

La culpabilidad y lo inconsciente (*)

WERNER GOLDSCHMIDT

INDICE

SUMARIO: *Introducción*: Planteamiento del problema.—I. Teoría psicológica de la culpabilidad.—II. Teoría normológica de la culpabilidad.—III. Teoría psico-normativa de la culpabilidad.—IV. Resultado.—*Parte principal*: Culpabilidad y lo inconsciente.—I. Aspecto psíquico de la culpabilidad.—1) los conceptos psicológicos fundamentales.—a) La consciencia.—a') En vista de su temporalización.—b') En atención al contenido.—a'') Propósitos.—b'') Conocimientos.—b) Lo inconsciente.—2) Base psíquica de la culpabilidad.—a) Propósito de llevar a cabo un delito.—a') Dolo directo.—b') Dolo eventual.—b) Conocimiento de cometer un delito.—a') Culpa directa.—b') Culpa eventual.—3) Resumen.—a) Lo directo y lo eventual.—b) Lo actual y lo disponible.—II. Aspecto normativo de la culpabilidad.—1) Fundamento del reproche de la culpabilidad.—2) Graduación de la culpabilidad.—*Perspectiva*: Casos análogos en otras materias jurídicas

INTRODUCCION

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La doctrina de la culpabilidad ha pasado en la ciencia del Derecho penal por diferentes fases. Antes de describirlas quisiera dejar constancia de que su desenvolvimento interesa por igual en la ciencia del Derecho civil por haber identidad de su concepto en ambas disciplinas (1), perteneciendo, en el fondo, el concepto de la culpabilidad a la Teoría General del Derecho (2).

(*) Comunicación leída el 4 de diciembre de 1953 en la Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Legal de San Miguel de Tucumán, con motivo de su ingreso en la misma como miembro titular.

(1) V. nuestro estudio: *Die Schuld im Straf- und Zivilrecht* (Marcus, Breslau, 1934).

(2) V. nuestro estudio: *La culpabilidad* (Contribución a una Teoría Jurídica Universal), trad. de JUAN DEL ROSAL, separado de la «Revista de Derecho Público», núm. 43-44, Madrid, julio-agosto, 1935. V. sobre todo FEDERICO CASTEJÓN: *Teoría de la continuidad de los Derechos Penal y Civil*. (Rosch, Barcelona, 1949).

I

TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

La primera etapa suele ser caracterizada como la de la concepción psicológica de la culpabilidad. Preferimos, por motivos que más tarde se comprenderán, llamarla el período de la doctrina de la culpabilidad hiperconsciente. Los defensores de dicha doctrina enseñan que la culpabilidad consiste en la voluntad de realizar el delito, por ejemplo, en el propósito de matar.

Esta doctrina resulta equivocada por dos razones, de las cuales la primera se refiere al aspecto fáctico, y la segunda, al aspecto normativo de la culpabilidad.

En primer lugar, en muchos casos admitimos culpabilidad sin el mencionado propósito. Así ocurre en la culpa inconsciente. Pero tampoco en la culpa inconsciente ni en el dolo eventual se da el propósito de llevar a cabo el delito: el propósito se dirige a otro objetivo; lo que sí hay es la representación de la posible realización del delito. A fin de eliminar estas objeciones, los sostenedores de la tesis de la culpabilidad consciente pueden sustituir el propósito de dar cima al delito por el conocimiento de efectuarlo. Pero aun así queda sin explicar la culpa inconsciente y la diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual.

En segundo lugar, fracasa la tesis mencionada en atención a los casos en los que, pese a la existencia del propósito, no es posible afirmar la existencia de culpabilidad. Ello ocurre en todos los casos en los que una causa de excusación—por ejemplo, el estado de necesidad, en cuanto opera en esta función—hace innocuo el dolo.

II

TEORÍA NORMOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

Esta doctrina, que procede de Kelsen (3), intenta probar que el concepto psicológico de la voluntad no es aplicable en las ciencias normativas (éticas o jurídicas). Para estas ciencias la voluntad no es otra cosa que el término de imputación normológica. Lo que en esta doctrina interesa (4) no es su pulverización del fenómeno psíquico de la voluntad y su sustitución por elementos cognitivos

(3) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.ª ed. 1923, pág. 107 y ss.; el mismo: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1929, págs. 242 y siguientes; el mismo: *Teoría General del Estado*, trad. de LEGAZ Y LACAMBRA, Barcelona, Labor, 1934, págs. 64-65.

(4) V. su crítica en JAMES GOLDSCHMIDT: *El término de imputación* (en «Estudios de Filosofía Jurídica», Buenos Aires, TEA, 1947, págs. 129 y ss.)

y sentimentales, sino su acentuación del aspecto normológico de la culpabilidad. La norma imputa a una persona un hecho como condición de que se desencadene la pena como consecuencia jurídica. A fin de que la norma así proceda, es menester—así lo exige nuestro sentimiento jurídico—que haya «culpa; es decir, intención, previsión o negligencia» (5). Esta teoría resulta incompleta a los efectos del Derecho penal por descuidar el aspecto fáctico de la culpabilidad, ocupándose sólo de su faz normológica. Con ello no se hace una objeción a Kelsen, que es el primero en declarar (l. c.) que «una investigación más detenida de los conceptos decisivos corresponde al Derecho penal», sino que se trata sencillamente de un hecho.

III

TEORÍA PSICO-NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

La tercera fase es constituida por la llamada «concepción normativa de la culpabilidad». Sus fundadores son: Frank, James Goldschmidt y Freudenthal. Según esta concepción, la culpabilidad consiste en motivación reprochable. Esta doctrina tiene, pues, en cuenta, por un lado, el aspecto psíquico; por el otro, la faz normativa de la culpabilidad. En cuanto al primero, la tesis normativa, afirma la necesidad de una relación psíquica entre el autor y el hecho (6), con la única excepción de la culpa inconsciente, en la cual la infracción del deber de prestar atención, es decir, un elemento normativo, sustituye el ausente elemento psíquico (7). Con respecto a la faz normativa, la culpabilidad consiste en la infracción de una norma dirigida a la motivación, por lo cual esta última resulta precisamente reprochable. Esta norma es suspendida en todos los casos en los que operan causas de excusación.

Resultaría tentador concebir la concepción normativa de la culpabilidad como una solución intermedia entre la doctrina psicológica de la culpabilidad y la tesis de la culpabilidad normológica, en cuanto intenta ensamblar elementos psíquicos y elementos normativos. Pero no debemos ceder a la tentación.

En efecto, por una vertiente, la concepción normativa de la culpabilidad no encuentra el elemento psíquico de la culpa inconsciente. Pudiera parecer como si esta última, al identificar la culpabilidad a la motivación reprochable, pueda invocar la motivación como base psíquica común a todo delito, puesto que eviden-

(5) V. KELSEN: *Teoría General del Estado*, pág. 65.

(6) V. JAMES GOLDSCHMIDT: *Metodología Jurídico-Penal* (Reus, Madrid, 1935, págs. 48 y ss.)

(7) V. JAMES GOLDSCHMIDT: *La concepción normativa de la culpabilidad* (Buenos Aires, Depalma, 1943, pág. 18). V. también el acertado resumen en MEZGER: *Strafrecht* (Duncker und Humblot 1931, § 46, II, 1, pág. 352).

temente también en la hipótesis de la culpa inconsciente existe una motivación. Pero mirando bien las cosas, si se entiende por motivación el engranaje de las representaciones y voliciones, conscientes en el momento de la perpetración del crimen, el reproche de la culpa inconsciente no recae sobre la motivación en sentido positivo, sino sobre la ausencia de ciertos móviles, y el juicio sobre su ausencia implica una valoración. En el caso de la culpa inconsciente todo se disuelve, pues, en normatividad.

Por la otra, hay que distinguir, a fin de eliminar equívocos, «normológico» y «normativo» (8). La orden del legislador es captada lógicamente con propiedad de parte de terceros por medio de la norma—he aquí el aspecto normológico—, de parte de los protagonistas, o sea de los que mandan y de los destinatarios de la orden por medio de un imperativo—he aquí la faz normativa—. En este orden de ideas, Kelsen enfoca un ángulo diferente de la culpabilidad que Frank, James Goldschmidt y Freudenthal. Kelsen estudia el papel de la culpabilidad dentro de la estructura de la norma, como hecho condicionante de la pena como consecuencia jurídica condicionada. Los normativistas, en cambio, investigan si la motivación culpable infringe o no un imperativo dirigido por el legislador al agente. En último lugar, ya vimos que Kelsen no niega los elementos psíquicos de la culpabilidad, sino que los soslaya. Una teoría que descartaría todos los elementos psíquicos, como podría serlo en su forma radical la tesis positivista de la peligrosidad, no sería una teoría de la culpabilidad, sino su sustitución por una doctrina puramente normativa.

IV

RESULTADO

El resultado de nuestra ojeada echada sobre las doctrinas de la culpabilidad consiste, pues, en comprender que cualquier tesis bien cimentada ha de hallar elementos psíquicos en cualquier forma de la culpabilidad, sobre todo en la llamada culpa inconsciente; debe encontrar elementos psíquicos diferentes en el dolo y en la culpa; y tiene que combinar, por último, estos elementos psíquicos con los elementos normativos. La concepción normológica de la culpabilidad no constituye, en cambio, ninguna tesis específicamente inherente a la misma, siendo ni siquiera característica del

(8) V. nuestro artículo *Normativismo y normologismo en Derecho Penal y en Derecho Internacional Privado* (en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Madrid, 1951, tomo IV, fasc. III, pág. 509), así como nuestro libro: *Filosofía, historia y derecho*. (Buenos Aires, Abeledo, 1953, pág. 105). Sobre la doctrina normativa de la culpabilidad, véase también nuestro libro *Derecho Penal. Parte general*. (Madrid, 1949, págs. 46, 112 a 130).

Derecho penal, sino que pertenecen a la Teoría General del Derecho. Tampoco nos interesa en este contexto la moderna doctrina de la acción finalista (9).

PARTE PRINCIPAL

Culpabilidad y lo inconsciente.

Investigaremos, en primer lugar, el aspecto psíquico de la culpabilidad. En segundo lugar, nos ocuparemos de su aspecto normativo.

I

ASPECTO PSÍQUICO DE LA CULPABILIDAD

1) *Los conceptos psicológicos fundamentales.*

a) *La consciencia.*

La psicología, por lo menos desde los tiempos de Leibniz (10), conoce el concepto de lo inconsciente, no como concepto contradictorio de lo consciente, sino como fase previa y posterior de lo consciente. Conviene, no obstante, escindir este concepto. En efecto, fenómenos como deseos o sucesos reprimidos o cosas sencillamente olvidadas no están en pie de igualdad con la multitud de contenidos psíquicos disponibles, aunque, por la estrechez de la consciencia (James) (11), no aparezcan en este momento en la luz de mi consciencia. Procede reservar el nombre de lo inconsciente para el primer grupo de fenómenos.

(9) V. una excelente exposición en ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ: *La doctrina de la acción finalista*. (Anales de la Universidad de Valencia, vol. XXVII, curso 1953-54, cuaderno 1.º). Esta doctrina, al insertar el dolo de la acción, no altera la problemática que aquí nos interesa.

(10) *La Monadologie* (núm. 14); *Nouveaux Essais sur l'entendement humain* (L. II, cap. I, §§ 9 y ss.). LEIBNIZ desea refutar la tesis de LOCKE (*Essai Philosophique concernant l'entendement humain*, trad. francesa de COSTE, París, Ap. VII, L. II, cap. I, § 10) de que el alma es una «tabula rasa» que solo se impregna a causa de sensaciones y de reflexiones y de probar la suya que afirma la existencia de ideas innatas. A este efecto LEIBNIZ (como también los cartesianos) sostiene una actividad incesante del alma, actividad que, no obstante, puede ser inconsciente por su significativa energía: «petites perceptions». He aquí la teoría de lo infinitesimal aplicada a la psicología, mejor dicho, a la metafísica. KANT que no cree en ideas innatas y las sustituye por su concepto de lo apriori, recoge la tesis de lo inconsciente, sin embargo, en un pasaje sorprendente de su *Anthropologie* (§ 5) que anticipa el juicio del psicoanálisis sobre la importancia del sexo, así como la imagen del faro de Jung. Fichte necesita lo inconsciente de nuevo en la metafísica.

(11) JAMES: *Précis de Psychologie* (trad. francesa de Baudin y Bertier, edición 5.ª, París, Marcel Rivière, 1921, págs. 281 y ss. cap. 13).

El segundo grupo de fenómenos, en cambio, debe aumentar el caudal de lo consciente, dentro del cual se puede distinguir entre lo consciente, actual y lo consciente disponible.

Todo lo consciente, tanto lo actual como lo disponible, constituye la motivación de cualquiera de nuestros actos. La psicología destaca este hecho desde hace tiempo (12). Pero de modo especialmente enérgico esta tesis ha sido defendida recientemente por Pfahler en una obra con el título característico: «El hombre y su pasado» (13). En esta obra la tesis es que «el hombre, en un momento dado, descansa en el sustentáculo del pasado, que le determina parcialmente y que puede abarcar vivencias, convicciones, conocimientos, experiencias y acciones inmediatas y remotas». Hasta ahora se suponía que el estímulo provocaba la reacción psíquica. Pfahler enseña que al estímulo tradicional se une todo el pasado de la persona y que estos dos factores condicionan toda la reacción psíquica. Por ejemplo, si se ve a una persona desconocida y se piensa inmediatamente: «¡qué hombre más desagradable!», la reacción no ha sido producida solamente por la imagen del hombre, sino también por algo que alguna vez ha sido consciente al observador; es decir, por su pasado, que, unido a la imagen visual, determina tal juicio. Acaso después el observador recuerda que dicho individuo tiene una manera de andar semejante a la de un hombre que le hizo muchísimo daño. Si designamos el estímulo tradicional con la letra *e* y el pasado con *p*, podemos establecer la ecuación $e + p = r$, significando *r* la reacción. Normalmente, *e* y *r* están en la consciencia actual y *p* está en la consciencia disponible.

Hay que contemplar la consciencia en vista de su temporalización y en atención a su contenido.

a') *En vista de su temporalización.*

Como ya dijimos, la consciencia puede ser actual o disponible; mejor dicho: cualquier contenido psíquico puede hallarse en la consciencia en forma actual o en forma disponible. Lo actual es

(12) V. p. ej. JULES SUTER: *Psychologie, Grundlagen und Aufbau* (Verlag Huber und Co., A. G., Frauenfeld und Leipzig, 1942, S. 163 ff.: Prinzip der relativen Bewusstheit).

(13) GERHARD PFAHLER: *Der Mensch und seine Vergangenheit. Eine Besinnung über die Psychologie der Tiefe für Helfer und Hilfesuchende* (Verlag Ernst Klett, Stuttgart, 1950). V. nuestro libro *Filosofía, Historia y Derecho*, I, c. págs. 203 a 205. V. además HÖRFFER: *Psychologie Experimenta!* (trad. por E. GONZÁLEZ-BLANCO, Madrid, La España Moderna, págs. 124 y ss.; *Lo consciente y lo inconsciente*); *Rehmké, Lehrbuch der Allgemeinen Psychologie* (Voss, Hamburg u. Leipzig, 1894, págs. 60-61. Lo inconsciente es posesión de una consciencia no atenta). Piénsese, sobre todo, en la imagen del faro de Jung; Consciencia e inconsciencia tienen idéntico contenido; la consciencia no es sino el faro que ilumina cualquiera de sus partes; lo verdaderamente inconsciente es lo que no es actualizable (v. A. WELLEK: *Die Wiederherstellung der Seelenwissenschaft im Lebenswerk Felix Kruegers, Meiner*, Hamburg, 1950, pág. 31.)

aquello en lo que uno piensa en el momento de actuar. Lo disponible es cuanto uno sabe en dicho momento. El pensar y el saber componen la conciencia; ambos—pero no sólo ambos—motivan nuestros actos.

Lo que es actual y lo que es disponible puede sólo determinarse en un momento dado: temporalización de la conciencia. Pero el hecho de que en la conciencia existe, además de lo actual, lo disponible se debe a su especialización.

b') En atención al contenido.

Sin entrar en las discusiones entre psicología de contenido y psicología del acto (14), podemos distinguir a nuestros efectos limitados entre propósitos y conocimientos.

a'') Propósitos.

Los propósitos, resoluciones de llevar a cabo actos determinados, pueden ser expresos. Una persona se propone, por ejemplo, ir a un baile. Todo propósito constituye un conjunto completo de elementos volitivos, cognitivos y valorativos; y siendo actual el propósito, también lo son todos estos elementos.

Los propósitos expresos contienen encapsulados propósitos implicados, tan reales como los primeros. Estos propósitos implicados se enderezan hacia los medios necesarios de poner en marcha el propósito principal, así como hacia las consecuencias necesarias que van a desencadenar. Lo implicado del propósito implicado consiste en que sus elementos volitivos, cognitivos y valorativos no han de ser actuales, sino que muchas veces son totalmente o en parte disponibles (15). El propósito expreso de ir al baile implica, por ejemplo, el propósito de hacer ciertos gastos de vestimenta, aunque la persona no piense en ellos actualmente, siempre que sepa que se necesita, en el medio social del que se trata, determinadas prendas en tal ocasión y que éstas no obran en su poder. El elemento volitivo del propósito implícito es siempre sólo disponible.

(14) Contra los partidarios de HERBART que mantienen que el alma conserva las imágenes y contra los secuaces de la psicología asociacionista que enseñan que el alma conserva por lo menos sus huellas, polemiza ya Rehmke, l. c. págs. 254, 255, 514. En tiempos más recientes compárese sobre todo HÖNIGSWALD: *Die Grundlagen der Denkpsychologie* (ed. 2.^a, Teubner, Leipzig-Berlin, 1925, p. ej. pág. 156 y ss.)

(15) «Una voluntad inconsciente es una voluntad inconsciente de la idea que ella contiene». (V. EDUARD Y HARTMANN: *Philosophie de l'inconscient*, traducción francesa de Nolen, París, Germer Baillière, 1877, t. I, parte 1.^a, cap. 4.^o: *La unión de la voluntad y de la idea*, pág. 140; v. también t. II, parte 3.^a, capítulo 1.^o: *Unidad de la voluntad y de la idea en lo inconsciente*).

Una consecuencia probable del propósito expreso no es objeto de un propósito implícito, si existe un propósito expreso de evitarla. Si, por ejemplo, la persona que va al baile no quiere que se enteren de ello en su casa, su descubrimiento no es objeto de un propósito implícito, si hace cuando pueda a fin de ocultar la escapada, con tal que tenga esperanza de lograrlo.

Una consecuencia probable del propósito expreso no es tampoco objeto de un propósito implícito si esta consecuencia no lo es de lo esencial del propósito expreso, sino sólo de una contingencia de su elaboración. Si, por ejemplo, la persona que va al baile olvida en esta oportunidad y por la emoción que la embarga, apagar la plancha eléctrica, no nos encontramos con el propósito implícito de dejar la plancha encendida, puesto que su propósito expreso de ir al baile es perfectamente compatible con el acto de desenchufar la plancha, siendo la concatenación entre el acto propuesto de ir al baile y la omisión de desenchufar la plancha una mera contingencia de la elaboración del propósito expreso. Adviértase bien que no decimos que la omisión de apagar la plancha se deba a caso fortuito, pudiendo atribuirse muy bien a una negligencia, sino que la relación entre el fin propuesto y la omisión es contingente.

b'') *Conocimientos.*

Los conocimientos constituyen elementos esenciales de la vida psíquica. Estos conocimientos pueden ser concretos o genéricos. Una de las reglas más importantes es la siguiente: Si en la consciencia disponible se hallan conocimientos concretos, constitutivos de una premisa menor, y si en ella se encuentra igualmente la premisa mayor, ha de considerarse como disponible igualmente la conclusión, con tal que la persona sabe, por ejemplo, que ha encendido una plancha eléctrica y sabe igualmente que una plancha eléctrica encendida puede producir estragos, sabe también que la plancha que ella conserva encendida puede causar perjuicios, puesto que sabe que el instrumento enchufado es una plancha a los efectos del principio de experiencia formulado. La situación cambia en caso contrario. Así, por ejemplo, no se sabía antes de Newton que la gravitación constituía la ley general de la fuerza de atracción.

b) *Lo inconsciente.*

También lo inconsciente en sentido estricto produce repercusiones sobre nuestra consciencia. Pero ello escapa a la culpabilidad, como, por ejemplo, el estado posthipnótico (v. Mezger, l. c., páginas 288, 289). Otro tanto se aplica a la intervención de lo inconsciente en sentido psicoanalítico. «Para el tratamiento del delincuente es decisivo comprobar la participación del yo consciente. Tanto

se puede responsabilizar a una persona cuando su Yo consciente haya participado en la acción (16). «Todos los hombres son teóricamente semirresponsables, ya que en ninguno el Yo consciente tiene pleno poder sobre las acciones. La determinación cuantitativa de la participación de los móviles conscientes e inconscientes es, por esto, decisiva no sólo para el castigo y diagnóstico, sino también para todas las medidas que se hayan de adoptar respecto del sujeto (17).

2) *Base psíquica de la culpabilidad.*

La culpabilidad consiste, en su faceta psíquica, o en el propósito de realizar un delito o en el conocimiento de que uno efectúa tal delito.

a) *Propósito de llevar a cabo un delito.*

a') Si el propósito expreso consiste en llevar a efecto un delito, hablamos de dolo directo. A su existencia no obsta que el autor asocie a este propósito otro fin, en sí delictivo, como, por ejemplo, el de enriquecerse. Si una persona apuñala a su enemigo a fin de matarle, actúa con dolo directo. El dolo es igualmente directo si forma parte de un propósito expreso dirigido a algo lícito. Si una persona, con afán desmedido de lucro, compra una cosa inverosímilmente barata en condiciones sospechosas, comete un encubrimiento doloso, puesto que al lado del propósito expreso se halla el conocimiento disponible de los hechos concretos sospechosos y el conocimiento disponible del hecho genérico que cosas vendidas en estas condiciones suelen ser de procedencia ilícita, así como, por último, el conocimiento disponible de la subsumibilidad de los primeros en el segundo, determinando todos estos conocimientos disponibles mediante su inserción en el propósito expreso el propósito implícito. La distinción entre propósito expreso e implícito es meramente psicológica. El hecho, en cambio, de si el propósito constituye dolo directo depende de su relación con la norma penal.

Conviene llamar la atención sobre un punto tan importante como poco advertido. El propósito implícito que constituye, en su caso, dolo directo, puede hundirse con la totalidad de sus elementos en la consciencia disponible de suerte que nos encontramos con lo que con la terminología hasta ahora reinante, podríamos llamar «dolo

(16) FRANZ ALEXANDER Y HUGO STAUB: *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico* (trad. del alemán por Werner Goldschmidt y Victor Conde. Biblioteca Nueva, Madrid, 1935, pág. 81).

(17) ALEXANDER-STAUB, I. c. pág. 84.

inconsciente» (18). Si, por ejemplo, en el supuesto del encubridor el ansia de ganar dinero llena por completo la consciencia actual del autor en el momento de la compra, comete, no obstante, encubrimiento mediante dolo directo (19).

b') La segunda forma del dolo es el dolo eventual, que se da si una sola conducta realiza a la vez varios delitos, iguales o desiguales, y si el autor dirige su propósito expreso hacia uno sólo de estos delitos: el otro se perpetra con dolo eventual.

Si, por ejemplo, una persona, a fin de matar a un enemigo que se halla en un edificio reunido con amigos, le tira una bomba, el dolo directo abarca la muerte de una persona, el dolo eventual la muerte de otras personas, y el daño producido al edificio. Si una persona quiere hundir un barco a fin de cobrar el seguro, el propósito expreso es éste que constituye el dolo directo. Pero dicho propósito contiene implícitamente el de matar a los marineros, con tal que el autor sepa que hay marineros en el barco, que el hundimiento se efectuará en un lugar en que la salvación no es absolutamente segura (conocimiento disponible de hechos concretos), que el hundimiento de un barco en alta mar suele producir el ahogamiento de algunas personas (conocimiento genérico disponible) y la subsumibilidad de los hechos concretos en el mencionado principio de experiencia. El propósito abarca, por ende, también la muerte de los marineros con dolo eventual. También el dolo eventual puede hundirse en los abismos de la consciencia disponible. Si una persona por ejemplo, al ver a su enemigo mortal se abalanza sobre él y le clava el puñal en el corazón, el propósito expreso de matar (dolo directo) contiene el propósito implícito de producir daños a la tela del traje perforado (dolo eventual), aunque el agente no haya pensado en el momento del acto en absoluto en esta consecuencia de su puñalada, puesto que sabe que la víctima lleva un traje en la región del cuerpo a la que asesta el golpe, sabe también que una puñalada suele perforar un traje y conoce, por último, la subsumibilidad de los hechos concretos en el principio general de la experiencia.

Mientras que el dolo directo puede darse tanto como propósito expreso como en forma de propósito implícito, el dolo eventual se da siempre en esta última forma. Si un autor realiza un acto que constituye simultáneamente dos (o más) delitos y su propósito ex-

(18) Llamamos la atención sobre este fenómeno ya en nuestra *La culpabilidad* (1935), I c., págs. 33 a 35; y en *Normativismo y normologismo en Derecho Penal y en Derecho Internacional Privado*, I c., p. 7 y nota 7.

(19) Piénsese también en los innumerables casos de estafa de mínima cuantía cometidos por modistas (que retienen tela), criadas (sisa), lecheros y vna-teros (que aguan estas bebidas), etc. (V. nuestro Derecho Penal, 1949, I c. p.), en los cuales la inveterada costumbre de proceder de la mencionada manera puede hacer desaparecer totalmente el conocimiento delictivo de la consciencia actual.

preso o implícito se dirige hacia la perpetración de ambos, ambos han sido llevados a cabo mediante dolo directo (20).

b) *Conocimiento de cometer un delito.*

Si una persona comete un delito sabiendo que lo comete, pero sin tener el propósito, ni expreso ni implícito, de perpetrarlo, incurrir en culpa que puede concentrarse tanto en conocimientos actuales como en conocimientos disponibles.

Si, por ejemplo, el dueño del barco que aspira apoderarse del seguro dirige él mismo, personalmente, el buque intentando hacerlo naufragar cerca de la costa para que la tripulación se salve, o si el chófer intenta cruzar el paso a nivel antes de la llegada de la locomotora, sin que el primero impida el ahogamiento de algún tripulante o el segundo la embestida del tren, incurren en sendos delitos de homicidio por imprudencia; si conocían las circunstancias, conocían los principios generales de experiencia y sabían de la subsumibilidad de los primeros en los segundos. No existe propósito implícito en el primer caso, ni propósito directo de matar en el segundo, puesto que ambos autores intentan seriamente impedir el resultado delictivo.

Si una persona duerme con la vela encendida porque teme la oscuridad, o si una persona va al baile y olvida que deja la plancha eléctrica enchufada, ambas pueden incurrir en un delito de incendio culposo si están enteradas de las circunstancias concretas, conocen los principios generales de experiencia y saben que los primeros son subsumibles en los segundos. En cambio, no nos encontramos con un delito de incendio doloso, puesto que el propósito expreso de dormir con la luz encendida o el no menos expreso de ir al baile no implican de ninguna manera el propósito de dejar la luz encendida en condiciones idóneas de provocar un incendio o de no desenchufar la plancha eléctrica. Por este motivo no existe propósito implícito; y huelga decir que menos aún se da un propósito expreso de incendiar la morada.

También la culpa puede ser directa o eventual.

a') Hablamos de culpa directa si el acto realiza un solo delito y si este delito es culposo, o si un acto lleva a cabo simultáneamente un delito doloso y otro cometido en forma de culpa consciente, o, por último, si un acto realiza varios delitos culposos, todos ellos conscientes o todos ellos inconscientes. Así, existe, por ejemplo, culpa directa en los supuestos de la vela encendida o de la plancha enchufada o del dueño del barco.

(20) La doctrina del error será desarrollada como contradicción entre el conocimiento (equivocado) actual y el conocimiento (acertado) disponible en cuanto no obstare a la existencia de un delito culposo. Si no hubiera conocimiento disponible, el error excusa del todo.

b') La culpa es, al contrario, eventual, si un acto constituye a la vez un delito doloso y otro perpetrado con culpa consciente (es decir, con conocimientos disponibles, no actuales) o si un acto lleva a efecto varios delitos culposos, uno con culpa directa consciente y otro con culpa inconsciente y, por ende, eventual. Así, se da, por ejemplo, culpa eventual si el asesino acecha a su víctima precisamente en las horas en las que ha de montar guardia sin recordarse de esta circunstancia y sin que tenga que escoger precisamente estas horas para realizar su siniestro proyecto, refiriéndose naturalmente la culpa eventual a la infracción de sus deberes de servicio militar. También hay culpa eventual con respecto al homicidio y culpa directa referente al incendio, si el agente al dejar encendida la vela pondera la posibilidad del incendio negligentemente, mientras que la idea de que en el incendio pudieran perecer personas ni siquiera le ocurre.

Vemos, pues, que al igual a como el dolo directo puede revestir tanto la forma del propósito expreso como la del propósito implícito, mientras que el dolo eventual sólo puede darse en la forma del propósito implícito, la culpa directa puede ser consciente o inconsciente (actual o disponible), mientras que la culpa eventual es siempre inconsciente.

3. *Resumen:*

a) Una forma de culpabilidad es directa si el acto realizado encarna un solo delito, no importa si en el supuesto del dolo se trata de un propósito expreso e implícito; o si en la hipótesis de la culpa se trata de culpa consciente o inconsciente. Una forma de culpabilidad es igualmente directa si el acto realiza varios delitos con respecto a los cuales la culpabilidad reviste la misma configuración, sea que los delitos dolosos se perpetren todos con propósitos expresos o todos con propósitos implícitos, sea que los delitos culposos se llevan a cabo todos con culpa consciente o todos con culpa inconsciente.

Una forma de culpabilidad es eventual si el acto lleva a efecto varios delitos de los cuales el otro es efectuado mediante la forma de culpabilidad más consciente; así, existe dolo eventual si uno de los delitos se basa en un propósito expreso y el otro—el que reviste la forma de dolo eventual—se funda en un propósito implícito; y así, se da culpa eventual si de los varios delitos culposos que el acto realiza uno estriba en culpa consciente y el otro—el que reviste la forma de culpa eventual—arraiga en culpa inconsciente.

El paralelismo estricto entre dolo directo y eventual, por un lado, y culpa directa y eventual por el otro, sufre una merma en tanto en cuanto cada una de las formas de la culpa muestra una posibilidad más originada por la posible combinación de un delito doloso. En efecto, si el acto realiza un delito doloso y otro

culposo, nos encontramos con un nuevo caso de culpa directa, si la culpa es consciente, y con un nuevo supuesto de culpa eventual, si la misma es inconsciente.

b) El dolo directo puede consistir tanto en un propósito expreso como en un propósito implícito; el dolo eventual se basa siempre en un propósito implícito. El propósito implícito, a su vez, arraiga siempre por lo menos con su elemento volitivo, en la conciencia disponible.

La culpa directa puede ser conocimiento actual o disponible; la culpa eventual es siempre conocimiento disponible.

II

ASPECTO NORMATIVO DE LA CULPABILIDAD

La doctrina del aspecto normativo de la culpabilidad debe proporcionarnos el fundamento del reproche de la culpabilidad, así como el principio de su graduación.

1) *Fundamento del reproche de la culpabilidad.*

La culpabilidad constituye la infracción de un deber (elemento normativo): de la norma de la culpabilidad (21). Se trata de una norma dimanante del tipo legal del precepto punitivo que se dirige a la motivación de las personas imputables exigiéndoles que no quieran realizar un delito (caso de dolo) o que no lo realicen sabiendo que lo que realizan es un delito (caso de culpa).

La infracción de la norma de la culpabilidad funda la reprochabilidad de la motivación que es la esencia de la culpabilidad.

Las normas de culpabilidad sólo pueden ser infringidas por sus destinatarios. Los destinatarios son las personas llamadas imputables. Los imputables no son destinatarios de las normas de culpabilidad.

En ciertas situaciones las normas de culpabilidad resultan suspendidas. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de que una fuerza irresistible violenta al agente y le haga obrar, o en el caso de obrar el agente impulsado de miedo insuperable de un mal igual o mayor, o en el caso de obrar el agente en virtud de obediencia debida, etcétera; en otras palabras, en todas las situaciones llamadas de la no exigibilidad de otra conducta.

2) *Graduación de la culpabilidad.*

El reproche de haber infringido la norma de culpabilidad es más grave en el caso de dolo que en el de culpa. En el primero se re-

(21) V. nuestro Derecho Penal, Parte General, I c., págs. 46, 123 y ss.

procha al genté haber tenido el propósito de cometer el delito; en el segundo sólo le reprochamos haber sabido que lo perpetra. Al contrario, la gravedad de la infracción no depende de si el dolo o la culpa son directos o eventuales.

Después de lo que antecede, este resultado es obligado. Vimos, en efecto, que en todo delito doloso existe siempre un propósito de llevar a cabo un delito. La doctrina dominante está de acuerdo en lo que se refiere a la intención. Ella niega, en cambio, nuestra tesis en lo que atañe al dolo eventual, en el cual no acepta sino conocimiento de la perpetración del delito.

En cuanto a la culpa, nuestro desacuerdo con la doctrina dominante es total. En ningún caso existe, según ella, en la culpa conocimiento del delito realizado: lo que se reprocha al culposo es precisamente el no haber tenido el conocimiento que podría haber poseído y cuya posesión era obligada. Por esta razón la doctrina dominante afirma que en toda culpa existe una omisión. Según nuestro punto de vista sobre el que no habremos de volver, *se castiga al culposo por hacer lo que hace sabiendo lo que sabe, porque sabiendo lo que sabe, sabe lo que hace*. No castigamos al que incendia la casa dejando la vela encendida durante la noche, porque *no* ha formulado en su consciencia actual el juicio de probabilidad de que esta vela pueda llegar a ser causa del incendio, sino porque *sí* ha sabido en su consciencia actual que la vela está encendida y porque también posee en su consciencia disponible el conocimiento del principio general de experiencia de que una vela encendida puede producir el incendio, así como la aplicación de este principio al caso concreto.

PERSPECTIVA

Al final conviene mencionar algunos casos en los que la doctrina recurre al concepto de la voluntad hipotética y los que, no obstante, tal vez puedan resolverse satisfactoriamente sin esta noción espúrea, teniendo en cuenta la ampliación de la conciencia a los conocimientos disponibles.

Se afirma, por ejemplo, que el consentimiento probable del interesado justifica una intervención en otro punible (22). Piénsese, por ejemplo, en un médico que durante una operación relativamente insignificante descubre una grave enfermedad de la persona operada, para cuya cura se ve obligado a extirpar algún órgano importante. ¿Es posible sostener que el propósito expreso de hacerse operar en algún aspecto determinado comprenda el pro-

(22) V. sobre todo HERBERT ARNDT: *Die mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund* (Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Rechtswidrigkeit) (Heft 268 der Strafrechtlichen Abhandlungen, Breslau, 1929, Schletttersche Buchhandlung).

pósito implícito de consentir una ampliación de la operación, habida cuenta de que la consciencia disponible comprende el principio general de experiencias de que tales ampliaciones son a veces necesarias? (23).

En Derecho Internacional Privado se enseña que en materia de contratos el Juez ha de aplicar aquel Derecho que las partes habrían escogido, si les hubiese ocurrido escoger algún Derecho (24). También en este supuesto cabe investigar, si no es posible llegar a una voluntad implícita contenida en la voluntad expresa de la celebración del contrato y basada en el conocimiento disponible de los hechos concretos y de ciertos principios generales de experiencia que declaran conveniente en casos semejantes la elección de determinado Derecho.

De todos modos hay que poseer claridad absoluta con que ninguna ampliación de la consciencia, por importante que fuere, pueda proporcionarnos una voluntad real de seres irreales. Por esta razón no llegamos a una voluntad real, si la ley nos manda actuar como si actuaría en este caso el «honesto comerciante» o «el buen padre de familia» o algún otro tipo normativo (25).

* * *

Nuestro estudio de la culpabilidad y de lo inconsciente nos lleva, por tanto, al resultado de que la culpabilidad, en todas sus formas, comprende elementos psíquicos conscientes. Lo inconsciente en el sentido aquí definido no posee carta de naturaleza en la doctrina de la culpabilidad. Creemos, en general, que la exigencia de la época consiste en confinar al conquistador dentro de sus fronteras naturales, y en restablecer el reino de lo consciente en su antiguo esplendor.

(23) ARNDT (l. c. págs. 24, 25) habla en casos semejantes de «tendencias generales de la voluntad» (allgemeine Willensrichtungen).

(24) V. WERNER GOLDSCHMIDT: *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado, con especial consideración del Derecho Internacional Privado español* (Bosch, Barcelona, tomo II, 1949, págs. 276-277).

(25) El artículo 1, párrafo 1.º del Código civil suizo sustituye la voluntad inexistente del legislador por la voluntad real del juez.