permite describir acciones de una manera distinta a la que podemos utilizar para los acontecimientos (55); esta circunstancia («descriptibilidad») es una propiedad de la acción que, sin embargo, no nos proporciona un análisis del actuar.

3. La causación de un resultado no es acción. La atribución del resultado al agente, sin embargo, sólo es posible a través de una acción (intencional). Cuando autores como Stratenwerth o Kaufmann apuntan la posibilidad de atribuir el resultado ocasionado en estado de inconsciencia al agente que en un momento anterior *se ha colocado* en tal estado están utilizando el mecanismo que, como acabamos de ver, incluye en la acción las consecuencias ocasionadas por la misma del tipo «pisar el freno» y «detener el coche». En cambio, la construcción que pretende atribuir un resultado simplemente ocasionado (no intencional en la misma dirección) por la mera representación o deseo de producción sólo puede apoyarse en la atribución de una acción (la acción de fumar y la acción de incendiar, ambas intencionales). *Lo que no es sino acontecimiento aparece descrito como acción.*

V

Excluidos del tratamiento conforme a la «construcción» *dolo eventual* los supuestos de duda acerca de circunstancias que el autor no tiene en sus manos modificar en el momento de actuar, por las razones que en su momento veíamos, quedan tres grupos de casos que van a encontrar diversa solución en función de los criterios que acabamos de desarrollar. Dos de ellos son tradicionalmente tratados por la doctrina científica de modo unitario al estudiar el *dolo eventual*, sin percibir que se trata de problemas de muy diversa índole que obligan a un tratamiento dispar; el último, en cambio, es nuevo y comienza a ser tratado por la doctrina como

(54) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 304.

(55) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 306.

problema que afecta fundamentalmente a la concreción del dolo, es decir, su posible desvío. Los grupos son tan distintos que hacen prácticamente imposible reducirlos a algún elemento común al que designar como *dolo eventual*.

1. *El autor, mediante una acción en sí indiferente, prevé la producción del resultado.* Aquí, ni la representación por parte del autor sobre la posibilidad de producción del resultado ni la voluntad de que ese resultado se produzca justifican una atribución a título de dolo, pues ese resultado no es el resultado de una acción dirigida finalmente a su producción (finalidad «potencial»).

Conocida es la crítica de Armin Kaufmann a las teorías del *asentimiento* (el autor debió querer la producción del resultado) y de la *probabilidad* (alta de producción del resultado) (56): Si la voluntad incluye consecuencias no deseadas se volatiliza la distinción con la culpa consciente; si no las incluye, no se comprende la «construcción» dolo directo. El resultado no probable, por su parte, puede ser deseado; pero si se niega el dolo en estos casos la probabilidad no puede ser criterio delimitativo.

Estas críticas alcanzan también a las posiciones de Stratzenwerth, Roxin y Ambrosius, pues la «decisión por la posible lesión tomada en serio» es una brillante síntesis refundidora de las tesis intelectuales y volitivas tradicionales que hace imposible la delimitación con la imprudencia consciente desde el momento en que descansa sobre el autor, no sobre su acción (57). Por eso, las dificultades probatorias de estas posiciones se soslayan mediante apelaciones a actitudes hipotéticas del autor, experiencias objetivas generalizables sobre los acontecimientos tipificados, etc. (58).

Tales acontecimientos, sin embargo, nunca pueden caracterizar una actitud del autor de cara a un resultado, sino que son características con las que sustanciar una acción. Si no existe tal posibilidad, y los ejemplos propuestos lo muestran (recuérdense los casos Lacmann, Löffler y Welzel), al caracterizar la acción como penalmente neutra, no cabe estimar una responsabilidad a título de dolo; en su lugar sólo queda un resto de responsabilidad a título de imprudencia consciente (la categoría «imprudencia temeraria» puede jugar aquí un importante papel). Por tanto, al poner el acento sobre el desvalor-acción y no sobre el desvalor-resultado, no sólo somos coherentes con la doctrina del *injusto personal*, hoy dominante, sino que además resolvemos un importante problema probatorio (las características de la acción que la hacen portadora del desvalor-acción son todas objetivas).

(56) KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 193.

(57) STRATZENWERTH, *Dolus eventualis*, págs. 58, 60; ROXIN, *Grundlagen-probleme*, pág. 224; AMBROSIUS, *Untersuchungen*, pág. 70.

(58) Ilustrativo sobre la apelación a tales criterios, HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, vol. 1, Allgemeiner Teil., eds. Rudolphi/Horn/Samson, 3.ª ed., 1981, comentario al § 16, pág. 66.

2. *El autor dirige su acción a la producción del resultado, pero confía en que éste no se producirá si él interpone los contrafactores adecuados.* Esta es la conocida tesis de Armin Kaufmann. Sabido es también que Kaufmann no se conforma con el mero deseo de evitación del resultado a que conduce la acción, exigiendo, por contra, un juicio de adecuación objetiva accesible a todos (también al autor) (59). Entendido así el planteamiento de Kaufmann no se distingue en nada del sustentado por la doctrina mayoritaria acerca del «dolo eventual»; tampoco aquí puede decirse que el autor «se ha decidido por el injusto». Y no se comprende el rechazo prácticamente unánime de su tesis (60). Este grupo de supuestos, que sólo aparece como subnormalidad del anterior, se explica mejor con la tesis de Kaufmann que con la mayoritaria, al poner el acento sobre el curso que el autor ha dado a su acción y no sobre la representación del posible resultado. Las dificultades probatorias son las comunes a todo el dolo y, en cualquier caso, inferiores a las restantes tesis sobre el «dolo eventual». Posibles *presunciones* están descartadas: En el ejemplo típico representado por el «caso del cinturón», la responsabilidad por el delito doloso no es el producto de una «*praesumptio doli*» derivada de la «voluntariedad» (61) más o menos dirigida a la producción del resultado,

(59) KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 195.

(60) Los autores se limitan a reproducir la crítica de Stratenwerth (cfr. AMBROSIUS, *Untersuchungen*, págs. 66-68), para quien la concurrencia de las metas representadas por la producción del resultado y, a la vez, su evitación, no es lo que se cuestiona en los casos de dolo eventual. La voluntad de evitación puede dejar todavía un resto de posibilidad de producción del resultado que, al parecer de Stratenwerth, permite fundamentar aún una responsabilidad por delito doloso si efectivamente el autor cuenta con esa posibilidad y la acepta.

(61) LUIS SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte segunda, 2.ª ed., 1903, págs. 110-118, tras entender el término *voluntarias* del art. 1.º I CP como «intencionalidad» o dolosidad de la acción («determinación de la voluntad que se desenvuelve en actos para alcanzar algo como término y resultado de su movimiento») (pág. 111), con exclusión de las acciones imprudentes, entiende la *presunción* del párrafo I en el sentido de que «el que se decide a obrar y pone en movimiento su actividad exterior, lo hace en orden a algún fin, con algún fin, con algún propósito o pensamiento, esto es, con intención» (pág. 118); aunque admite la prueba en contrario, es decir, de la falta de intencionalidad (la presunción es, pues, *iuris tantum*). Ahora bien, ¿existe alguna base para la presunción? El filósofo JOHN L. AUSTIN, *Un alegato en pro de las excusas* (publicado por primera vez en «Proceedings of the Aristotelian Society», 1956-1957, con el título *A Plea for Excuses*, págs. 1-30), «Ensayos filosóficos» (original inglés *Philosophical Papers*, ed. por J. O. Urmson y G. J. Warnock, 1961), traducción y presentación de A. García Suárez, 1975, páginas 169-192, se ha planteado esta cuestión utilizando un ejemplo jurídico. En el «caso de la Corona contra Finney» (págs. 185-186), el acusado era celador de un manicomio y, estando al cuidado de un demente al que bañaba, abrió el agua caliente y con ello «lo escaldó» hasta causarle la muerte. Según el relato del propio acusado, al pretender introducir a la víctima en un baño limpio después de haberlo lavado le pidió que se saliera del ocupado hasta entonces. En ese momento otro celador atrajo su atención, desviando su mirada del baño ocupado por el demente. Bajó la mano para

sino de la representación previa de la producción del resultado empleando tal medio y que lleva a los autores a descartarlo al final, mediante una modificación del plan, volverlo a retomar. Aquí como se ve, todo sigue siendo objetivo.

3. *El «dolo eventual», hoy por hoy, equivale al erróneamente denominado «dolo alternativo» tal como lo entendió Fauerbach.* Es mérito de Stratenwerth haber recordado como Feuerbach —en contra de como lo interpreta von Hippel— aludía al dolo eventual en aquel supuesto donde «el autor no tiene preferencia por ninguno de los resultados posibles»; entonces «estaremos ante un caso especial de concurrencia entre diferentes fines de la acción, como ocurre cuando aquél dispara sobre varios de sus perseguidores, resultándole indiferente a quien alcanza con sus disparos» (62). Este autor y el propio Feurbach yerran, sin embargo, si estiman dolo eventual con respecto a ambas consecuencias del hecho, pues el autor nunca puede realizar *ambas* finalidades (alcanzar a uno y a otro de los perseguidores) cumulativamente (delito consumado e intentado en concurso ideal) y sí *alternativamente*; de aquí posiblemente la confusión terminológica de von Hippel (63). El supuesto debe ser tratado con el mismo criterio del «error en el golpe»; siempre que se haga, con Welzel y Puppe (64), en el sentido de

llenar el baño ocupado hasta entonces con agua y fría y se equivocó de grifo. No supo lo que hacía hasta que oyó a la víctima gritar, y no cayó en su equivocación hasta ver el vapor del agua. Abogado y juez estiman que la negligencia, de haberla, no fue tan grave como para calificar de homicidio. Atendiendo al relato del acusado, el deber de no dejar entrar agua en el baño mientras éste está ocupado se incumple porque aquél no creía estar dejando entrar agua en un baño ocupado. El demente, además, como se demostró, era un hombre capaz de salir por sí mismo y de entender lo que se le dijo. Si el detenido hubiese sabido que el demente aún estaba en el baño, su conducta de abrir el agua, pese a la confusión, habría sido de negligencia grave y, por tanto, homicidio. Según Austin, el relato del acusado contrasta con el de la defensa y el del Tribunal en que se limita a describir lisa y llanamente lo ocurrido, mientras que éstos aducen una serie de excusas empleando términos distintos como si fuesen iguales y distinguiendo lo indistinguible. Volviendo al tema que nos ocupa, no se trata de presumir que quien ha ocasionado un resultado, conociendo su producción, lo ha querido —como sostiene Silvela—, para después abrir la posibilidad de admitir excusas al estilo de los jueces de la Corona inglesa. Se trata mejor de encontrar y probar hechos que hablen por sí mismos, y en la duda absolver. Sobre la interpretación moderna del art. 1.º II CP cfr., de una parte, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, ADP, 1965, págs. 33-84, y, de otra, JOAQUÍN CUELLO, *La estructura de la acción punible*, ADP, 1980 (págs. (641-661) 632-645.

(62) STRATENWERTH, *Parte general*, I, pág. 108.

(63) ROBERT VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, volumen II, 1930, pág. 335, reconoce acertadamente que en estos casos sólo uno de los objetos va a ser alcanzado, pero, por analogía con la doctrina del error en el golpe, estima un concurso ideal entre el delito consumado correspondiente al objeto alcanzado y la tentativa del no alcanzado.

(64) WELZEL, *Strafrecht*, pág. 73; INGBORG PUPPE, *Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus*, GA, 1981, págs. 1-20. Obsérvese bien que con ello equiparamos «aberratio ictus»

estimar ese desvío como *inesencial*. El autor, en el ejemplo, responderá por un único delito de homicidio, lesiones, etc. Y ello porque, como decíamos al principio, estos casos de dolo eventual «auténtico» se caracterizan porque el autor cuenta con la posibilidad de realizar uno de los extremos de la duda, pero no ambos.

VI

En *resumen*, presupuesto ontológico común a todas las formas de aparición del delito es la *acción*. La acción aparece en el mundo del Derecho como acción pensada, es decir, *real-posible*; por eso, resulta mejor caracterizada desde el sujeto responsable como *capacidad de acción* surgida en un momento dado (el de concreción de la norma en deber de hacer u omitir el resultado). Esta capacidad de resultado es una característica *inseparable* de la acción. Por eso, a la hora de atribuir un resultado a su autor debe comprobarse si ese resultado es el resultado de la acción típica pensada por el Derecho. Si para ello hemos de presumir una nue-

y dolo alternativo o eventual, lo que el propio Welzel no hace. Welzel acierta en el tema «*aberratio ictus*» al equipararlo con el desvío inessential y, por tanto, irrelevante también; lo que da lugar a una responsabilidad por el delito consumado (se elude la solución concursal) siempre que sea el mismo tipo delictivo el realizado. En cambio, en los casos de dolo alternativo, influido sin duda por su discípulo GÜNTHER JAKOBS, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, 1967, págs. 145-158, se inclina por la solución concursal. Los problemas prácticos que se plantean —determinación de la penalidad— pueden ser resueltos mejor sin forzar la base ontológica del dolo. Ya VON HIPPEL (*Strafrecht*, II, pág. 335, nota 4) objetaba a LOBE que su solución de la unidad de delito llevaba a resultados insatisfactorios en el siguiente caso: Si quien huye sólo dispara contra su perseguidor responderá únicamente por tentativa de homicidio (no alcanza a la víctima) si en cambio dispara contra aquél y contra el perro que le acompaña, alcanzado a éste, sólo responderá por un delito de daños (consumado). Ejemplos semejantes recoge JAKOBS (*Konkurrenz*, pág. 147), en favor del concurso entre el delito intentado y el consumado pese a indicar expresamente que «también si el autor sabe que, en definitiva, sólo se va a producir un resultado infringe con su acción de normas». En casos como éste, el art. 5.º de nuestro CP modifica la norma del concurso ideal de delitos (art. 71) y vuelve expresamente a la unidad de delitos. En Códigos que carecen de una norma como la de nuestro art. 50 puede llegarse a las mismas conclusiones aplicando principios elementales de Hermenéutica jurídica (cfr. CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis»*, ADP, 1978, págs. (35-95) 79-80). Con mejor criterio, PUPPE, «*Konkreten*» *Vorsatz*, págs. 9-10, aplicando coherentemente el principio de la *individualización*, concluye que el «error en el golpe» no debe someterse a tratamiento distinto del «error en la persona», pues la única diferencia entre ambos es que mientras allí se individualiza el mismo objeto, pero conforme a características distintas a las pensadas aquí concuerdan ambas características (la pensada y la realizada). Lo que aplicado al caso que nos ocupa («dolo alternativo») quiere decir que, cuando el autor carece de la posibilidad de «individualizar» dos objetos diferentes (de diferentes características) a la vez, ambos objetos no pueden ser incluidos en su dolo como resultados a producir, a «individualizar».

va acción distinta de la meramente causante de ese resultado y dirigida a finalidad distinta e irrelevante penalmente, carecemos del requisito mínimo para fundamentar una responsabilidad por delito doloso: la acción *finalmente* dirigida a producir *ese* resultado. La finalidad es una característica *objetiva* de la acción tipificada socialmente mediante fórmulas «standars» asumidas por todos. Esta finalidad «objetivada» puede estar encaminada tanto a la producción del resultado como a su evitación. En el primer caso no habrá inconveniente en estimar una responsabilidad a título de dolo sin necesidad de examen ulterior acerca de representaciones subjetivas del autor que vayan más allá de lo realizado (acción) en relación con un resultado *causado* por él. En el segundo, la voluntad de evitación también se exterioriza en actos («objetivos») que pueden llevar a desestimar el dolo. El *dolo eventual*, por tanto, sólo surgirá cuando se produzca una *conurrencia* de finalidades, es decir, cuando la misma acción puede concretarse en distintos resultados. En cualquier caso, el resultado que en tal concepto va a ser atribuido al autor es uno que posee todas las características genéricas del dolo, sin aditamento alguno, las que singularizan al dolo eventual.

