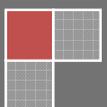


2008

Delimitación entre dolo eventual y culpa consciente

¿Matar a una persona en un atropello cuando el conductor está alcoholizado es un homicidio culposo?

Pamela Mayor
Universidad Siglo 21
Carrera de Abogacía



INDICE

| | |
|----------------------------------------|----|
| Introducción | 3 |
| Capítulo I | 5 |
| Capítulo II | 11 |
| Capítulo III | 15 |
| Teoría del dolus indirectus | 16 |
| Teoría fuerte de la voluntad | 17 |
| Teoría débil de la voluntad | 17 |
| Teoría de la probabilidad | 20 |
| Teoría clásica de la posibilidad | 21 |
| Capítulo IV | 23 |
| Tesis de Schröder | 26 |
| Tesis de Schmidhäuser..... | 28 |
| Tesis de Stratenwerth | 33 |
| Tesis de Frisch..... | 36 |
| Tesis de Herzberg..... | 38 |
| Capítulo V | 42 |
| Capítulo VI..... | 46 |
| Conclusión | 51 |
| Bibliografía..... | 56 |

Introducción

Cuando transitamos en la vía pública el riesgo que asumimos no sólo nos involucra a nosotros sino también a todos los demás. **Conducir es un derecho e implica una responsabilidad.**

Un gran número de accidentes se producen debido al consumo de alcohol. Este es un factor desencadenante y es probable que sea uno de los problemas que más afecta a la sociedad.

Es un fenómeno en el cual su impacto real todavía no ha sido percibido; por ese motivo urge considerarlo en su real dimensión. La accidentalidad vial es un problema que nos implica y nos atañe a Todos como miembros de esta sociedad y debemos ser conscientes de ello.

Por tal motivo se considera que hacen falta acciones específicas y concretas para poner fin a esta situación considerando que la conducta desviada por parte del conductor incumpliendo el rol esperado por la sociedad, expresa con dicho comportamiento un verdadero disvalor de la vida de los demás y de la norma que protege tal interés.

Debemos tener en cuenta que conducir alcoholizado es solo una contravención. Para que este hecho sea considerado como un delito debe traer como consecuencia un resultado lesivo tipificado por nuestro código penal. En otras palabras, para que un hecho sea analizado como delito debe reunir todos los elementos categóricamente establecidos para la conformación del mismo, tema que será tratado en el primer capítulo de este trabajo.

En el derecho penal para que exista responsabilidad es necesario en todos los casos probar que hubo culpabilidad, habrá culpabilidad cuando el sujeto debió motivarse en la norma y no lo hizo.

Como sabemos y la realidad lo demuestra, existe un conjunto de conductas que lesionan bienes jurídicos protegidos por nuestro código penal, esas conductas pueden clasificarse en conductas dolosas e imprudentes, cuyo análisis se llevara a cabo en el segundo capítulo de este trabajo. Si bien a simple vista parece fácil identificar cada una de estas conductas, cuando estas se manifiestan en el mundo exterior adquieren diferentes matices que tornan dificultosa tal

distinción, por lo que será necesario un profundo análisis de las distintas teorías que ofrecen diversos criterios para delimitar una figura de otra.

Una vez lograda la clara distinción entre dolo e imprudencia se analizará el caso concreto objeto de nuestro trabajo, es decir, si ante una colisión de tránsito en donde el conductor se encuentra alcoholizado trayendo como consecuencia la muerte de una persona, nos encontramos frente a un homicidio imprudente o doloso.

Los conductores pueden pensar que nunca tendrán un accidente, por lo tanto incurrir reiteradamente en conductas peligrosas, pero si a priori saben, que esas conductas serán sancionadas severamente se espera, pero no es seguro que se comporten de una manera más positiva y más apegada a las normas establecidas en la sociedad, que los protege y nos protege.

Un buen sistema sancionador justo y transparente resulta coadyuvante de aquellas instituciones de educación que en su momento fracasan para prevenir riesgos en la conducción vehicular.

El conjunto de la sociedad debe censurar aquellas conductas que superan el riesgo permitido por la sociedad, el exceso de velocidad, la conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas o cualquier otro comportamiento temerario. Estas deben transformarse en conductas de desprecio social para que el cambio se produzca en la comunidad.

No se trata únicamente de que se mejoren las técnicas de conducción o que las personas conduzcan de forma más prudente por miedo a ser sancionados. Se trata sobre todo de lograr una verdadera concientización, es decir, que los miembros de la sociedad entiendan los peligros que representa su comportamiento como valor expresivo frente a la estructura social y las consecuencias de las que deberán hacerse cargo.

Capítulo I

Para que un hecho sea reprochable a un sujeto, ese hecho debe reunir todos los elementos necesarios para la configuración del delito.

“Delito es, una acción, típica, antijurídica, culpable y punible”¹.

Como se anticipó, para la existencia del delito es necesario:

1) **Un hecho** (acción en sentido amplio), es una conducta humana como actividad (acción) o inactividad (omisión).

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” (C.N. Art. 19).

“Por lo tanto la exteriorización es un elemento esencial del delito”.²

2) **Típica**: el tipo se limita a la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible. La forma en que la ley expresa el tipo corresponde al siguiente esquema “quien haga esto...” ó “quien no haga esto...”³, por lo tanto habrá tipicidad cuando la acción se adecua al modelo descrito por el legislador (tipo).

2.1. Los elementos conceptuales del tipo complejo son:

“Tipo objetivo: el tipo objetivo comprende el aspecto externo del comportamiento humano prohibido por la norma, que abarca no solo su descripción abstracta sino también valoraciones de distinta índole. Dentro del tipo objetivo se encuentran:

“elementos descriptivo: son los elementos normales, de naturaleza descriptiva, referidas a personas, cosas, relaciones, modo de obrar.”⁴

“elementos normativo: hacen referencia a un juicio de valor, según la distinta naturaleza podemos establecer la siguiente clasificación:

Valoraciones jurídicas: son referencia a distintos conceptos jurídicos, dentro de los cuales podemos encontrar:

¹ Lascano, lecciones del derecho penal, parte general, t.1, Pág. 257.

² Nuñez, manual de derecho penal, parte general, Pág. 112.

³ Nuñez, manual de derecho penal, parte general, Pág. 139 y SS.

⁴ Constituyen ejemplos de elementos de tipo descriptivo: el Art. 79, Art. 89, Art. 172 del C.P.

a) valoraciones de índole jurídicas que adelantan sistemáticamente la antijuridicidad del hecho al momento del examen de su tipicidad y son incompatibles con la concurrencia de causas de justificación.

b) valoraciones sobre determinadas cuestiones jurídicas que no deciden sobre la antijuridicidad del hecho, razón por la cual es factible la subsistencia de la tipicidad penal, a pesar de la concurrencia de alguna causa de justificación. Ejemplo: cosa mueble total o parcialmente ajena (Art. 162 C.P); instrumento público o privado (Art. 292 C.P).

Valoraciones culturales: ciertos tipos contiene elementos con valoración cultural. Ejemplo: el carácter pornográfico de las imágenes, material o espectáculos mencionados en el tipo del Art. 128 del C.P.

Valoraciones científicas: algunos tipos requieren valoraciones de índole científicas por parte de los profesionales de la salud, como la determinación que la lesión produjo debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra.

2.2 Falta de tipo: atipicidad: la falta de adecuación del hecho concreto a la descripción abstracta hace referencia a la inexistencia de la tipicidad, excluyendo la delictuosidad penal, aunque puede quedar pendiente la ilicitud y la responsabilidad civil resarcitoria.

Una acción será atípica cuando:

a) cuando la conducta no coincide con la descrita por la norma, o bien, cuando no se produce la consecuencia requerida por la norma.

b) por falta del sujeto activo, cuando la conducta descrita no es llevada por el sujeto que exige la norma, por ejemplo un oficial público, Art. 139 C.P.

c) Por falta de sujeto pasivo o de objeto.”⁵

“Tipo subjetivo: son aquellos elementos que aluden a una situación anímica del autor del delito.”⁶ .

En el conjunto de las conductas lesivas de los bienes jurídicos se pueden diferenciar dos clases según la actitud subjetiva del autor respecto del bien jurídico y la dirección de su voluntad.

⁵ Lascano, lecciones del derecho penal, parte general. t.1,Pág.,305

⁶ Son ejemplos de los elementos de tipo subjetivo el Art.80 Inc. 1; Art. 100; Art. 126 del C.P.

En el primer grupo, se encuentran las conductas dolosas en el cual el sujeto es plenamente consciente que su actuar lesiona el bien jurídico y quiere afectarlo.

En el segundo grupo se encuentran las conductas imprudentes en donde el ⁷sujeto no pretende lesionar el bien jurídico, pero su conducta descuidada produce su afectación.

3) Antijurídica: "la antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho".⁸ Es decir, quien realiza un tipo penal obra antijurídicamente salvo que concurra una causa de justificación.

Antijuridicidad formal: estriba en la colisión que se da entre la acción delictiva y la norma de cultura legislada. Una acción es formalmente antijurídica, cuando infringe una norma que el Estado ha incorporado al orden jurídico.

Antijuridicidad material: esta posición fue elaborada por el normativismo, la cual plantea que el derecho penal posee un contenido material, ya que por medio de él se expresan valoraciones del hecho.

Se vincula a la antijuridicidad a criterios valorativos, manifestando que una acción es antijurídica si no se presenta como el medio adecuado para lograr el fin reconocido como legítimo por el legislador.

Para explicar el contenido de la antijuridicidad se apeló a principios como *aquel obrar que procura a la comunidad mas daño que utilidad (Sauer); concebir las normas de cultura como contenido de la norma jurídica (maier)*.

Cuando ésta posición define a la antijuridicidad como *conducta socialmente dañosa*, se está señalando que las normas protegen intereses vitales de la comunidad que se elevan a la categoría de bienes jurídicos. De allí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico, por lo que la acción será materialmente adecuada a derecho (aunque afecte intereses jurídicos), si se corresponde con los fines de la vida en común.

⁷ Lascano, lecciones del derecho penal, parte general .t.1,Pág.,297

⁸ Núñez, manual de derecho penal, parte general, Pág. 154

3.1. Ausencia de antijuridicidad:

Causas de justificación: las acciones que se realizan amparadas por una causa de justificación, se adecuan a las previsiones legales, tanto del tipo que prevé el delito cometido al amparo de una causa justificante, como a los requisitos que prevén el fundamento de dichas causas. Las causas de justificación tienen una naturaleza objetiva por descansar en circunstancias ajenas al sujeto que comete el delito, con lo que, al faltar el elemento esencial de violación de la norma se excluye el disvalor que resulta de la misma. Las causas de justificación hallan su fundamento en la supremacía del interés por el que se actúa entre ellas encontramos: aquellas acciones que se realizan: en el ejercicio de un derecho, en estado de necesidad, en legítima defensa o en el cumplimiento de un deber, y operan actualmente en un sistema de *regla-excepción*, que consiste en que en el mismo cuerpo de abstracciones legales que establecen los delitos, se prevé la regla que encuentra su excepción, estableciendo las circunstancias en las cuales una acción será considerada legítima.

Legítima defensa: repulsa realizada por el titular del bien puesto en peligro o por terceros, necesaria para evitar una lesión antijurídica posiblemente causada por una persona que ataca, siempre que la agresión sea, actual e inminente, y que el contraataque al agresor no traspase la medida necesaria para la protección del bien amenazado.

Estado de necesidad: ataque de bienes ajenos jurídicamente protegidos, en salvaguarda de bienes jurídicos propios o ajenos mayor jerarquía que los sacrificados; por hallarse en una especial situación de peligro actual causada por acontecimientos de la naturaleza y excepcionalmente de orden humano, que sólo es evitable violando los intereses legítimos de otro.

Cumplimiento de un deber: quien comete un acto arreglado a un tipo delictivo, obra en cumplimiento de un deber si lo hace obedeciendo a una obligación legal. Es legal la obligación impuesta por la ley en sentido amplio de constitución, ley, reglamento u ordenanzas; quedan excluidos los deberes derivados de una convención particular o de un cargo público.⁹

⁹ Nuñez, manual de derecho penal, parte general, Pág. 166.

Ejercicio legítimo de un derecho: el ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir un delito. Excluye la antijuridicidad por ejecución de la ley, por cuanto se ejercita una facultad derivada de ésta siempre que en su actuación las vías de hecho no traspasen la facultad de defender el derecho y no haya exceso en la ejecución de la ley.

4) Culpable: “La culpabilidad es la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico”.¹⁰

Imputabilidad: “la imputabilidad es la capacidad para ser penalmente culpable”.¹¹

Ausencia de imputabilidad: (inimputabilidad): cuando falta el desarrollo o la salud de la mente, o cuando se presentan trastornos transitorios en las facultades mentales. El sujeto no es capaz de conocer el deber jurídico ni de querer las consecuencias de su violación, por lo tanto, es inimputable por:

- Minoría de edad: al considerar que psicológicamente, el sujeto, no puede comprender la criminalidad del acto.
- Enajenación: cuando las enfermedades de la mente privan al sujeto, de la capacidad de comprender la criminalidad del acto.
- Estados de inconsciencia: por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes; por trastornos mentales, no patológicos.

Actio libera in causa: cuando un sujeto se pone conscientemente en estado de inimputabilidad (embriaguez *v. gr.*) de manera dolosa o imprudente, y en este estado comete un acto o una omisión que produce un resultado antijurídico, el sujeto es responsable de ese resultado, pues era imputable en el momento decisivo, que no se encuentra en la ejecución sino en el impulso dado para desencadenar la causa determinante del delito.¹²

5) Punible: a pesar de que algunos autores consideran que la punibilidad no es un elemento del delito, sino que simplemente es una consecuencia de él, otros consideran que la punibilidad es un concepto abstracto del delito, que caracteriza a la acción delictiva

¹⁰ Nuñez, manual de derecho penal, parte general, Pág. 187.

¹¹ Nuñez, manual de derecho penal, parte general, Pág.181.

¹² Zaffaroni, manual de derecho penal, Pág. 445

constituyendo en efecto un elemento del delito. La pena es un contenido de la pretensión punitiva del estado, mientras que la acción punitiva es un presupuesto.

Para que sea incriminable, la acción típica y antijurídica realizada por un sujeto imputable, ha de estar acompañada por la amenaza legal de la imposición de una pena, esta conminación prevista en la ley, es la PUNIBILIDAD.

Esta es una pequeña síntesis de los elementos que debe contener un hecho para que sea considerado un delito. Y que de ese modo ese hecho pueda ser reprochable a un sujeto. Sin embargo en el punto que se hará hincapié será en el tipo subjetivo, que forma parte del tipo complejo, dentro del cual se encuentra el dolo y la imprudencia, ambas conductas se tratarán en el capítulo dos, analizando cada una de dichas formas.

Capítulo II

En el Derecho Penal para que exista responsabilidad es necesario en todos los casos probar que hubo culpabilidad y además analizar el tipo subjetivo, perteneciente al tipo complejo, en el que se encuentra el dolo y la imprudencia.

En primer lugar se hará un análisis de las conductas imprudentes y sus manifestaciones en el mundo exterior.

2.1. Conductas imprudentes:

Las conductas imprudentes son aquellas que se caracterizan por que el autor no tiene la intención de lesionar un bien jurídico protegido, pero su obrar descuidado o imprudente acarrea tal resultado, es decir que quien actúa imprudentemente, no tiene la intención de cometer un hecho ilícito.

Es importante recordar que nuestro Código Penal no ofrece una definición de imprudencia en la parte general, sin embargo el concepto de imprudencia puede construirse a partir de los tipos imprudentes que se encuentran en la parte especial. Para lograr un concepto de lo que se debe entender por imprudencia, adquiere una particular importancia el Art. 84 del Código Penal el que sostiene: *"será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.*

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una de las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor".

Por lo tanto, por imprudencia puede definirse como un comportamiento imprudente, negligente, imperito, inobservante de reglamentos o deberes cuyo cumplimiento corresponde al autor en el caso concreto.¹³

¹³ Núñez, Manual de derecho penal, parte general , Pág. 193

Cuando se lee el artículo citado (o cualquier otro de tipo imprudente) podemos observar que la conducta prohibida se encuentra indeterminada, pudiendo solamente determinarse posteriormente, cuando precisemos cual era el deber de cuidado que tenía a cargo el autor del hecho. No hay un deber de cuidado general, si no que a cada conducta le corresponde un deber de cuidado determinado, tal es así que el deber de cuidado de un conductor es diferente al deber de cuidado que debe tener un médico o un arquitecto.

Es decir que estos son tipos de carácter abierto, esto se refiere a aquellos tipos que no describen de manera expresa la conducta prohibida, por lo tanto deben ser completadas o cerradas por el juez y otras disciplinas reglamentadas.

Sin embargo no cualquier violación al deber de cuidado es un delito, será delito cuando la consecuencia este así tipificada en nuestro derecho, por ej.: el conductor que circula a una alta velocidad en estado de embriaguez incurre solo en una contravención, pero si ocasiona la muerte a un peatón encuadraría en la figura de homicidio tipificada en nuestro Código Penal.

2.2. Manifestaciones de la imprudencia:

Según nuestro código penal, cuatro son las formas en que una persona puede actuar con imprudencia, a saber:

Imprudencia: Es imprudente el comportamiento que, con arreglo a las circunstancias es atrevido, riesgoso o peligroso para las personas o los bienes ajenos.¹⁴

Negligencia: Es el comportamiento que, de acuerdo con las circunstancias, es descuidado.¹⁵

Impericia: es una forma de imprudencia o negligencia en el ejercicio del propio arte o profesión, es decir cuando el profesional carece de las habilidades mínimas para su ejercicio.¹⁶

Inobservancia de los reglamentos a su cargo: esta es una forma de imprudencia caracterizada por que el cuidado exigido esta predeterminado en las normas que regulan una actividad determinada.¹⁷

¹⁴ Núñez, manual de derecho penal, Pág. 194

¹⁵ Núñez, Ob. cit., Pág. 194

¹⁶ Núñez, Ob. cit., Pág. 194

Sin embargo, en el derecho comparado consideran que esta clasificación carece de importancia práctica, ya que puede ocurrir que un mismo hecho pueda encuadrarse en las distintas formas de imprudencia dadas por nuestro derecho¹⁸.

La imprudencia, también puede clasificarse, según si el autor se representó o no el resultado lesivo, pudiendo la imprudencia clasificarse en: imprudencia consciente e imprudencia inconsciente, la primera se caracteriza porque el autor se representa la consecuencia típica como posible, pero confía en que dicho resultado no se producirá, mientras que la imprudencia inconsciente, por el contrario, es aquella en la cual el autor no se representa en absoluto la consecuencia lesiva.

En realidad esta clasificación no es de importancia en la práctica, en cuanto, no influye para nada en la escala penal prevista por el legislador, pero si es relevante cuando debemos diferenciar la imprudencia consciente de una de las formas del dolo (dolo eventual) ya que hay una parte de la imprudencia (consciente) que consiste, en que el autor se representa como posible un resultado, pero no quiere que ocurra, y hay una parte del dolo (dolo eventual) el cual se caracteriza porque el sujeto desprecia el resultado pero igual sigue actuando.

Diferenciar una figura de la otra es muy importante porque influirá notablemente en la pena dada al autor del hecho, ya que si el juez considera que actuó imprudentemente la pena será menor a que si se considerara que el autor actuó con dolo.

La línea divisoria entre la imprudencia consciente y el dolo eventual, se distinguirá mas adelante.

2.3. Conducta dolosa:

Las conductas dolosas son aquellas en las cuales el autor del hecho es plenamente consciente de que su obrar afectará un bien jurídico protegido, pero a pesar de dicho conocimiento igualmente quiere afectarlo (dolo directo).

Nuestro código penal, tampoco da una definición de dolo de manera expresa, Sin embargo, es preciso determinar qué debe entenderse por "dolo", ya que su afirmación o

¹⁷ Núñez, manual de derecho penal, Pág. 195

¹⁸ Vg. El médico que no posee pericia suficiente para realizar una intervención quirúrgica a pesar de esto la practica obra con impericia, pero al asumir una responsabilidad que va mas allá de su capacidad actúa imprudentemente, y viola con esto reglamentos médicos.

negación decidirá sobre la punibilidad y la magnitud del hecho, para caracterizar al dolo, la doctrina mayoritaria identifica el dolo como un “saber y querer”.

El dolo ha sido definido por varios autores tales como, Jiménez de Asúa, quien sostiene que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico, con el conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción con representación del resultado que se quiere.

2.4. Clases de dolo

Los elementos cognitivos y volitivos del dolo pueden combinarse de diferentes maneras, permitiéndonos diferenciar tres clases de dolo:

Dolo directo: se caracteriza porque quien actúa prevé como seguro, o al menos eso desea, el resultado que producirá con su conducta.

Dolo indirecto: es aquel que abarca todas las consecuencias que, aunque el sujeto no las persigue, sabe que se producirán con seguridad, como resultado de su actuar.¹⁹

Dolo eventual: se caracteriza porque quien actúa, no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que solo prevé que es posible que se produzca y a pesar de esto igualmente actúa.

Esta clase de dolo (eventual) es de difícil delimitación con la imprudencia consciente, por lo que ha obligado a la doctrina a formular distintas teorías para diferenciar el dolo eventual y la imprudencia consciente y este es básicamente el objeto de este trabajo, porque muchas veces se impone una pena bajo la forma de imprudencia cuando en realidad se está en presencia de una conducta de tipo doloso y esto es de gran importancia, porque como ya se ha anticipado la elección por parte del juez por un carril u otro, afecta notablemente en la escala penal.

La distinción entre dolo e imprudencia no se debe buscar en la antinomia “voluntario/involuntario” sino en el par de conceptos “conocimiento/desconocimiento”.²⁰

¹⁹ Por ejemplo, quien coloca una bomba, en el avión en el cual va un pasajero del cual el autor quiere cobrar su seguro de vida, inevitablemente ocasionará la muerte de los demás pasajeros, y esta consecuencia no buscada por el autor del hecho, está inevitablemente ligada al efecto querido.

²⁰ Bacigalupo, derecho penal parte general; 2 ed.; Pág. 324.

Capítulo III

Delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente

El abordaje de este capítulo, estará basado en el curso de especialización de las Universidades Nacionales de Córdoba y del litoral, otorgada por el Dr. Gabriel Pérez Barberá, en abril de 2003.

Esta sección se iniciará planteando el siguiente interrogante ¿porqué es un problema la cuestión de la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente? La respuesta es muy simple, en una forma tradicional de ver las cosas, una parte del dolo (eventual) se identifica con la representación -por parte del autor- como posible las consecuencias del hecho, pero sin la voluntad de realizarlas, y por otra la imprudencia (consciente) que consiste exactamente en lo mismo, pero el resultado le es despreciable.

El problema central consiste, en saber porque a veces a las mismas conductas se las encuadra como imprudentes y otras veces como dolosas. ¿Cuáles serían los criterios utilizados por el juez para fallar de una manera u otra?²¹

Este tema sobre la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente es uno de los temas más debatidos y difíciles en el derecho penal, y la historia de esta discusión es de larga data.

Para comenzar este tema, se hará una división de las teorías brindadas en el período clásico y las actuales, podrán preguntarse porqué detenerse en las teorías del período clásico (esto es antes de 1930) si estas ya han sido supuestamente superadas. La respuesta es muy sencilla porque en las discusiones actuales no se ha llegado a criterios distintivos muy diferentes de los surgidos en aquel.

Las discusiones que se han llevado a cabo a lo largo de la historia han sido de carácter sustancial que son aquellas que amplían o restringen el ámbito del dolo y las puramente terminológicas que son aquellas que no modifican en absoluto su extensión, sino que simplemente intentan precisar el criterio de delimitación entre el dolo y la imprudencia.

Se debe adelantar que el período clásico se caracteriza por llevar a cabo una discusión de carácter sustancial, mientras que en la época moderna es puramente terminológica, solo algunos

²¹ Un claro ejemplo de esto, fue lo que sucedió en el caso de Sebastián Cabello.

autores como Puppe y Jakobs, han insinuado una reapertura de la discusión material, y también este trabajo propone una modificación en el ámbito propio del dolo.

1. Teoría del dolus indirectus

Se comenzará con la exposición de las distintas teorías sobre la delimitación, ubicándonos bastante tiempo atrás en la historia, en la cual se desarrolló la teoría del “dolus indirectus”, que hoy a resurgido gracias a algunos escritos como Puppe en el año 1991 y a una muy reciente de Jakobs.

El principal representante de esta teoría fue el famoso jurista alemán Benedikt Carpzov, quien la expuso en el año 1635.

Esta teoría se caracteriza por ampliar el ámbito reservado para el dolo, es decir se busca imputar al dolo ciertos hechos no directamente queridos por el autor pero que, conforme al curso natural de las cosas, es seguro que se produzcan como consecuencia de la acción, efectivamente perseguida por el autor.²²

Esto es la contra cara de lo que se sostenía en el derecho romano en donde el dolo solo se limitaba a los casos en los cuales el autor tenía una intención “directa” de realizar el hecho ilícito al que ellos denominaban “dolus malus”, en donde el dolo no solo consistía en la simple intención sino en algo más: en el querer algo que se sabe malo o ilícito, es decir que el dolo estaba compuesto solo con querer realizar un hecho determinado y saber que era ilícito.

Sin embargo, dejar de lado el elemento psíquico constituido por el conocimiento por parte del autor de una determinada consecuencia conforme al curso natural de las cosas, es ir demasiado lejos, es decir que amplía notoria y excesivamente el ámbito del dolo.

Podemos observar que esta teoría del dolo indirectus modifica sustancialmente el ámbito del dolo, alcanzando su máxima amplitud.

Nunca el dolo fue tan estrecho en la época romana ni tan grande en la época de Carpzov.

²² Ejemplo, quién dispara a otro con un arma de fuego con la sola intención de provocarle una herida, pero de la cual resulta la muerte del sujeto su conducta sería calificada como dolosa, a pesar que no tuvo la intención de matar, porque sabe o al menos debía saber que una simple herida no puede provocarse utilizando un arma de fuego, y por lo tanto no puede negarse que tiene una voluntad homicida, si bien, solo su intención era herirlo, todo aquello que se produzca como consecuencia de su actuar es dolosamente producido.

2. Teoría fuerte de la voluntad

Contra la teoría anteriormente expuesta, alza la voz el conocido autor Feuerbach, entre otros, esta teoría se caracteriza porque reduce nuevamente el ámbito del dolo, identificando al dolo solamente como lo querido por el autor, es decir que para ellos no existe la posibilidad de hablar de la existencia del dolo eventual, esto es por un simple motivo, si el dolo eventual se caracteriza como una simple previsión, por parte del autor como posible, esa posibilidad no es suficiente para encuadrar a la conducta dentro de los tipos dolosos, en otras palabras, estos autores, ubicados entre mediados del siglo XVIII y hasta comienzos del siglo XX, no aceptaban el denominado dolo eventual, por eso a estas teorías podríamos llamarlas teorías contrarias al dolo eventual, es decir, para ellos una conducta solo es dolosa cuando el autor lo ha querido o lo previó como seguro. De este modo esta teoría logra llegar a una fácil distinción entre el dolo y la imprudencia, identificando al dolo como intención y a la imprudencia como falta de intención.

Como podemos ver, aquí se reduce nuevamente el ámbito del dolo.

3. Tesis débil de la voluntad (teoría de la voluntad y teoría clásica de representación)

Ahora se tratarán las conocidas teorías de la voluntad y de la representación, que se engloban en la tesis débil de la voluntad, esta versión es la que se convertiría rápidamente en la doctrina mayoritaria.

El objetivo de esta teoría es una ampliación del ámbito del dolo basándose en el concepto político-criminal, en donde el dolo va más allá de la intención.

La teoría de la voluntad, que luego será conocida como la teoría de la aprobación o el consentimiento y la teoría de la representación son las primeras auténticas teorías del dolo eventual. Antiguamente la teoría de la voluntad y la teoría de la representación se encontraban contrapuestas, la primera consideraba que la delimitación entre el dolo y la imprudencia tenía fundamentos en los elementos volitivos, mientras que la segunda se basaba en elementos intelectuales.

Para la teoría de la voluntad, el dolo siempre es la voluntad de la realización del tipo, esto significa querer la consecuencia lesiva que, previamente ha sido representada por el autor del hecho, sin embargo la voluntad por lo tanto no excluye la representación, sino que la presume,

es decir si el autor quiere matar, inevitablemente, se representa ese resultado. En otras palabras para la teoría de la voluntad la representación no es que esté descartada sino que es insuficiente, Según la teoría de la voluntad aquella suficiencia se alcanza con un agregado emocional: que es la aprobación o el consentimiento del resultado por parte del autor, es decir que para que exista el dolo eventual además de la previsión del resultado es necesario que el autor haya aprobado o consentido internamente dicha consecuencia, por lo tanto el núcleo de esta teoría es que solo acudiendo a ese elemento volitivo (voluntad de la realización del tipo) y emocional (aprobación o consentimiento) podemos distinguir claramente el dolo eventual de la imprudencia consciente.

Y es aquí en donde surge un interrogante muy importante formulado por HIPPEL ¿cómo se comprueba que el autor del hecho aprobó o no internamente ese resultado? Y es aquí cuando echamos mano a la **primera fórmula de Frank**,²³ según la cual, deberíamos preguntarnos lo siguiente, ¿Cómo habría actuado el sujeto si la consecuencia típica se la representa como segura y no como posible?. Si se llega a la conclusión de que el autor hubiese actuado de igual modo, entonces no habría duda que estamos frente a una conducta dolosa y, por lo tanto aprobó o consintió el resultado, si por el contrario, se llega a la conclusión de que habría omitido dicha acción, entonces cabe negar el dolo, o que el sujeto no aprobó el resultado, Frank recibió muchas críticas en cuanto a esta fórmula, ya que si bien es correcto que hay que considerar que existe dolo cuando el sujeto ha actuado teniendo conciencia segura de la producción del resultado, habiéndolo aprobado y resignándose a él, en el caso inverso, en donde el sujeto no habría actuado en caso de resultado seguro, solo nos permite, contra la opinión de Frank, una conclusión insegura en relación con la negación del dolo eventual, movilizado por estas críticas elabora una **segunda fórmula de Frank**, en donde ya no parte de una hipótesis (como hubiese actuado.....) sino que lo hace desde un juicio asertivo, si el sujeto se dice: sea de una forma u otra, pase lo que pase, “yo igualmente actúo”, entonces su culpabilidad es dolosa. Por lo tanto esta fórmula se puede entender, en el sentido de que el sujeto actúa dolosamente cuando solo

²³ Frank, realizo estas formulas no como caracterización directa del dolo, sino, como un “medio de conocimiento” para constatar la presencia del dolo.

por necesidad se resigna a la producción del resultado²⁴, sin embargo esta segunda fórmula no aporta nada nuevo con respecto a la primera fórmula de Frank.

En definitiva, esta teoría de la voluntad que hemos abordado no resuelve la problemática, planteada por Hippel, que para decirlo en otras palabras lo que se plantea es que si una consecuencia representada como posible, pero no perseguida por el autor y además le es desagradable puede o no imputarse dolo, es decir si aprobar consentir etc., significa considerar agradable o deseable el resultado.

Teoría de la representación: para esta teoría lo único que puede ser querido por el autor es la acción y no el resultado, rechazando el postulado básico de la teoría anterior (la que sostenía que el autor debe querer el resultado para actuar con dolo.)

Esta teoría de la representación rechaza el elemento volitivo, es decir, que la voluntad es inútil para caracterizar al dolo, sin embargo esta postura se ve relativizada posteriormente, cuando se exige, sin embargo, una actitud interna por parte del autor, un componente emocional para afirmar el dolo, que es que el autor apruebe o consienta el resultado representado como posible. Los partidarios de esta teoría son Frank y von Liszt.

Como se puede ver, la distinción entre ambas teorías (teoría de la voluntad y la teoría de la representación) resultan artificiosas porque ambas al fin y al cabo llegan al mismo resultado, sino que, parten de presupuestos teóricos distintos, y ese resultado consiste en lo siguiente: ambas amplían el ámbito del dolo, incluyendo el dolo eventual, esto es en los casos en que el autor se representa una consecuencia solo como posible y lo aprueba internamente. Este es el aporte material fundamental que aportan ambas teorías, afirmando el dolo eventual como forma del dolo general.

Sin embargo ambas teorías en forma individual no han tenido éxito, ni han sido lo suficientemente fuertes como para mantenerse con sus fundamentos, es decir el considerar al dolo como voluntad o dolo como representación.

²⁴ Roxin . 1994, pág. 438.

4. Teoría de la probabilidad: otra variante de la teoría de la representación es la teoría de la probabilidad, que en épocas recientes defendió H. Mayer²⁵, durante el período clásico se desarrollaron dos versiones de esta teoría.

La primer teoría de la probabilidad, se caracteriza porque sostiene que la distinción entre dolo e imprudencia depende del grado de probabilidad con que el autor del hecho se representa la consecuencia típica, por supuesto tratándose siempre del dolo eventual, porque si el autor actúa con dolo directo debe afirmarse lisa y llanamente la presencia del dolo aunque la probabilidad de que la consecuencia lesiva representada por el autor sea ínfima.

Ahora bien, situándose específicamente en el campo del dolo eventual, esta teoría considera que para la existencia del mismo debe haber un alto grado de probabilidad, por lo tanto, ya el dolo eventual no se lo imputa a un componente emocional, como lo es la mera representación de la posibilidad de la producción del hecho lesivo, sino, que se basa en las características de peligro representadas por el autor, es decir a mayor peligro, mayor probabilidad, por lo tanto solo un peligro de cierta entidad puede imputarse al dolo, esto nos lleva a que solo exista entre el dolo y la imprudencia una diferencia de grados. Sin embargo la línea divisoria entre una figura y otra resultan demasiado confusas.²⁶

La segunda teoría de la probabilidad, sostiene que se imputará dolo cuando las consecuencias sean el producto de una serie de circunstancias fácticas, que objetivamente pudiera decirse que existe un peligro de una entidad determinada, es decir, de una entidad tal que objetivamente no pueda ser posible sostener que el autor no se representó la realización del tipo.

La diferencia entre la primera teoría de probabilidad y la segunda es que a la primera le interesa el grado de probabilidad o entidad del peligro que el autor se haya representado, mientras que para la segunda lo decisivo es el grado de probabilidad o entidad de peligro que objetivamente se desprende de un conjunto de circunstancias fácticas representadas por el autor del hecho.

²⁵ .Mayer, 1993 ,Pág. 250ss

²⁶ Los principales representantes de esta concepción son Grossmann y löffler.

Se puede observar que en ambas teorías, siempre se parte de la representación hecha por el autor, es decir que está presente la parte cognitiva para la configuración del dolo.

La segunda teoría de la probabilidad es muy interesante, hasta tal punto que será sostenida por una autora de mucho peso: INGERBOG PUPPE, que se tratará más adelante.

5. Teoría clásica de la posibilidad:

Para ir concluyendo con el período clásico, se verá la versión más fuerte de la teoría de la representación, conocida como **la teoría de la posibilidad**, esta teoría sostiene que la delimitación entre el dolo y la imprudencia es la siguiente: el dolo se identifica con el conocimiento y la mera posibilidad de la realización típica, es decir que el autor conoce, que con determinada conducta ocasionará o posiblemente puede ocasionar una lesión, mientras que la imprudencia, por el contrario, se caracteriza por el desconocimiento de la realización típica .

Esta teoría sostiene que no existe, por lo tanto la imprudencia consciente, ya que cuando al autor se le representa como posible un resultado, pero confía en que dicha consecuencia no se producirá, en ese momento, de confianza, deja de representarse el resultado y por lo tanto obra lisa y llanamente en desconocimiento.

En definitiva esta teoría descarta la imprudencia consciente, sosteniendo que solo existe dolo e imprudencia en el sentido más puro.

Wolff, un autor de la década de 1920 coincide con esta diferencia, en que el dolo se identifica con el conocimiento y la mera posibilidad de la realización típica y la imprudencia con el desconocimiento, sin embargo le da a esta postura una matiz muy interesante, considera además que hay que diferenciar entre posibilidad concreta o específica y posibilidad general o abstracta ²⁷ por lo que en caso de "peligro en general, pero aceptación de la ausencia específica de peligro", no existe dolo, es decir, el sujeto pensó primero en la posibilidad general, pero luego rechazó la posibilidad específica, -dice Wolff- solo hay imprudencia.

Es decir que en la teoría de la posibilidad la diferencia entre una figura y otra es de carácter cualitativa, a diferencia de la teoría de la probabilidad en donde dolo e imprudencia constituyen ambos supuestos de conocimiento y representación; y lo que varía es el valor, es

²⁷ Distinción que luego emplearían Schröder, Schmidhauser y Frish.

decir el grado que el autor le asigna a la posibilidad de que lo representado se produzca. Para esta teoría la diferencia entre una figura y otra es de carácter cuantitativo.

Con la exposición de estas teorías se da por finalizada la discusión en el período clásico.

Capítulo IV

Como ya se ha anticipado la cuestión sobre la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, no solo posee “una extraordinaria importancia práctica, sino que también es una de las cuestiones mas difíciles y discutidas en el derecho penal.”

Para comenzar con el período actual nos acercamos a ella a partir del famoso caso de “la correa de cuero” que influyó de manera esencial en esta discusión a partir de la postguerra, la cual zanjaría definitivamente la cuestión en la jurisprudencia alemana.

La llamada teoría de la aprobación o del consentimiento en su forma actual, no contiene grandes diferencias con la que se ha analizado en el período clásico, sin embargo de ella proviene la tan tradicional definición que caracteriza al dolo como un “saber y querer” la realización del tipo.²⁸

Como ya se ha analizado esta teoría de la aprobación o del consentimiento, se caracteriza por exigir enfáticamente la presencia del llamado elemento volitivo (no se debe olvidar que se trata de la teoría de la voluntad que posteriormente se la conoció con el nombre de la teoría de la aprobación o del consentimiento), la cual sostenía que para afirmar la existencia del dolo era necesaria la voluntad, y que la representación por parte del autor es solo un presupuesto de la voluntad la cual se presume.

Ahora bien, mas allá de la similitud de esta teoría, tanto en el período clásico como en el actual, lo cierto es que entre la década de 1930 y 1950, la discusión principal se centra en un punto que en la época clásica solo había sido planteada por Hippel, cuando él se pregunta si ¿aceptar, consentir o aprobar la consecuencia lesiva representada como posible, significa que el autor quiere o le agrada ese resultado típico? o ¿si es suficiente con que apruebe ese resultado aunque la consecuencia le sea desagradable y en tal medida no la desee?.

Esta cuestión fue tratada principalmente por Hippel, quien posteriormente polemizará con English.

Sintéticamente el problema y la diferencia entre Hippel y English, es que el primero consideraba que era suficiente la aceptación del resultado típico por parte del autor, para la

²⁸ Núñez, Manual de Derecho Penal, parte general, Pág. 188.

existencia del dolo, independientemente si internamente para el autor esa consecuencia le era agradable o no, mientras que English sostenía que la aceptación por parte del autor significaba que interiormente le agradaba o deseaba ese resultado y por lo tanto cabe afirmar el dolo.

No cabe duda alguna que se está frente a una auténtica polémica sustancial, que pone nuevamente de manifiesto el problema de los límites del dolo.

Así como el período clásico se caracterizó por ser una discusión de carácter puramente sustancial, en cuanto si se abarcaba o no el dolo eventual, una vez resuelta esta discusión que llega a una conclusión afirmativa, en el período actual lo que se discute es si en aquellos supuestos en donde el autor se representó como posible una consecuencia lesiva y esta le es internamente desagradable o no es deseada por el autor encuadraría en un supuesto de dolo eventual.

Para Hippel era suficiente la aceptación, le fuera o no agradable al autor el resultado lesivo, siendo esto suficiente para reafirmar el dolo, mientras que para English la aceptación era indicio de agrado y deseo del resultado. ¿Pero qué pasa si el autor se representa la consecuencia típica, la acepta, pero no la desea y le desagrada, es o no una conducta dolosa? (Que en definitiva eso es lo que plantea Hippel).

En los primeros fallos que licitaron en Alemania, el Tribunal Superior Federal Alemán se inclinó por la tesis sostenida por English, es decir que la aceptación por parte del sujeto de la posible consecuencia lesiva, significa que internamente el resultado era deseado por el autor del hecho o al menos no le resultaba desagradable y por lo tanto estamos frente a una conducta de dolo eventual.²⁹

En síntesis lo que sostenía el Tribunal Superior Federal Alemán, era que para afirmar la existencia del dolo eventual, no era suficiente con que el autor se haya representado la posibilidad de la consecuencia lesiva, sino que además debía haberlo aprobado o consentido internamente y esto se demostraba con la simple aceptación por parte del autor del hecho.

Hasta este momento la cuestión parecía estar bastante clara, hasta que en 1945 se presentó el famoso "caso de la correa de cuero", en el cual estaba absolutamente claro que la consecuencia representada como posible por los autores del hecho, en este caso la muerte de la

²⁹ De acuerdo a esta postura, así fallo el TSF de Alemania en tres casos dados en los años 1933, 1937, 1942.

víctima, era para ellos un resultado desagradable y no deseado, sin embargo acorde a la postura sostenida por el TSF correspondiendo imputarles lisa y llanamente dolo.

Sintéticamente el caso era el siguiente: A y B querían robarle a C, cuyo plan era estrangularlo con una correa de cuero hasta que este perdiera el conocimiento y sustraerle así todas sus pertenencias, como se percataron que el estrangulamiento podría conducir a la muerte de C, la cual querían evitar, resolvieron golpearlo con una bolsa de arena en la cabeza y de ese modo lograr que la víctima perdiera el conocimiento.

Durante la ejecución del hecho, se rompe la bolsa de arena que habían llevado y se produjo una fuerte pelea con C, por lo que A y B recurrieron a la correa de cuero que había llevado por las dudas e hicieron un lazo alrededor del cuello de C y tiraron de ambos extremos hasta que C dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de C.

Posteriormente tuvieron dudas si C se encontraba con vida o no, por lo que realizaron intentos de reanimación que fueron totalmente inútiles.

En este caso cabría preguntarse si existe aquí una muerte de tipo –doloso eventual- y por lo tanto un homicidio doloso o solo un homicidio imprudente.

Para entender mejor la problemática se efectuará una breve síntesis de lo que sostenía hasta este momento el TSF de Alemania, que patrocinaba: si el autor acepta la consecuencia representada como posible, se da por entendido que para el autor del hecho esa consecuencia le era agradable y por lo tanto la quería, ergo corresponde afirmar la figura del dolo, sin embargo en el caso planteado ut supra podemos ver claramente que la consecuencia representada como posible por los autores no les era agradable y mucho menos la querían, de hecho realizaron actos de reanimación para evitar dicho resultado, además recurrieron a un segundo plan cuando presupusieron en la posible muerte de la víctima. Sin embargo el TSF consideró igualmente la existencia del dolo. Para fundamentar su decisión argumentó lo siguiente:

Primero: admitió que la muerte de la víctima era una consecuencia indeseable para los autores del hecho.

Segundo: afirmó que la aprobación del resultado es un elemento esencial para delimitar el dolo eventual de la imprudencia consciente.

Por lo tanto existió dolo eventual, aun cuando la producción del resultado fue indeseable o desagradable para los autores.

Puede verse que con esta conclusión se cristaliza la cuestión planteada por Hippel en un primer momento, es decir que aunque el resultado lesivo ha sido no deseado por el autor, pero este igualmente lo ha aceptado, se confirma la existencia del dolo y más precisamente la del dolo eventual, en otras palabras, hay que afirmar dolo eventual, cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de esto, sigue actuando para alcanzar el fin perseguido resignándose, ya sea de buena o mala gana, a la eventual realización del delito.

1. Resurrección de la teoría de la posibilidad: Schröder y Schmidhäuser

El polo opuesto a las expresiones de la teoría de la voluntad lo constituye la teoría de la representación, que propugna fijarse solo en elementos intelectivos para determinar el límite del dolo.

Hallando nuevos partidarios en su versión actual, la que sostiene que la mera representación de la posibilidad de la producción del resultado -sin un elemento volitivo- es suficiente para fundamentar el dolo eventual (teoría de la posibilidad) se desarrolló en la postguerra primero por **Schröder**³⁰ y después se profundizó en ella **Schmidhäuser**.

Esta postura se apoya sobre todo en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad. Negando la existencia de una imprudencia consiente en el sentido tradicional, sosteniendo que no se puede hablar de imprudencia consciente en el sentido que se ha hecho hasta ahora, de tal modo, solo habría que distinguir dolo e imprudencia, solamente como conocimiento y desconocimiento.

a) **Tesis de Schröder**: en lo que respecta estrictamente a la delimitación entre dolo e imprudencia, Schröder afirma que lo primero que debe considerarse es si la representación del autor de las consecuencias como posibles y no como seguras es suficiente para afirmar la existencia del dolo, Schröder responde en sentido afirmativo, ya que su modo de ver la "norma

³⁰ Schröder, en su conocido artículo titulado "estructura y límites del concepto del dolo" del año 1949, desarrolla una serie de ideas prácticamente idénticas a las sostenidas por los partidarios de la teoría de la posibilidad, perteneciente al período clásico.

jurídico-penal” de los delitos llamados de lesión contienen no solo una prohibición de lesión, sino también una prohibición de puesta en peligro.

En este sentido se destaca que lo que interesa siempre es el grado de probabilidad, o en su caso, de seguridad de la realización de la consecuencia lesiva, de la acción representada por el autor y no el grado objetivo de esa probabilidad o seguridad objetiva.

Como se puede ver esta tesis conduce a una equiparación entre el dolo de puesta en peligro y dolo eventual de lesión, es decir, el dolo de peligro, es al mismo tiempo es dolo eventual de lesión. Ambos son conceptos idénticos. Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos decir que lo único relevante para distinguir a su vez entre dolo (eventual) e imprudencia (consciente) es el hecho de que el autor se haya representado o no como posible la consecuencia de su acción. Sosteniendo que tal distinción no puede depender de cuestiones puramente emocionales como proponen hacerlo la teoría de la aprobación y el consentimiento.

En cuanto a la imprudencia consciente, en la cual también es posible que el autor se represente la posibilidad de la lesión y sin embargo actuar sin dolo, Schröder sigue la teoría de la posibilidad, tratada en el período clásico, cuya idea central es la siguiente: si el autor confía en que el resultado típico no se realizará “entonces falta directamente una auténtica representación de la posibilidad de que se produzca el resultado, y solamente por eso no existe dolo y no en cambio por la ausencia de un elemento emocional como el querer el resultado”.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, si lo que decide es la mera representación del autor de la posibilidad de la realización del tipo, entonces la aplicación coherente de acuerdo a este punto de vista conduce a castigar más severamente (por delito doloso) al autor que, precisamente por ser excesivamente cuidadoso llega a percibir el peligro y en cambio se castigaría a lo sumo por imprudencia a quien, por ser completamente irreflexivo frente al riesgo, ni siquiera alcanza a percibirlo, lo cual no se correspondería con una adecuada ponderación respecto al merecimiento de pena en cada caso concreto.

A esta crítica Schröder contesta lo siguiente: toda persona debe hacer todo lo posible para evitar la creación de peligros o al menos disminuirlos si obra con ese cuidado y si, no obstante, se produce una lesión, ella será producto de una acción permitida, socialmente adecuada, y por lo tanto no recaerá reproche alguno sobre el autor del hecho. Si por el contrario no se obra con ese cuidado y el autor, por ser muy descuidado, percibe la posibilidad de realización de un

peligro prohibido que el ha creado y no obstante actúa, entonces no cabe la menor duda de que merece el castigo más severo a título de dolo. Por lo tanto quien más sabe y más reconoce el peligro le afecta siempre una mayor obligación que al que ni siquiera se ha preocupado.

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que Schröder postula su conocida tesis como: "toda imprudencia es siempre inconsciente"³¹ ya que cuando el autor se representa la consecuencia lesiva pero confía en la no producción del resultado, automáticamente deja de representarse tal consecuencia y por lo tanto no hay conciencia sobre los resultados de su acción.

Sólo de esta manera es posible una clara diferencia sustancial entre dolo e imprudencia; dolo es imprudencia consciente y la imprudencia se caracteriza por la falta de conciencia de obrar ilícitamente.

b) Tesis de Schmidhäuser: para comenzar con la tesis de Eberhard Schmidhäuser, respecto al problema sobre la delimitación entre el dolo y la imprudencia es conveniente distinguir dos períodos en el pensamiento de este autor³².

Primer período de Eberhard Schmidhäuser: este autor toma como punto de partida para su tesis, la idea central sostenida por Schröder, la que postula que la diferencia entre dolo e imprudencia, consiste solamente en la presencia o ausencia de conocimiento, identificando al dolo con conocimiento y a la imprudencia con desconocimiento, descartando totalmente la existencia de la imprudencia consciente.

Partiendo de esta base, Schmidhäuser sostiene que lo fundamental, es determinar qué es lo que desconoce el autor que actúa con imprudencia y qué es lo que conoce el autor cuando actúa con dolo. Para dar una respuesta a lo anteriormente dicho, Schmidhäuser, fórmula una tesis, que será seguida posteriormente por Frisch, la cual será analizada más adelante, en la que postula que el autor imprudente lo que desconoce es la peligrosidad concreta de su acción y es esto, lo que precisamente conoce el autor que actúa con dolo.

³¹ Esta postura sería continuada por Schmidhäuser en 1957

³² El primer período de Eberhard Schmidhäuser, suscita en los años 1957,1958 y el segundo período comienza en 1966 y extendiéndose hasta fine de los años ochenta

Ahora bien, respecto a la imprudencia Schmidhäuser efectúa la siguiente distinción, el autor imprudente puede desconocer la peligrosidad concreta o bien conocer la peligrosidad abstracta, que sería un fenómeno de **imprudencia consciente aparente**, de esta manera este autor reafirma lo anteriormente dicho por Schröder, quien sostiene que: quien piensa que es posible que el resultado típico se realice, pero luego, por cualquier motivo, niega conscientemente esa posibilidad ya que confía en que el resultado lesivo no se producirá, y actúa, en rigor obra sin el conocimiento requerido para reafirmar la existencia del dolo, que es precisamente el conocimiento de la peligrosidad concreta de su acción, en tal supuesto solo es consciente de la peligrosidad abstracta de su conducta y esto no alcanza para reafirmar el dolo.

Segundo período de Eberhard Schmidhäuser³³: comienza este nuevo período con una crítica muy fuerte al concepto de dolo sostenida por la doctrina mayoritaria, la que identifica el dolo como “un saber y querer en la realización del tipo”.

Según Schmidhäuser la pregunta es: ¿En qué medida el concepto de dolo como saber y querer en la realización del tipo es tomado efectivamente por la doctrina y la jurisprudencia? El autor a este interrogante da una respuesta negativa, ya que basta con tener en cuenta los casos de dolo eventual, en los cuales el autor no quiere el resultado típico, en el sentido común que tiene la palabra querer es decir en el lenguaje natural, para advertir que aquel concepto del dolo como saber y querer es un concepto jurídico- abstracto y que en la realidad no es, el que se aplica en la práctica jurídica.

Nos parece conveniente, suscribir textualmente lo que sostiene Schmidhäuser para demostrar su conclusión al respecto: *“es una mala costumbre aferrarse de una manera tan amplia al concepto usual del dolo como un saber y querer de la realización típica, a pesar de que tal concepto con ese significado de ningún modo es tomado en serio por la doctrina y la jurisprudencia; y no es un buen signo para una ciencia de que ella no se exprese con los conceptos que realmente usa.*

Reafirmando, la identificación del dolo como conocimiento de lo ilícito y la imprudencia como desconocimiento de lo ilícito, esto es el resultado de aplicar un método teleológico, ya que

³³ Este segundo período de Eberhard Schmidhäuser, comienza con su artículo “sobre la actualidad y la potencialidad de la conciencia de lo ilícito”, año 1966, el título de este artículo es un claro indicio en poner énfasis en el aspecto subjetivo, concretamente en la conciencia del autor acerca de la antijuridicidad de su conducta.

si se parte de los fines de la pena, queda en claro que quien conoce lo ilícito es quien merece la pena más severa a título de dolo.

Dejando en claro, entonces, cual es el objeto del conocimiento y del desconocimiento, a Eberhard Schmidhäuser ya no le interesa indagar acerca de que se conoce, sino que ahora le interesa analizar como se conoce, es decir, como debe ser ese conocimiento o esa conciencia del autor para afirmar la existencia del dolo.

En base a esto, la doctrina ha sostenido que el autor de un hecho doloso, debe tener "una conciencia actual" respecto del hecho disvalioso, y por supuesto de la antijuridicidad del mismo, entonces, Schmidhäuser, emprende una investigación de carácter eminentemente psicológico, o más bien precisamente de una psicología del lenguaje, cuyo fin es lo que concretamente se le exige al autor, cuando la doctrina dice que debe tener un conocimiento o una conciencia actual sobre la antijuridicidad de su conducta.

Schmidhäuser considera que esa conciencia no debe ser entendida como un pensar o un reflexionar por medio del lenguaje, es decir algo como un diálogo del sujeto consigo mismo, a la cual la denomina "conciencia reflexiva", sin embargo, en lo que atañe al substrato psíquico propio del dolo no se trata de eso, sino de una conciencia que se dirige directamente al objeto, el cual el denomina, "pensar espontáneamente el objeto", cuya característica mas relevante de este "pensar espontáneamente el objeto" reside en que es mas rápido que el pensar por medio del lenguaje (conciencia reflexiva) e incluso ese "pensar espontáneamente el objeto" parece no necesitar tiempo, esta ahí en ese momento y en ese momento finaliza.³⁴

Entonces, ¿Cómo se aplica esto al problema sobre la delimitación entre dolo e imprudencia?

Lo que Schmidhäuser pretende es, primero dejar en claro, siempre en consonancia con Schröder, en que no existe la imprudencia consciente, lo que sucede en esa constelación de casos es lo siguiente: puede ser que el sujeto se represente en algún momento la posibilidad concreta de existencia o producción de las circunstancias de hecho típicamente relevantes, pero así como es posible tener súbita y espontáneamente conciencia actual de esas consecuencias fácticas en el momento exacto, el cual correspondiera a afirmar la existencia del dolo, también es

³⁴ Esta idea de Schmidhäuser, no solo es fundamental para la distinción entre dolo e imprudencia, sino también para la fundamentación de la imputación dolosa en hechos pasionales.

posible, que súbita y espontáneamente, en el momento del hecho se suprime esa conciencia actual, y por lo tanto no es consciente de la posibilidad concreta de la producción de las consecuencias típicas, y por lo tanto existe imprudencia, por más irracional que puede haber sido tal supresión de la conciencia sobre dicha posibilidad.

Schmidhäuser, ilustra su punto de vista con un ejemplo muy sencillo: un sujeto se dirige en su automóvil a una fiesta, sabe que es tarde y que debe conducir a toda velocidad para poder llegar a tiempo, en ese momento, se da cuenta que ello puede derivar en un accidente y decide por lo tanto conducir más lentamente, en ese momento que reduce la marcha dice Schmidhäuser el conductor tiene conciencia espontánea y actúa sobre la posibilidad concreta de peligro, pero luego advierte que si no aumenta la velocidad no llegará a tiempo a la fiesta, en ese preciso momento en que decide acelerar la marcha, el sujeto ha excluido de pronto la conciencia espontánea sobre la posibilidad que se produzca un accidente y justamente por eso acelera la velocidad de su automóvil, si en ese momento hubiese pensado en la posibilidad de un accidente, no hubiese aumentado la velocidad, si el accidente se produce será, por lo tanto, imputable a título de imprudencia.

Este ejemplo muestra claramente como funciona la conciencia espontánea, a la que se hace referencia anteriormente, ella aparece y desaparece en el mismo instante en se toman las decisiones. Cada vez que el automovilista se representa una posibilidad de un accidente en ese mismo momento disminuye la velocidad y cuando lleva maniobras arriesgadas, es porque en ese momento no se representa tal posibilidad.

Schmidhäuser, toma como contra ejemplo el famoso "caso de la correa de cuero" expuesto ut supra, en donde según la visión del autor, los ladrones tuvieron como concretamente posible la muerte de la víctima a tal punto que decidieron cambiar de plan para evitar ese resultado, pero luego a pesar de esa conciencia, finalmente actuaron igual del modo que lo habían planeado originariamente y de hecho lo mataron, en otras palabras, a pesar de haber sido consciente en el momento del hecho de la posibilidad concreta de la muerte de la víctima, igualmente actuaron. Por lo tanto corresponde la afirmación del dolo.

Sin embargo este pensamiento elaborado por Schmidhäuser, que parece ser una tesis armoniosa y clara se desmorona frente a los ejemplos a los que acude para argumentar la afirmación del dolo en el "caso de la correa de cuero" ya que si debemos analizar dicho caso,

basándonos en la teoría propuesta por Schmidhäuser, llegaríamos a otra conclusión que la dada por el mismo autor.

Ahora analizaremos el famoso "caso de la correa de cuero" utilizando la lógica de la teoría propuesta por el Schmidhäuser, en dicho caso está claro que los ladrones no deseaban de ninguna manera la muerte de la víctima retomando la explicación de Schmidhäuser, nada impide sostener que cuando los ladrones planifican el robo y deciden no emplear la correa de cuero para estrangular a la víctima, obran así porque son conscientes de la posibilidad concreta de la muerte.

Sin embargo de acuerdo a la teoría de Schmidhäuser, cuando deciden llevar, por las dudas la correa de cuero, es por que en ese momento no tenían a ese resultado como concretamente posible ,cuando golpean a la víctima con una bolsa de arena sin utilizar la correa de cuero, actúan de ese modo porque en ese momento vuelven a pensar en la posibilidad concreta de la muerte, y cuando finalmente deciden usar la correa de cuero colocándola sobre el cuello de la víctima, es porque, en ese preciso instante, no tienen a la muerte de la víctima como concretamente posible, por lo tanto el dolo queda excluido. Esta es, en realidad, la conclusión a la que se debería llegar de acuerdo con los postulados propuestos por Schmidhäuser la cual el considera inaceptable.

En realidad lo inaceptable de lo propuesto por Schmidhäuser, es su particular razonamiento en relación a: ¿Qué justifica esta diferencia en el tratamiento de la conciencia del autor según este sea un partícipe del tráfico vial o un partícipe de robo? ¿Por qué ha de aceptarse que solo el automovilista pero no el ladrón deja de ser consciente de la posibilidad concreta del peligro en el momento decisivo del hecho?.¿Qué nos hace pensar que el primero en el momento del hecho reprime su conciencia del peligro y por eso actúa, mientras que en el segundo ejemplo, en cambio, al momento del hecho mantienen esa conciencia y no obstante actúan? En otras palabras no se entiende el porque Schmidhauser, está tan convencido que existe algo así como una represión de la conciencia acerca de la posibilidad concreta de un resultado lesivo en los cálculos de los automovilistas y excluyendo esa posibilidad de represión en los cálculos de los ladrones. Esto no es consecuente y lógico por lo que se demuestra claramente que la solución correcta sobre la delimitación entre el dolo y la imprudencia no pasa cuestiones empíricas respecto a la psique de las personas.

Entonces ¿cuál sería la solución correcta a este problema? En realidad lo que habría que preguntarse es por qué razón en el caso de la correa de cuero toda la doctrina está de acuerdo en que a los autores del hecho le corresponde imputarles su obrar a título de dolo ¿sigue siendo correcta esta solución aun cuando a quedado claro, como se ha visto en el párrafo anterior, que es perfectamente posible sostener que los ladrones, al momento del hecho, no eran conscientes de la posibilidad concreta del resultado de la víctima? Se considera que pese a lo anteriormente expuesto es correcto mantener la imputación dolosa en el caso de la correa de cuero, aun aceptando que al momento del hecho los autores no eran conscientes de la posibilidad concreta del peligro, y sostenemos esto por el siguiente motivo: este “famoso” caso de la correa de cuero” constituye un supuesto de ceguera ante los hechos y tales casos son imputables a título de dolo. Porque lo que realmente decide no es la mera ausencia de conocimiento, sino la racionalidad de ese substrato psíquico.

En fin con esto damos por finalizada la exposición de estos nuevos representantes de la teoría de la posibilidad

Tesis de Stratenwerth: este autor fue el primero en formular un criterio que paulatinamente fue adoptado por varios autores como Claus Roxin, este criterio consiste en tomarse en serio el peligro creado.

La tesis de Roxin, conocida como la de decidirse a favor de la violación del bien jurídico es una variante de esta postura propugnada por Stratenwerth de tomarse en serio el peligro.

Stratenwerth está de acuerdo con la definición tradicional del dolo como un “saber y querer la realización del tipo” según su punto de vista, mas allá de la imprecisión de dicha formula, lo cierto es ella deja en claro que, para definir al dolo, no basta con en elemento cognitivo; sino que este debe ser completado por un elemento volitivo, cuyo contenido es lo que realmente debe determinarse con mayor precisión, este elemento volitivo consiste para Stratenwerth en una actitud interna por parte del sujeto (siempre que seamos consciente acerca de la imperfección de esta expresión), se puede sostener de cierta manera, que ese elemento volitivo consiste en “la voluntad de la realización del tipo”.

Para este autor es de gran importancia fundamentar porque ese elemento volitivo consiste en una actitud Interna del sujeto. Así sostiene que las teorías clásicas como las teorías

puramente cognitivas a partir de la postguerra (las tesis postuladas por Schöder-Schmidhauser) responden a una concepción según la cual el conocimiento y la voluntad se comportan pasivamente, sin embargo para hablarse del dolo, inevitablemente se debe tomar una actitud activa por parte del autor del hecho.

Esta postura se concretiza en una determinada actitud interna y es esta a la que se debe acudir para lograr una demarcación entre el dolo y la imprudencia.

Para lograr esa precisión Stratenwerth da un ejemplo muy sencillo, citado a menudo por varias literaturas, ¿Cómo debe valorarse la conducta de quien arroja una colilla de cigarrillo encendida al bosque siendo completamente consciente de que ello puede provocar un incendio, pero a la vez confiando en que la colilla no caerá encima de un follaje inflamable y que, en definitiva nada malo sucederá, pero sin embargo, lo malo ocurre y la colilla termina provocando un incendio?

En contra de las posturas propuestas, por Schöder-Schmidhauser, Stratenwerth, sostiene que es totalmente falsa las alternativas propuestas por estos autores, según la cual el sujeto es consciente del peligro concreto en el momento del hecho o no lo es, y según ello llegado al caso se determinara si el autor actuó con dolo o con imprudencia respectivamente.

Stratenwerth, considera que es totalmente posible que una persona sea totalmente consciente de un riesgo concreto y no obstante, al mismo tiempo asuma una actitud interna que impida una imputación a título de dolo.

Para este autor lo que realmente sucede es que el sujeto que arroja la colilla de un cigarrillo encendido al bosque, no toma en serio el peligro de que se provoque un incendio.

Que el sujeto se tome en serio el peligro que ha previsto, no es otra cosa, que una actitud interna que se le debe presentar al sujeto para poder imputarle dolo, por lo tanto si el autor no toma en serio el peligro previsto por el, aunque sea por motivos irracionales, actúa a lo sumo con imprudencia.

Una crítica muy fuerte a esta postura, es dada por Herzberg, quien valiéndose de un ejemplo dado por Roxin, lo critica duramente. El ejemplo es el siguiente: un maestro permite a uno de sus alumnos que está bajo su cuidado en una excursión, que tome un baño en las aguas de un río que es muy peligroso, haciendo caso omiso de un cartel que prohibía bañarse en ese lugar. Los partidarios de la teoría de tomarse en serio el peligro sostendrían que, en un caso

como este, por mas que el maestro haya tenido conciencia sobre la posibilidad del peligro, si el niño muere ahogado no corresponde imputarle a titulo de dolo por dicho resultado, ya que lo cierto es que el maestro no se tomo en serio ese peligro

Sin embargo, Herzberg, plantea lo siguiente ¿que sucede si el maestro se toma muy enserio ese peligro y luego de una ponderación meditada sobre el riesgo existente, decide permitir al alumno bañarse en el río, el cual, según su ponderación, termina no pareciéndole tan peligroso y el niño se introduce al río y muere ahogado? ¿Debe imputársele al maestro homicidio doloso porque el se tomo es serio dicho peligro? O ¿tiene que hacerse creer que el maestro debió ser más descuidado y realmente no tomarse en serio dicho resultado y así de ese modo tener el castigo mas leve a titulo de imprudencia?

Por supuesto que la respuesta de Herzberg es absolutamente negativa, ya que, en este caso no es que el autor no se tomo en serio el peligro, sino que, por su escrupulosidad, detecta que el peligro en si no es serio. Es decir, el criterio fundamental para distinguir el dolo de la imprudencia estaría en las características objetivas de peligro reconocidas por el autor y no en la actitud interna que este asuma.

Pero frente a esta hipótesis, deberíamos plantearnos cuatro interrogantes

- 1) ¿Que sucede si hay diferencias entre la entidad real de peligro y la valoración que realiza el sujeto sobre el mismo?
- 2) ¿Cuáles son los criterios que establece objetivamente cual es la entidad real de peligro?
- 3) ¿hasta que punto debe tenerse en cuenta la explicación del autor acerca del porque de su juicio?
- 4) ¿todo caso de error de hecho evitable constituye necesariamente un hecho de imprudencia?

Estos interrogantes, de acuerdo a nuestra forma de ver, son relevantes para lograr una distinción entre dolo e imprudencia, sin embargo no son tratados ni respondidos satisfactoriamente por la teoría de tomar enserio el peligro propuesta por Stratenwerth, como tampoco por la tesis propuesta por Herzberg que será analizada mas adelante

Esto pone en manifiesto que hay dos problemas relevantes y que ambos deben ser tenidos en cuenta para una adecuada distinción entre el dolo y la imprudencia, por un lado las características objetivas de peligro y por el otro lo que concluye subjetivamente el autor acerca de ese peligro.

La teoría de tomar en serio el peligro atiende solamente al último problema, siendo este su mayor déficit, mientras que las teorías de los objetivistas, como lo es la teoría de Herzberg, atiende, unilateralmente al primero de los problemas, y ello crea también, ciertas dificultades.

Tesis de Frisch: este autor comienza su famosa monografía "Vorsatz und Risiko" que significa dolo y riesgo, aparecida en el año 1983, es el intento de dotar a la dogmática de nuevos fundamentos para distinguir el dolo de la imprudencia.

La tesis de Frisch, principal exponente de esta postura³⁵, puede sintetizarse de la siguiente manera.

Los principales objetivos de su investigación son lograr que queden esclarecidas dos cuestiones que considera fundamentales, a saber son las siguientes:

Primero: lo referente al substrato psíquico del dolo.

Segundo: el objeto de ese substrato psíquico.

Todo lo cual debe ser establecido conforme a un método teleológico o funcional, que tome como punto de partida aquello que ha de considerarse la razón del castigo doloso.

En cuanto a la primera cuestión (respecto del substrato psíquico): Frisch da por sobreentendido que es correcta la interpretación según la cual, el hecho que la ley establezca que quien no conoce alguna circunstancia del tipo penal, actúa sin dolo, por lo que debe considerarse que dolo es actuar conociendo esas circunstancias típicas. Este autor, por lo tanto, identifica directamente dolo con conocimiento.

Coherentemente con esto plantea, que la voluntad no juega un papel importante como substrato psíquico, solo el conocimiento es relevante, esa relevancia del conocimiento es la que permite, por un lado negar toda razón de ser a la categoría de dolo eventual, elaborando simplemente, un concepto de dolo; y por otro lado establecer con precisión la línea divisoria entre dolo e imprudencia.

En cuanto a la segunda cuestión (objeto del dolo) considera que la concepción tan arraigada según la cual el objeto del dolo es la realización del tipo objetivo o del resultado, es

³⁵ En una línea similar se enmarca la teoría de Herzberg, que distingue entre "peligro asegurado" y "peligro no asegurado"

completamente errónea, ya que el objeto del dolo no es la realización del tipo objetivo, sino un comportamiento caracterizado por constituir una clase de riesgo.

En conclusión, la conducta que permite llegar a la identificación del dolo, es aquella que posee una gran dimensión, un rasgo característico de disvalor.

Si bien, la estructura básica del tipo subjetivo, tanto en el dolo como en la imprudencia, contiene una conducta, la diferencia estriba en que, quien actúa dolosamente conoce la dimensión de su conducta, es decir, sabe que su conducta es apropiada para producir un resultado dañoso.

Como se observa, hasta ahora parece ser una propuesta muy seductora, la tesis de Frish, sin embargo cae en una contradicción que muchos critican, ya que termina exigiendo una forma especial de conocimiento para reafirmar la existencia del dolo.

Ratificando, que para que se dé el dolo se requiere, por parte del autor del hecho, un conocimiento determinado, es decir, enjuiciar su propia conducta como un riesgo concreto de peligro para el bien jurídico protegido.

La contradicción salta a simple vista, ya que, si lo que va a decidir la cuestión es el conocimiento de un riesgo de determinadas características, es obvio que lo único decisivo, es este aspecto objetivo, siendo innecesaria la exigencia de una clase de conocimientos y mucho menos cuando ese conocimiento esta dado por las características del objeto a conocer.

Frisch, se ve obligado al concluir su postulado sosteniendo que hace falta una forma especial de conocimiento para que pueda hablarse de dolo y de esa manera poder identificar cada una de las formas de culpabilidad, ya que por intermedio de esta forma específica de conocimiento se establece por donde pasa el límite entre el dolo y la imprudencia.

Así, si el autor del hecho percibió las circunstancias fácticas conformadas de un riesgo concreto, relevante para la norma, y en base a esto toma una postura personal, como negar el peligro o confiar que nada pasará, queda excluido el dolo, ya que quien confía, no se decide en realidad contra el bien jurídico protegido, que es lo que precisamente caracteriza el dolo.

En realidad la tesis de Frisch no aporta nada nuevo ya que ese elemento al que el alude de "confiar", como elemento distintivo que permite diferenciar entre el dolo y la imprudencia es prácticamente similar a lo que vienen tratando las demás teorías.

Lo único diferente, es que Frisch a ese elemento emocional lo ubica en el ámbito cognitivo y no volitivo.

La Tesis de Herzberg: El renacimiento de la teoría de la probabilidad:

Probablemente, esta sea una de las tesis más originales que se han suscitado en el período actual, Herzberg es señalado como el autor que ha llevado a cabo el intento mas serio para llegar a una correcta delimitación entre dolo e imprudencia, ya a nivel de tipo objetivo³⁶.

En términos generales, la tesis propuesta por Herzberg sustenta que, siendo improbable la realización del peligro, la conducta no puede ser calificada como dolosa, cualquiera haya sido la intención del autor, independientemente de que el riesgo creado sea permitido o no permitido.

Herzberg tras haber criticado a todas las teorías anteriormente expuestas, llega a una conclusión intermedia considerando que es evidente que, para el concepto del dolo, toda exigencia de una actitud emocional por parte del autor resulta “innecesaria”, reconociendo que el dolo esta limitado al conocimiento.

Ahora bien ¿al conocimiento de qué? Y es aquí en donde comienza el verdadero aporte por parte del autor.

En este punto es donde Herzberg, manifiesta la desilusión respecto a Frisch, ya que según Herzberg la contribución mas interesante realizada por Frisch a la dogmática del dolo consiste en su énfasis inicial respecto a que la solución debe buscarse en el objeto a conocer y no en ese conocimiento especial que conoce, énfasis que como se vio anteriormente, Frisch termina abandonando, proponiendo un criterio limitativo basado en la forma del conocimiento y no en las características del objeto a conocer.

Herzberg, por el contrario considera que hay que retomar aquel originario punto de partida propuesto por Frisch y centrarse en el objeto del conocimiento, que es básicamente el peligro creado por la conducta del autor; esto es lo que demostrará que la diferencia esencial entre dolo e imprudencia queda establecida en el plano objetivo.

Su propuesta se centra en la distinción que el denomina “peligro cubierto o asegurado”, “peligro no cubierto o no asegurado” y el “peligro no cubierto o no asegurado, pero remoto”.

³⁶ Como lo indica el titulo de su trabajo principal, publicado en 198, llamado “la delimitación entre dolo e imprudencia consciente. un problema de tipo objetivo.

“Peligro cubierto o asegurado”:

Para comenzar con este primer postulado, el autor da un caso –tipo–, que ayudará a comprender mejor su posición, es el siguiente:

El capataz de una obra, en construcción, ordena a uno de sus empleados el cumplimiento de una tarea en un andamio al que le falta la correspondiente protección para las caídas obligatorias según la legislación. De esta manera el capataz pone al empleado en un riesgo no permitido de caída mortal, en caso de que ocurra la caída del empleado, ¿el capataz merece una imputación dolosa o imprudente?.

Ahora bien, veremos como actúa esto del riesgo asegurado o cubierto propuesto por el autor:

Cuando el capataz da la orden de cumplir cierta actividad en un andamio que no tiene la protección correspondiente, resulta evidente que el peligro creado “todavía se encuentra conjurado, ya que el empleado puede percibir ese peligro y compensar exitosamente la falta de protección técnica mediante un cuidado mayor”, esa mayor precaución por parte de la víctima potencial constituye una reserva de protección muy eficiente, respecto del peligro creado.

Por supuesto, que el capataz de la obra crea, sin duda alguna un riesgo no permitido; desde la óptica del derecho ese riesgo ya es intolerable y por lo tanto merece alguna clase de imputación.

Pero esa consideración jurídica no cambia en absoluto el hecho de que, desde el punto de vista estrictamente fáctico, ese peligro está cubierto o asegurado de una manera eficaz, como lo muestran de hecho las estadísticas, las cuales señalan que el número de accidentes producidos en virtud de la falta de protección suficiente en los andamios es minúsculo.

Por lo tanto en los casos de peligro cubierto o asegurado, la imputación al autor por el riesgo prohibido creado, no podrá ir mas allá de la imprudencia. Ya que frente a un peligro asegurado o cubierto no existe la posibilidad de hablar de la existencia del dolo, aun cuando el autor haya tenido la mala intención de producir el resultado lesivo.

“Peligro no cubierto o no asegurado”:

También para entender, que quiere decir Herzberg, al referirse con peligro no cubierto o no asegurado, comenzaremos con un caso –tipo– para una mayor comprensión.

El caso es el siguiente: dos amigos juegan a la ruleta rusa, con revólveres a tambor, de la siguiente manera, cada uno apoya en la sien del otro su revólver y ambos aprietan el gatillo simultáneamente. Si uno de ellos muere ¿el otro actúa dolosa o imprudentemente?.

En este caso, el autor muestra con total claridad, como tras de infringir las barreras del riesgo permitido por la ley, en cuanto los sujetos deben gatillar los revólveres simultáneamente, no existe ninguna posibilidad de que el cuidado o la atención humana puedan ofrecer reserva de protección fáctica alguna. Por lo tanto se trata de supuestos en donde el peligro esta descubierto o no asegurado.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en el párrafo anterior, el autor concluye que ante los casos de riesgo no cubiertos o no asegurados lo que queda completamente excluido es la imputación por imprudencia. Así como respecto del peligro cubierto o asegurado no existe la posibilidad de la existencia del dolo, aun existiendo una mala intención por parte del autor, en los casos de peligro no asegurado o descubiertos, tampoco existe la posibilidad de hablar de imprudencia, aun cuando el sujeto tenga confianza en que tendrá un desenlace airoso y feliz.

Herzberg, reconoce, que estos ejemplos nos permiten diferenciar claramente cuando estamos frente a un peligro cubierto y cuando no, sin embargo, puede suceder que en la práctica tal distinción no sea tan clara e incluso pueden existir caso de penumbra, sin embargo, Herzberg, hace frente a estas posibles críticas de antemano y les contesta diciendo que en la ciencia jurídica la inexistencia de zonas grises es absolutamente impensables, advirtiendo además a sus posibles críticos, que antes que nada deberían pensar ellos como se comporta su propio criterio delimitador frente a esos casos de penumbra.

“Peligro no cubierto o no asegurado pero remoto”:

Como ejemplo para ilustrar este tercer grupo, el autor da el siguiente caso: un sujeto quiere deshacerse en altas horas de la noche de un objeto que es bastante pesado y para lograr ese objetivo, lo arroja por la ventana de su casa, cayendo dicho objeto en la cabeza de un transeúnte, ocasionándole la muerte, es evidente que tras de ser arrojado el objeto, ninguna atención o precaución humana, pudo proteger o asegurar ese peligro, pero no es menos evidente que resultara extraordinariamente improbable, que a esa hora de la noche, en el

momento en que el autor decide arrojar el objeto, justo pase por debajo de su ventana una persona. Se trata pues de un peligro descubierto o no asegurado, pero remoto.

Herzberg, sostiene que la solución no pasa, como lo propone Frisch, por indagar si el autor a pesar de haberse representado el peligro, lo rechazó internamente diciéndose así mismo "por favor que esto no ocurra".

Para Herzberg, si se sigue la lógica planteada por él, todo lo que habría que preguntarse es si "el desistimiento por el autor del peligro, tal como se le presenta al intelecto del autor que lo reconoce, hace aparecer a la producción del resultado como extraordinariamente improbable o como "un desafortunado accidente", si es así corresponde tratar estos casos como en el primer caso planteado, es decir que no existe la posibilidad de hablar del dolo, solo cabría una imputación imprudente.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto se puede concluir, que la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente son cuestiones del tipo objetivo, en donde no se trata de que el autor haya tomado en serio o no el peligro, sino que haya reconocido un peligro que debió ser tomado en serio.

Capítulo V

Como se anticipó en el capítulo III Jakobs Günther e Ingeborg Puppe, han insinuado una reapertura de carácter sustancial en cuanto a la delimitación entre dolo e imprudencia, por tal motivo es que se ha decidido tratar a estos autores en un capítulo separado, ya que el aporte que ellos han realizado ha sido realmente original e interesante.

Se dará comienzo a esta exposición con la teoría de Ingeborg Puppe: ella sostiene que tanto las teorías de la voluntad (que posteriormente fueron conocidas como la teorías del consentimiento y la aprobación) como la teorías de la representación caen en un mismo error, ya que ambas se impulsan partiendo de cómo el autor del hecho elabora psíquicamente la resolución aparente de un conflicto, entre sus objetivos y la integridad de un bien jurídicamente protegido.

Sin embargo eso es un asunto que hace al fuero interno del individuo y por lo tanto no le concierne al derecho, en realidad lo decisivo no pasa por si el autor de hecho ha consentido o no la puesta en peligro, o la lesión del bien jurídico protegido, sino si su comportamiento, interpretado como el de un ser racional, constituye la exteriorización de dicho consentimiento.

Considera que su concepción significa un cambio de paradigma, es decir, se pasa de la situación fáctico-psicológica del autor al valor expresivo de su comportamiento dentro de un proceso de comunicación entre seres racionales orientados conforme a máximas de conducta.

Ingeborg Puppe, afirma que “esa interpretación normativa del comportamiento del autor como exteriorización de sus máximas de conducta, directamente contrarias a las normas jurídicas, constituye el parámetro para una correcta diferenciación, entre el dolo eventual y la culpa consciente, este es el concepto normativo del dolo común válido para todas las formas de dolo por igual.

Puppe, en coincidencia con Herzberg, enfatiza que hay ciertas clases de peligro que por su calidad permiten que no sólo el autor del hecho, sino cualquier persona racional, en caso de conocer tales peligros, puedan confiar válidamente en su no realización.

En otras palabras Puppe sostiene que el criterio diferenciador entre el dolo y la imprudencia, es la cualidad prototípicamente lesiva de un proceso frente al cual toda persona, orientada de acuerdo a parámetros racionales y válidos para la generalidad, siempre que realice

u omite -la acción prohibida o mandada- estará comunicando una toma de posición respecto al resultado que solo puede ser interpretada como una aceptación.

Por eso es que, según esta autora, también en el ámbito del dolo, tal como ocurre respecto de la imprudencia y de la violación del deber de cuidado, debe orientarse la determinación del peligro que lo caracteriza conforme a parámetros de hombre medio o del autor que actúa racionalmente, es decir, si el comportamiento del autor, conforme a parámetros racionales, describe el empleo de una estrategia idónea para la realización del resultado típico.

Ahora bien, esta autora de gran peso, deja sentada una aclaración que es fundamental para comprender bien su pensamiento: resalta que no pretende imputar al autor el conocimiento en sí del peligro de lesión, sino que, ese conocimiento es un presupuesto fáctico-psicológico del dolo. Solo la calidad prototípica del peligro se decide según puntos objetivos, es decir que Puppe solo exige que el autor reconozca efectivamente las circunstancias fácticas que lo rodean para fundamentar el peligro, pero el juicio sobre ese peligro, es decir si se trata de un peligro de dolo o imprudencia, es un juicio objetivo que le corresponde ser emitido por el derecho, no por el autor del hecho.

En síntesis, lo que propugna Puppe es que, solo cabe afirmar el dolo "si la puesta en peligro objetiva -subjetivamente reconocida por el autor- es de tal envergadura que el comportamiento peligroso se presenta, desde un punto de vista objetivo, como medio idóneo para lograr el fin contrario a la norma.

Esta autora, tiene como base de su pensamiento a la segunda tesis de probabilidad del período clásico, analizada en el capítulo III de este trabajo.

Sobre todo en los pensamientos desarrollados por Klee, quien habla de un peligro que fundamenta el dolo, mientras Puppe se refiere al peligro de dolo.

Klee, es un autor que pertenece al período clásico, más precisamente a la teoría de la probabilidad, quien sostiene que, si el autor se representa el resultado típico como posible, existirá dolo en tanto esa posibilidad, vista objetivamente, constituya un peligro tal que fundamente la existencia del dolo. En tal sentido, lo que vale es un parámetro objetivo y no un juicio subjetivo del autor, como puede observarse, este autor hace referencia al peligro que fundamenta el dolo, mientras Puppe habla de un peligro de dolo, es decir que entre estos no hay diferencia alguna.

Jakobs Günther: la corriente de Jakobs, puede ser clasificada como sistémica, esta corriente tiene particular interés por la importancia que adquirió dentro del ámbito del derecho penal, como fundamento sociológico de lo ilícito, de los bienes jurídicos, etc.

Esta corriente es conocida dentro del derecho como funcionalismo sistémico, teniendo como principal referente a Niklas Luhmann, quien entiende al orden jurídico como estructura del sistema social, que sirve para la generalización de expectativas del comportamiento, considerando al derecho penal como una herramienta para mantener la estabilidad social.³⁷

Para Jakobs, el derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual sino la sociedad.

La sociedad no es entendida como la asociación de un conjunto de individuos, sino que conforma sistema social autónomo constituido por un complejo entramado de relaciones comunicativas, que conforman la estructura organizativa del sistema. La sociedad, como sistema de comunicaciones no está constituido entonces por realidades pertenecientes a la naturaleza, sino por comunicaciones, por normas.

La conformidad y consistencia del sistema social, se genera gracias a que cada miembro de la sociedad cumple una función o un rol determinado, el cumplimiento de esos roles es lo que verdaderamente posibilita a la sociedad a mantener su estructura como tal, ya que, ser persona significa tener que jugar un "rol"; por roles sociales hay que entenderse como las haces de expectativas, vinculadas en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones. En palabras de Jakobs ser persona significa: " tener que representar un papel". Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de subjetividad, sino que es la representación de una convivencia socialmente comprensible.

Como sostiene Jakobs: "el daño propio de los delitos no es que se destruyan o pongan en peligro bienes jurídicos, sino que el daño propio de las infracciones penales en términos comunicativos, es decir, en el sentido que lo grave o dañoso en los delitos es aquello que el autor expresa mediante su conducta y ante un hecho contrario a las normas, lo que el autor

³⁷ Luhmann; publicó en 1974 un libro titulado "sistema jurídico y dogmática jurídica", que estableció los lineamientos seguidos posteriormente por Jakobs.

realmente esta comunicando es la negación del bien jurídico y el valor de la norma que protege ese interés.

Es decir, Jakobs siguiendo al famoso sociólogo alemán Niklas Luhmann, le da a la conducta del autor una finalidad comunicativa, a toda la sociedad.

Jakobs considera que la imposición de la pena es un medio comunicativo en el cual se le comunica, tanto al autor del hecho como a toda la sociedad, que el valor de la norma que el sujeto negó con su conducta, es reafirmado ante la imposición de la pena al sujeto autor del hecho, como puede verse, también la pena tiene una finalidad comunicativa.

De acuerdo a las perspectivas de Jakobs, considera que los sujetos en sociedad se mueven en el ámbito de expectativas, estas expectativas implican esperar el comportamiento del otro de acuerdo a las circunstancias. Acorde a este marco conceptual, señala Jakobs:

“Debe entenderse que los estándares objetivos del comportamiento (el rol) devienen definidos o determinados por la sociedad, la administración es realizada por sujetos particulares en cada situación. En este orden de ideas, para acceder al ámbito interno o subjetivo del actor, el comportamiento tiene que ser objetivamente defectuoso, esto es, debe defraudar las expectativas del rol objetivamente construido según el estándar social.

Las exigencias debidas, conforme a la formulación, se adscriben estrictamente a lo exigido al portador del estándar del rol, de este modo debe decirse que conocimiento y rol se vinculan por el deber de mantener determinados estándares.

También Jakobs, hace mención a los riesgos permitidos como a los riesgos que exceden ese permiso. Esos riesgos permitidos son los que socialmente son aceptados por toda la comunidad, cuando el autor se desvía de su rol, transforma la organización normativa de las estructuras funcionales del sistema social y, crea un “complejo relevante de condiciones” o lo se denomina riesgo no permitido. Por lo que Jakobs considera que en ese momento estamos menospreciando la norma que protege un interés determinado.

Para este autor no existe imprudencia consciente, solo podemos hablar de una imprudencia inconsciente que se da en el ámbito de los riesgos permitidos por una sociedad.

Capítulo VI

Análisis jurisprudencial

Caso: "Cabello, Sebastián S/ recurso de casación"

Fecha: A los 2 días del mes de septiembre del año dos mil cinco.

Tribunal: Cámara Nacional de Casación Penal. Sala III

Hechos: En la madrugada del 30 de agosto de 1999, Cabello -quien por entonces tenía 19 años de edad- circulaba a alta velocidad con su Honda Civic por la avenida Cantilo, en el barrio porteño de Núñez, cuando embistió por detrás al Renault 6 en el que viajaban una mujer, de 38 años de edad, y su hija de tres, quienes murieron carbonizadas.

Sentencia: El tribunal Oral en lo criminal N° 30 de la ciudad de Buenos Aires, resolvió condenar a Sebastián Cabello, penalmente responsable del delito de doble homicidio simple cometido con dolo eventual, a la pena de doce (12) años de prisión de efectivo cumplimiento, e inhabilitación absoluta por igual tiempo de la condena e inhabilitación especial para conducir automotores por el tiempo máximo previsto en la ley de fondo, procediendo a la inmediata detención de Sebastián Cabello.

Argumentos: Para los jueces que dictaron sentencia, Cabello corría una "picada", tras el accidente manifestó una conducta desaprensiva -"no prestó auxilio"- para con las víctimas y tampoco mostró un arrepentimiento "sincero" por el daño causado, además, afirmó que Cabello debió representarse el resultado de muerte y aún así actuó, por su personalidad, ya que conducía inmerso en el estado de egocentrismo de vida, indiferencia hacia los otros y el valor a la vida.

Recurso de casación: La defensa de Sebastián Cabello, el joven que mató a una mujer y su hijita cuando corría una "picada" por el barrio de Núñez en agosto de 1999, pidió ante la Cámara

Nacional de Casación Penal que se anule el fallo por el que su cliente fue condenado a 12 años de prisión.

En un escrito en el que fundamentaron el recurso contra el fallo del TOC 30, los defensores de Cabello, Alejandro Novak y Eugenio Blanco, sostuvieron que tanto la resolución por la que se elevó el caso a juicio oral como la sentencia tienen "vicios" procesales cuya consecuencia legal debe ser la anulación de la condena.

Para los letrados, el tribunal les impidió producir pruebas que hubieran favorecido al procesado, al tiempo que consideraron que los términos de la resolución responden a subjetividades de los jueces del tribunal 30, René Penelas, Silvia Mora y Oscar Garzón Funes.

Descargo: La defensa, calificó al fallo como "arbitrario", explicó que Cabello no prestó inmediato auxilio a las víctimas porque sufrió una "conmoción cerebral" y aseguró que la velocidad de 137,65 kilómetros por hora de circulación manifestada en el debate no fue la del impacto, sino la que llevaba el automóvil del joven cuando comenzó a frenar antes de la colisión. Como también sostiene, que Sebastián Cabello carece de una personalidad violenta o agresiva según lo demuestran las pericias psiquiátricas y que el egocentrismo afirmado por el tribunal a quo, se debe solo a la inmadurez propia de Sebastián Cabellos.

Novak y Blanco pretenden que los camaristas de Casación Eduardo Riggi, Guillermo Tragant y Ángela Ledesma dejen sin efecto la sentencia del tribunal oral y dicten otra.

Por su parte, los querellantes en la causa, el padre y esposo de las víctimas, Sergio Rosales, y la madre y abuela de las fallecidas, Sara González Carman, reclamaron a la Sala III de la Cámara que rechace el recurso de casación promovido por la defensa.

El abogado Marcelo Parrilli, representante de la querrela, consideró que las cuestiones planteadas por la defensa de Cabello "fueron debidamente debatidas y analizadas durante el juicio oral" que concluyó con la condena y consideró que las quejas de la defensa "constituyen una mera discrepancia" con el criterio del TOC 30.

Sentencia del tribunal de casación: finalmente, la cámara de casación resuelve:

Hacer lugar parcialmente al recurso de casación, calificando definitivamente el hecho como constitutivo de delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas, y en consecuencia condenar a Sebastián Cabello, a la pena de 3 años de prisión, inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el término de diez años.

Argumentos: si bien es innegable la dolorosa consecuencia de la acción investigada, la gravedad del resultado y la repercusión social del suceso; no es adecuado el razonamiento del tribunal a quo, en concluir en que ha sido producto de la voluntad de quien manejaba el automóvil, poner fin a la vida de las víctimas con desprecio por la vida de los demás.

El imputado si bien, en este episodio, actuó con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando de un rodado, se descarta completamente, que haya habido de su parte intención de dañarse a sí mismo y a terceros.

Es que no se advierte en que elemento acreditativo han fincado los jueces su convencimiento acerca de que Cabello al conducir su automóvil de la manera en que lo hiciera, había previamente conocido y aceptado que iba a embestir a otro rodado, provocando la muerte a seres humanos.

Afirmando que en los homicidios dolosos se requiere que el autor se represente la realización del tipo como posible o que considere seriamente como posible, la realización del tipo legal y se conforme con ella. Cuestión que no ha sido despejada claramente por tribunal a quo, para descartar la imprudencia.

Según mi opinión, este es un claro ejemplo, del análisis llevado a cabo por los jueces para afirmar o negar las conductas dolosas o imprudentes llevadas a cabo por el autor del hecho.

Como se puede observar ambas resoluciones, toman como punto de partida la posibilidad del autor en representarse la consecuencia lesiva o no, haciendo un análisis de lo que transcurre en el ámbito interno del sujeto.

Por tal motivo considero que recurrir al sentido social como criterio para determinar cuando una conducta ha sido realizada de un modo doloso parece ser bastante sugerente tanto para el ámbito procesal, como para toda la comunidad.

Se expondrá las ventajas que ofrece la utilización de este criterio para la esfera procesal.

Se sabe que una sentencia se percibe como justa cuando puede ser comprendida por toda la sociedad, de hecho toda sentencia debe contar con una motivación, siendo éste el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional, dicho en otras palabras, la fundamentación es la decisión tomada por el juez en la causa, demostrando a los miembros de la sociedad que las decisiones tomadas por los jueces, no han sido arbitrarias e irracionales.

Si se lograra aplicar el criterio de sentido social, se podría afirmar que una decisión es arbitraria o irracional cuando dicha decisión, sobre el conocimiento ajeno no corresponda con los criterios sociales adoptados por la sociedad.

El recurso al sentido social implicaría que todas las consideraciones de una conducta dolosa ya no dependa de ciertos criterios psíquicos, sino que dependa de las características externas y perceptibles que valoradas socialmente demuestren una clara negación conciente de la norma penal.

(Por ejemplo en el caso Cabello, el recurrente cuestiona la afirmación del aquo en que Cabello se represento el resultado de muerte e igual actuó, ya que conducía inmerso en una indiferencia por su propia vida y por la de los demás).

El recurrente sostiene que tal aseveración no es cierta ya que del informe psiquiátrico puede extraerse que Sebastián Cabello no tiene una personalidad violenta. (Criterio aceptado por el tribunal de casación y que su comportamiento se debe a su propia inmadurez)

El conocimiento del juez no debe estar sometido a apreciaciones subjetivas, sino que debe ser tal que los hechos y pruebas sometidas a su conocimiento, se propusiesen a juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano racional, debería producir también a este las mismas convicciones que produjeron en el juez, este requisito es la que se denomina "carácter social de conocimiento".

Por lo tanto como miembro de la sociedad, ya no van a interpretarse las conductas humanas recurriendo a un criterio individual, sino que se realizara acorde al sentido social del cual se desprende.

Retomando las ideas vertidas por Jakcobs, se puede observar claramente que Sebastián Cabello, al ingresar al campo de un riesgo no permitido, ni tolerado por la sociedad se desvió del rol de un buen conductor y defraudó las expectativas de los demás miembros de la sociedad, al exceder el máximo de la velocidad permitida, demostrando un verdadero desprecio al valor de la

vida de los demás con dicho actuar; además analizando objetivamente las circunstancias fácticas que rodean al hecho, esto es, circular a una gran velocidad, a altas horas de la noche, en el barrio porteño de Núñez, sería ilógico pensar que cualquier conductor pudiese salir airoso de ese suceso.

Aplicando un criterio social para la calificación de las conductas, brindaría a nuestro sistema, grandes ventajas, por ejemplo:

- ✓ Conseguir a largo plazo, criterios para determinar la existencia del dolo, que se vayan adaptando a la evolución de la misma sociedad, garantizando de este modo una efectiva aplicación del derecho.
- ✓ Se lograra que el derecho penal este constantemente ligado a los contenidos comunicativos de la sociedad, de tal manera que el derecho jamás será considerado como un mecanismo inútil e ineficaz.
- ✓ La dirección del derecho penal será dada por la misma sociedad, ya que el derecho penal no puede juzgar con criterios que para la sociedad sean anómalos, generando efectos contraproducentes.
- ✓ Nadie podrá reprochar lo que desde un punto de vista social sea inequívoco que alguien ha conocido algo.
- ✓ Este criterio social también permitirá ingresar el principio in dubio pro reo, es decir, cuando ciertas conductas, según la óptica social dejen margen de error para la duda, allí entrara en juego dicho principio, el cual no solo se ve vinculado con el juez de la causa, si no que todos como miembros de la sociedad tenemos dudas sobre la conciencia de la actitud lesiva del autor del hecho.

Conclusión: existe dolo cuando a partir del sentido social de un hecho y de la circunstancia que lo acompaña puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico, atribuyéndole la concreta capacidad de la realización del tipo.

Conclusiones

Como puede observarse ambas posturas (analizadas en el Cap. V), no sólo han insinuado una reapertura de la discusión de carácter sustancial en cuanto a la delimitación entre dolo e imprudencia, sino que también han aportado criterios de gran interés con respecto al tema objeto de este trabajo.

El objeto de estudio de este trabajo final es formulado como pregunta para ser contestada luego de un profundo análisis sobre las distintas posturas para delimitar el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente). La pregunta realizada es la siguiente:

¿La muerte de una persona en una colisión o atropello por un conductor alcoholizado, es un homicidio imprudente o doloso?

Después de haberse estudiado cada una de las posturas, situándose bastante tiempo atrás hasta llegar a las modernas concepciones con respecto a este tema, se puede concluir que los aportes más interesantes han sido realizados por Puppe y Jakobs.

Tomando como base fundamental los postulados de cada uno de estos autores se puede llegar a una resolución bastante acertada, acorde a la triste realidad que hoy estamos viviendo, es decir el gran consumo de alcohol en los jóvenes por un lado y la triste consternación de aquellos que pierden un familiar a causa de un atropello llevado a cabo por un conductor alcoholizado.

Se da comienzo a la exposición de mi propia conclusión:

Comenzaré proponiendo un cambio de paradigma, pasar de la situación fáctica psicológica al valor expresivo del comportamiento del sujeto dentro de un proceso de comunicación entre seres racionales, que se orientan conforme a máximas de conducta establecidas por una sociedad, entendiéndolo de esta manera que el elemento volitivo del dolo perdería toda importancia, esto significa dejar de lado el tan tradicional concepto del dolo como un "saber y querer".

Para dejar de lado esta definición, parto de lo que predica nuestra Constitución Nacional en su Art. 19, el cual reza: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas a las autoridades de los magistrados".

Básicamente la doctrina mayoritaria identifica al dolo como un "saber y un querer" sin embargo este elemento volitivo, que forma parte del dolo (tratado por las teorías del consentimiento y de la representación) proponen un análisis partiendo de la psiquis del autor del hecho, es decir, si el autor pudo o no representarse la consecuencia lesiva, si la consintió o la aprobó internamente, etc. Por lo que la decisión del juez dependerá de las interpretaciones que haga respecto a la mente y a la intención del autor. Entonces es aquí en donde se formula la siguiente pregunta: ¿esos pensamientos pueden ser leídos o interpretados? o lo que es distinto ¿puede probarse en el ámbito procesal todo lo que pasa en el terreno interno de un sujeto? Teniendo en cuenta que todo lo que pase por el fuero interno del sujeto esta fuera del alcance del derecho.

La subjetividad del ser humano solo es accesible a través de sus manifestaciones, es decir, objetivizaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones

Partiendo de un análisis de lo externo hacia lo interno y no a la inversa como se ha venido haciendo hasta el momento, considero que es conveniente eliminar el elemento volitivo, para la identificación del dolo y considerar que queda absolutamente descartada la clasificación de imprudencia consciente, en otras palabras es insostenible mantener tal clasificación.

Como se adelantó, también es de gran dificultad probar en el ámbito procesal todo lo que pasa por el terreno interno del individuo para fundamentar la existencia del dolo, por lo que, considero que sería de gran importancia partir de un criterio social, es decir, de lo externo hacia lo interno, para llegar a la conclusión si un sujeto tuvo o no los conocimientos necesarios para afirmar la presencia del dolo.

Este criterio, tiene como principal atractivo que sus bases fundamentales reposan en un contenido puramente comunicativo.

Este criterio comunicativo parte de los razonamientos aportados por Jakobs, quien sostiene:

- ❖ Es a la persona a quien se le asigna un rol respetuoso del derecho, dentro de un contexto social.
- ❖ Delito: es la falta de fidelidad a la norma, quebrantamiento de la vigencia de la norma, comunicación defectuosa, al apartarse del rol verdadero existe una perturbación social.

- ❖ Norma: es una expectativa social institucionalizada.
- ❖ Pena: restablecer la confianza en la norma.
- ❖ Sociedad: es un sistema auto referencial de comunicaciones.
- ❖ Acción: es una toma de postura frente a la norma.

Partiendo de estas bases, recurrir al sentido social como criterio para determinar cuando una conducta ha sido realizada de un modo doloso o imprudente parece ser bastante seductora, tanto para el ámbito procesal, como para la sociedad en su totalidad, ya que los jueces considerarán una conducta llevada a cabo con conocimiento cuando así lo sea para toda la sociedad.

La utilización de este criterio implicaría una renuncia total a un criterio individual, ya que si todos los miembros de la sociedad pretendieran que sus conductas fueran valoradas según criterios individuales, sería impensable una vida en sociedad.

En base a esta afirmación habrá que preguntarse si tal renuncia sería aceptada por el estado cuando este haga uso de su acción punitiva, para responder a este interrogante basta con pensar en "la teoría de la imputación objetiva" la cual deja de lado cualquier apreciación individual.

Dicha teoría es de gran importancia para dar un mayor fundamento al análisis que se está llevando a cabo. Como bien dice Jakobs, *"el contenido de un rol queda determinado por los institutos de la imputación objetiva"*.

En principio debemos tener en cuenta que cada individuo como parte integrante de una sociedad cumple ciertas y determinadas funciones dentro de la misma, y correlativamente la sociedad tiene la expectativa del cumplimiento efectivo de ese rol.

Por eso quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a su propio riesgo también; e igualmente permanece en el rol de ciudadano fiel quien, por ejemplo en el tránsito vial confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto (principio de confianza).

La confirmación de roles sociales en haces de expectativas nos permiten confiar en que los demás habrán atendido al rol que los ocupa en su trato con nosotros, sin la necesidad de indagar en su actitudes internas.

Con las normas jurídicas se procede a una institucionalización de roles, estableciendo el conjunto de conductas al que esta obligado el portador de un rol y el respeto a esas obligaciones esta garantizado por la sanción.

Así Jakobs, siguiendo a su maestro Luhmann termina por afirmar, que el individuo asumido en su subjetividad ,no forma parte de la estructura del sistema social, ya que, la sociedad esta constituida por comunicaciones por normas; son las normas que conforman su rol social, su competencia comunicativa dentro del sistema.

Cuando el sujeto desvía su conducta, no cumpliendo con el rol esperado por la sociedad éste entra en un riesgo prohibido, no tolerado por la sociedad ni por las normas.

Esa conducta, por parte del autor, como bien dice Jakobs, debe entenderse con fines comunicativos, en donde el sujeto está significando que ciertos valores son irrelevantes para él.

En este campo del riesgo no permitido es donde deben analizarse las circunstancias fácticas que rodean dicha conducta, para determinar si el sujeto actuó con dolo o con imprudencia.

Para que este pensamiento sea entendido, se dará un ejemplo para concebir cuando el autor actúa con imprudencia o dolo.

Ejemplo:

Juan manejando su automóvil habiendo ingerido menos de un vaso de cerveza, está cumpliendo con las normas de determinación vial que permiten conducir con un dosaje de alcohol en la sangre de. 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre sin arriesgar problemas con la ley, cumpliendo además con lo establecido por las normas del tránsito vial.

En esta hipótesis la creación del riesgo es de carácter permitido, posteriormente atropella a un peatón ocasionándole la muerte, sin embargo en este ejemplo no se puede realizar juicio de reproche alguno a Juan, ya que él se desenvolvió en fiel cumplimiento del rol y en la expectativa de conducta social apropiada.

Distinto es el caso en el cual Juan ingiere más de lo permitido por la norma, en donde dicho comportamiento se desvía de su rol creando un complejo relevante de condiciones y entra en lo que se denomina un riesgo prohibido o no permitido por la sociedad y por las normas.

Una vez situados en el campo de lo no permitido, debe analizarse de acuerdo a parámetros objetivos la entidad de tal riesgo, tal es así, que si de acuerdo a las circunstancias

fácticas que rodeaban dicha conducta, cualquier persona racional como integrante de la sociedad puede advertir que ese riesgo era idóneo para ocasionar consecuencias lesivas a los bienes jurídicamente protegidos.

Por lo tanto el juez ya no parte de una interpretación interna de las actitudes del sujeto, sino que realiza un juicio valorativo del comportamiento del autor del hecho partiendo de la base y/o tomando en cuenta las circunstancias fácticas concomitantes, por lo que en el caso concreto -objeto de este trabajo- se puede observar claramente que el conductor que se sube a un auto alcoholizado y posteriormente colisiona o atropella a una persona, trayendo como consecuencia un desenlace trágico, ha desviado su rol de buen conductor esperado por la sociedad y además analizando la circunstancias fácticas que lo rodean no puede esperar un desenlace airoso, demostrando claramente que el conductor del automotor actuó a título de dolo.

En conclusión: como respuesta a la pregunta inicialmente formulada, se puede deducir que el conductor ha demostrado un verdadero desinterés por el valor de la norma y lo que es peor un menosprecio al valor de la vida de los demás, con este análisis de carácter objetivo -de las circunstancias fácticas del peligro generado- nos permiten inferir que el conductor es merecedor de una imputación a título de dolo.

Bibliografía

Bacigalupo, E.: "Derecho Penal. Parte General".

Jakobs, G: "Imputación objetiva en Derecho Penal".

Jans, S.: "La complejidad de las comunicaciones en la postmodernidad". En *Rev. Occidente*.

Jiménez de Asua: "Lecciones de Derecho Penal".

Lascano, C. (h): "Lecciones del Derecho Penal. Parte General. Tomo I".

_____ : "Lecciones del Derecho Pena. Parte General. Tomo II".

Núñez, R.: "Manual de Derecho Penal. Parte General".

Roxin, C.: "Derecho Penal. Parte General".

Zaffaroni, E.: "Manual de Derecho Penal".

Carlos Parma: www.carlosparma.com.ar

Ramón Ragués I vallés: "El dolo y su prueba en el proceso penal"