



PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

El dolo eventual: su incorporación doctrinaria y jurisprudencial en perjuicio del imputado

Modalidad: Proyecto de Investigación Aplicada. (PIA)

Nombre: PABLO FEDERICO JAVEGA

Nº de Legajo: VABG2382

Carrera: ABOGACIA

Materia: SEMINARIO FINAL DE ABOGACÍA - CATEDRA - J EDH

Profesor: CLARISA CASTELLANOS

Resumen:

El dolo eventual: su incorporación doctrinaria y jurisprudencial en perjuicio del imputado.

El presente trabajo plantea la inconveniencia de la aplicación de la figura del dolo eventual en el derecho penal argentino. Como primera medida cuestiona que dicha figura es aplicada con el fin de dar una respuesta al clamor popular cuando se comete un hecho cuyo resultado lesivo es de tal magnitud que conmueve la opinión pública. A fin de delimitar la figura bajo análisis respecto de la de la culpa con representación, se desarrollan las principales corrientes doctrinarias que pretenden fijar un límite entre ambas, tomando como elemento diferenciador elementos subjetivos de difícil comprobación. Luego el presente trabajo pretende demostrar que frente al actual estado de las cosas (falta de recepción legislativa, ausencia de una doctrina pacífica y jurisprudencia uniforme, e imposibilidad de corroborar de manera indubitable a los elementos subjetivos que deben configurar la intención del sujeto activo), su aplicación resulta violatoria de las garantías constitucionales predispuestas por nuestro ordenamiento jurídico. Como alternativa al problema planteado, se sugiere la eliminación de la figura del dolo eventual y su reemplazo por una figura culposa agravada, como lo propone el anteproyecto del Código Penal Argentino del año 2014. Otra alternativa es la creación de una figura intermedia similar a la del Recklessness anglosajón, o en última instancia su simple asimilación a las figuras culposas, las cuales contemplan una menor sanción penal.

Palabras claves: *dolo eventual, garantías constitucionales, legalidad, culpa consciente, representación, probabilidad, consentimiento, voluntad, indicadores, Recklessness*

Abstract:

The potential fraud: its doctrinal incorporation and jurisprudence to the detriment of the accused

The current paper raises the inconvenience of the application of the potential fraud figure in Argentine criminal law. As a first measure, it questions that this figure is applied in

order to give a response to the popular clamor when a criminal offence is of such magnitude that moves public opinion. In order to delimit the figure under analysis with respect to guilt with representation, the main doctrinal currents seeking limits between both are developed, taking subjective difficult-to-prove elements as a differentiating item. Also, this written work aims at proving that, in face of the current state of affairs (lack of legislative reception, a peaceful doctrine and uniform jurisprudence, and inability of corroborating in an undoubted way the subjective elements that must shape the intention of the active subject), its application violates the constitutional guarantees provided by our legal system. As an alternative to the problem posed, it is suggested that the figure of potential fraud be removed and replaced by an aggravated negligent figure, as proposed in the preliminary draft of the Argentine Penal Code of 2014. Another option would be the creation of an intermediate figure similar to the common-law “Recklessness” figure, or ultimately, its simple assimilation to the negligent figures, which contemplate a minor criminal act.

Keywords: intention, negligence, fraud, *constitutional guarantees*, *recklessness*, *Legality*, *conscious negligrnce*, *representation*, *likelihood*, *consent*, *will*, *indicators*.

INDICE GENERAL

Introducción pág. 1

Capítulo 1 - Aproximación al Tema

1.1. Culpa y dolo: razones de su punibilidad diferenciada pág. 5

1.2. Bases legales y doctrinales pág. 7

1.3. Elementos del Dolo – El “Iter Criminis” o “Camino del Delito”. pág. 10

1.4. Elementos Subjetivos. pág. 12

1.4.1 El elemento intelectual o cognitivo del dolo pág. 12

1.4.2. Elemento volitivo del dolo pág. 13

1.5. Clasificación del dolo pág. 13

1.5.1. Dolo directo e Indirecto pág. 14

1.5.2. Dolo determinado e indeterminado. pág. 14

1.5.3. Dolo genérico y específico. pág. 14

1.5.4. Dolo eventual: Remisión pág. 15

Capítulo 2 – El Dolo Eventual

2.1. Problemas para su definición: Teorías y críticas pág. 16

2.1.1. Teorías cognitivas pág. 21

2.1.1.1. Teoría de la Representación pág. 27

2.1.1.2. Teoría de la Probabilidad	pág. 29
2.1.1.3. Criticas a las teorías cognitivas.	pág. 31
2.1.1. 4 Teoría del comportamiento típico	pág. 34
2.1.2. Teoría de la voluntad - Aproximación al término.	pág. 40
2.1.2.1 Teorías Tradicionales	pág. 41
2.1.2.1.1. La Primera Formula de Frank	pág. 41
2.1.2.1.2. La Segunda fórmula de Frank	pág. 47
2.1.2.1.3. Teoría de la Indiferencia	pag.48
2.1.2.2. Reformulación de la teoría de la voluntad	pág. 49
2.1.2.2.1. Roxin – El dolo como decisión	pág. 49
2.1.2.2.2. La Tesis de HASSEMER	pág. 52
2.1.2.2.3. La Tesis de PHILLIPPS: “decisión entre alternativas de comportamientos”	pág. 54
2.1.2.2.4. Teoría de la asunción de SCHROT	pág. 56
2.1. 3. Teoría del Riesgo	pág. 57
2.1.3.1. El Riesgo Cognoscible	pág. 59
2.1.3.2. El Peligro Desprotegido: HEZBERG	pág. 61
2.1.3.3. JACKOBS y la teoría el riesgo habitual	pág. 63

2.1.4. Otras posturas – Estructura del Dolo y la Culpa	pág. 65
2.1.4.1 Las tesis de KAUFMANN y KINDHAUSER	pág. 66
2.1.4.1.1. La tesis de la evitabilidad del resultado: KAUFMANN	pág. 66
2.1.4.1.2. El error sobre la capacidad preventiva: KINDHAUSER.	pág. 70
2.1.5. Intento de unificación de criterios	pág. 72

Capítulo 3 - Dolo Eventual y garantías constitucionales

3.1 El Principio de Legalidad, Tipicidad, y Seguridad Jurídica	pág. 82
3.2 In Dubio Pro Reo	pág. 88
3.3 La Jurisprudencia	pág. 90
3.3.1. Algunos antecedentes jurisprudenciales	pág. 90

Capítulo 4 - Dolo Eventual y Omisión Impropia

4.1. El tipo omisivo	pág. 95
4.1.1. La omisión propia y la omisión impropia	pág. 95
4.1.1.1. La omisión propia	pág. 95
4.1.1.3. La omisión impropia	pág. 96
4.1.1.2. La posición del garante	pág. 96
4.2. Elemento diferenciador – La posición de garante	pág. 96

4.3 El tipo subjetivo en los delitos de omisión impropia	pág. 99
4.4 Inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia	pág. 99
4.5. Dolo Eventual en los delitos de omisión impropia	pág. 100

Capítulo 5 – Toma de postura

5.1. Recomendaciones	pág. 103
5.1.1. La figura Autónoma del Recklessness anglosajón	pág. 103
5.1.2. Unificación de criterios jurisprudenciales	pág. 106
Conclusión	pág. 107
Bibliografía consultada	pág. 110

"Todo indica que la centenaria discusión sobre el dolo va a seguir gozando de férrea salud durante el próximo milenio" (Ramón Ragués, 1999, p.486)

Introducción

No existe casi discusión entre los distintos autores sobre la existencia del dolo eventual. Paradójicamente, esta diferencia surge a la hora de delimitar que es lo que entendemos cuando hablamos de esta figura. La doctrina ha creado múltiples fundamentaciones y explicaciones, procurando marcar los límites de la figura, elaborando una verdadera abstracción filosófica digna de admiración. Aun así, lejos están de haber conseguido dar una respuesta definitiva a la controvertida cuestión. Si bien existen criterios comunes, no hay una doctrina pacífica respecto de las características y elementos del dolo eventual.

Esta centenaria discusión ha tomado repercusión en nuestro país sobre todo en las últimas décadas. Esto se ha dado través de su aplicación en casos paradigmáticos que han tomado notoriedad pública, a fin de dar respuesta muchas veces al clamor social generado ante casos que conmueven el sentimiento popular. En materia normativa, parte de la doctrina (Bacigalupo, 1999; Nuñez, 1999) sitúa el concepto de dolo, en la referencia al artículo 34, inc. 1º del C.P.N. como contrapartida a las reglas del error del tipo; en tanto el error excluye el dolo.

La doctrina penal prevé ciertas especies de dolo, como lo son el directo e indirecto, ambos pese a su especialidad, cumplen con ciertas exigencias propias que definen al género. Quienes pretenden sostener que el dolo eventual es una especie de dolo, están redefiniendo el concepto del mismo, cambiando estas características o exigencias por otras nuevas en perjuicio del imputado. En definitiva, pretenden la imposición de una

tercera especie de imputación que no se condice con la estructura ni el concepto tradicional de dolo.

En este sentido, las características propias del dolo eventual, lo hacen incompatible con el “*iter criminis*” o camino del delito que conceptualmente recorre el delincuente cuando se decide intencionalmente a consumir un tipo delictivo. Esto constituye un dato esencial a la hora de determinar la imputación subjetiva intencional como lo es el dolo. Incluso algunos autores llegan a decir que el término “dolo eventual” acarrea en sí mismo una incoherencia, ya que la idea de dolo lejos de una eventualidad, importa una incondicionalidad. La figura requiere una voluntad del sujeto dirigida a ejecutar su proyecto. En estos casos, lo único que depende de eventualidades o condiciones son las circunstancias exteriores que coadyuvan a la consecución del resultado, nunca el dolo.

Bajo estas circunstancias, la aplicación de la figura importa una trasgresión a los principios más elementales del derecho, tales como la “reserva penal”, “seguridad jurídica”, “*in dubio pro reo*” y el principio de “legalidad”. Las resoluciones de los tribunales no son pacíficas ni coherentes, produciéndose una manipulación de la doctrina y la norma según las necesidades del caso, o el clamor social, cayendo muchas veces en un indeseado “derecho penal de autor”.

De más está decir que el problema no se limita a una cuestión “nominal”, sino que la diferencia en la calificación, acarreará consecuencias punitivas extremadamente disímiles, cuestión que también es criticable. De lo analizado, se observará “que la categoría jurídica del dolo eventual no puede sostenerse por falta de adecuación legislativa, normativa y dogmática” (Tarrío, 2007, pág. 56). Entonces, la hipótesis que este trabajo planteará es la inadecuación de la aplicación de la teoría del dolo eventual en el derecho penal nacional, debido a que esta figura no se encuentra reglada en

forma expresa en el ordenamiento jurídico penal y, como consecuencia lógica, no debería acarrear ninguna sanción penal diferenciada.

El estudio estará organizado de una manera que permita al lector un acercamiento progresivo al tema; en el capítulo 1, nos detendremos en las razones que justifican la punibilidad diferenciada del dolo respecto de la culpa. Se procurara determinar cuáles son las fronteras entre ambas figuras, y se darán las bases legales y doctrinales que las receptan en nuestro ordenamiento jurídico. Analizaremos los elementos que componen la figura del dolo, haciendo hincapié en los aspectos subjetivos del mismo.

En el segundo capítulo examinaremos específicamente la figura del “dolo eventual” y sus principales teorías. Analizaremos cuales son los elementos que toma como base cada una de las corrientes dogmáticas, a fin de diferenciar la figura bajo análisis con la figura de la culpa consciente, con la cual posee demasiadas similitudes.

En el tercer capítulo someteremos a análisis la compatibilidad de la figura con alguno de los principios y garantías constitucionales y penales de mayor importancia. Se pretende poner en evidencia la inconveniencia de su aplicación en nuestro actual sistema penal.

En el cuarto capítulo expondremos la imposibilidad de la aplicación del dolo eventual en los tipos de omisión impropia. Se cuestionara al mismo tiempo los elementos fundamentales de las teorías del Riesgo.

El quinto capítulo tendrá como fin, plantear una toma de postura. Se propondrán recomendaciones como la incorporación de figuras intermedias utilizadas en otros ordenamientos jurídicos, o la unificación de criterios jurisprudenciales como posibles soluciones al problema descripto.

A modo de conclusión, se expondrán los argumentos por los que consideramos al dolo eventual como una “creación doctrinaria en perjuicio del imputado”, la imposibilidad de su determinación, el principio de legalidad, su estructura endeble y su utilización como respuesta a una verdadera “sed de justicia”, como razones para su eliminación.

Ya al final de la obra podrá el lector encontrar una serie de referencias bibliográficas que le permitirá indagar o profundizar en alguno de los temas expuestos.

Capítulo 1 - Aproximación al Tema

1.1. Culpa y dolo: razones de su punibilidad diferenciada

Una comprensión adecuada del dolo como elemento de la infracción penal exige responder al porqué de su pena agravada con respecto a la imprudencia. (Ragués I Vallès, 1998, pág. 32.). Es claro que la sociedad (a través de sus órganos predispuestos), no juzgará de igual manera a quien ha planificado de manera minuciosa y calculada la ejecución de un plan que tiene como finalidad la producción de resultados jurídicamente desvalorados, respecto de quien por torpeza, o impericia, ha provocado con su falta un menoscabo a los bienes tutelados por el ordenamiento. El ofendido esta siempre más predispuesto a mostrarse indulgente con quien ha cometido un descuido que a quien ha obrado malintencionadamente.

¿Cuáles son las razones que justifican la diferencia punitiva entre los tipos dolosos e imprudentes? *Von Hippel* vinculaba la mayor punibilidad con el mayor grado de egoísmo mostrado por el sujeto, al poner sus propios intereses por delante de los de la comunidad. *Jackobs* por su parte, sostiene que el fundamento debe ser encontrado en “la realización del fin de la pena, entendiendo por fin de la pena el mantenimiento de la vigencia normativa, es decir, prevención general positiva” (Jakobs, 1992. pág. 213). A diferencia de los que opinan otras corrientes negativas, *Jackobs* piensa que la norma va dirigida al ciudadano fiel, mostrándole que su conducta es la correcta y deseada, y que aquellas conductas diferentes, las desviadas, reciben una sanción por parte del ordenamiento jurídico penal. La principal función de la norma no se da cuando el sujeto está de acuerdo con la misma, sino cuando sus intereses entran en colisión con lo que la norma establece. Es en ese momento donde la norma cumple con su función “contra motivadora”, en donde mediante la pena se logra evitar dicho

comportamiento desviado. El sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma infringida ante la colectividad, algo que no puede predicarse del hecho realizado imprudentemente (Castillo Alva, 2004, pág. 200). Para lograr mantener su vigencia general debe generar el fracaso de quien las niega, para evitar que se generen en la sociedad actos de imitación y lograr que no se genere una actitud escéptica sobre la misma.

Cury nos advierte que el origen de la diferencia punitiva se funda en que en los delitos dolosos, el autor se decide a producir el resultado típico, a lesionar el bien jurídico protegido, mientras que en la culpa no. Roxin, en un sentido concordante con la postura señalada, expresa que quien se decide en contra del bien jurídico protegido, denota una conducta más hostil al derecho que quien confía (aun imprudentemente) en la no producción del resultado.

Existen teorías que afirman que la causa de la mayor punibilidad del sujeto que actúa con dolo, se encuentra en que a este le fue más fácil evitar que al imprudente la realización del tipo. Quien no hace uso de un elevado poder de evitación demuestra una mayor maldad. En cuanto al dolo eventual, surge entonces el problema de explicar por qué, sin concurrir propiamente voluntad de realizar un tipo penal, la conducta llevada a cabo parece, sin embargo, merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa (Muñoz Conde, en Díaz Pita, 2011, pág. 7).

Un sector de la doctrina se esfuerza por mantener la tradicional definición de dolo como "conocimiento y voluntad" y por tratar de hallar una forma de volición que permita encuadrarlos dentro del dolo. Un segundo sector deduce que en casos como este se debe prescindir de la voluntad y basar la imputación en la representación por parte del sujeto de la posibilidad más o menos probable de que se produjese el

resultado típico, o conscientemente de estar creando un riesgo para los bienes tutelados. Esta corriente se encuentra con problemas al momento de pretender mantener la validez de la tradicional definición del dolo en los supuestos de dolo eventual.

Es claro que ni la sociedad, ni el ordenamiento jurídico responden de igual manera frente al autor de un delito imprudente o negligente, que aquel que se determinó de manera deliberada en contra del bien jurídico protegido. La estructura de la figura del dolo eventual, como se verá al estudiar la figura, se encuentra más cerca del tipo imprudente, sin embargo, acarrea una punibilidad mayor, propia de la imputación dolosa. En el próximo apartado el lector podrá interiorizarse respecto de cuáles son las fuentes de las que surge la figura.

1.2. Bases legales y doctrinales

Los códigos penales y las leyes especiales penales, constituyen el marco de legalidad penal de todo ordenamiento jurídico. Son estos instrumentos jurídicos los que tipifican y dan existencia a los tipos penales aplicables a quienes adecuen su conducta a lo prescripto por la norma (Tarrio, 2007).

El dolo no está definido por nuestra ley, de modo que la referencia al artículo 34, inc. 1º del código penal, como se intentó por parte de algunos autores nacionales, es a este efecto irrelevante. El citado artículo, como se verá, solo se refiere a la capacidad de culpabilidad, y al tratamiento del error de tipo, cuya consecuencia es la exclusión del dolo o también de la imprudencia (cuando es invencible). De todos modos, es más que discutible que le corresponda a la ley establecer la definición del dolo, pues parece

que estamos ante una cuestión que debe remitirse a las diversas interpretaciones dogmáticas (Cury, 1975).

El Anteproyecto de Código Penal recientemente presentado al Poder Ejecutivo propone la eliminación de la figura del dolo eventual, exigiendo, según su exposición de motivos, que en el dolo la voluntad deba ser directa. En reemplazo de esta figura se ampliaría la definición de “culpa temeraria”, la cual contemplaría una punibilidad mayor a la “culpa simple”. Al respecto, la comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma refiere que:

La jurisprudencia nacional ha sido aún más contradictoria que la doctrina, en particular en los casos de homicidios de tránsito y similares, donde parece que la trascendencia mediática del caso es la que decide la calificación, determinando una diferencia abismal en la pena. Doctrina confusa —más de siete u ocho teorías ensayadas y criticadas se han intentado— y jurisprudencia vacilante cuando se juegan grandes diferencias de pena, no proveen seguridad ninguna. (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal, Presidente: Zaffaroni, Eugenio, “Anteproyecto de reforma integral del código penal”, Exposición de motivos, 2014).

El principio de legalidad se basa en la idea de que el Derecho penal no puede perseguir sus fines o conseguir determinados efectos a toda costa, sino que según este, debe ajustar su poder jurisdiccional a una serie de límites legales. La legitimidad y la aplicabilidad deben ser vistas como presupuestos mínimos de toda elaboración dogmática y no como principios rectores de dicha elaboración.

Si la pena se toma como retribución, es más que obvio que el autor del hecho delictivo debe saber que su conducta está prevista como un delito para que le sea reprochada su conducta (Donna, 2008). Así, el sujeto acusado de la comisión de un delito, debe ser juzgado según parámetros fácticos que importen un castigo por su

participación en el mismo, y no por lo que “es”, recayendo en el conocido “derecho penal de autor”.

De igual manera, tampoco contamos con una doctrina pacífica en cuanto a la definición del dolo. Estas diferencias pueden apreciarse claramente en cualquier obra que trate el tema, en donde es llamativa la multiplicidad de posturas antagónicas. Según la postura doctrinaria que adoptemos podremos ubicarlo dentro de la teoría del delito como componente de la tipicidad (finalismo), o dentro de la culpabilidad (causalismo).

Para el *causalismo*, la acción es un “movimiento corporal voluntario, no reflejo, desprovisto de finalidad”. Lo que el autor haya pretendido con su actuar, es indiferente, el contenido de la voluntad solo tiene significado para la cuestión de la culpabilidad. El acto de comisión, consiste en causar un resultado por un movimiento corporal realizado por parte del agente, entre este movimiento corporal y el resultado, debe haber una conexión causa-efecto”.

La Teoría Final de la acción fue fundada por Welsel, para quien la actividad humana, es el ejercicio de la actividad final. El hombre mediante sus conocimientos, es capaz de prever dentro de ciertos límites, las consecuencias derivadas de su conducta, y así dirigir la misma conforme a su plan.

Puppe afirma que “aquellas fórmulas”...”que no aportan criterios claros para diferenciar entre dolo e imprudencia sólo pueden ser aplicadas de forma manipulada”. Conceptos como consentir, conformarse, etc. muestran una clara tendencia a ser manipulados para impedir que el derecho penal se convierta en un instrumento totalmente inapropiado para generar determinados efectos en la sociedad. La dogmática debe preocuparse por que estos principios básicos que están siendo vulnerados, recobren su verdadero sentido. (Puppe en Ragues I. Valles, 1998. Pág. 1).

El conocimiento de los elementos objetivos al momento de la acción sobre la eventual producción del resultado lesivo es el fundamento de la mayor punibilidad del tipo eventual respecto de los tipos culposos. No parece adecuado, además, que el solo conocimiento sea suficiente para determinar el límite entre dolo y culpa. En la sociedad actual realizamos innumerable cantidad de actividades riesgosas hacia los bienes jurídicos protegidos; la conciencia de la existencia de ese riesgo latente no justifica desde el punto de vista de la política criminal, la imposición de una pena más grave equiparable a la del dolo. Roxin, afirma que “el sujeto rechaza pensar en las posibles consecuencias de su hacer, evitando así tomar una decisión definida, apoyándose de forma casi siempre irracional, en la esperanza de que todo saldrá bien”.

Conforme se puede apreciar, la doctrina no es pacífica al definir ni delimitar la figura del dolo eventual, tampoco hace lo propio el ordenamiento jurídico. Esta indefinición y confusión se refleja en una jurisprudencia vacilante que no sienta un criterio inequívoco para su aplicación, acarreado como consecuencia una inseguridad jurídica que atenta contra los efectos que busca la pena. Estos son algunos de los argumentos que han llevado a los autores del anteproyecto de reforma del Código Penal a proponer su eliminación y reemplazo por una figura culposa ampliada.

1.3. Elementos del Dolo – El “Iter Criminis” o “Camino del delito”.

Uno de los elementos característicos diagramados por la doctrina respecto del dolo como género, es el “*Iter Criminis*” o camino del delito. Puede ser definido como la serie de etapas por las cuales atraviesa la vida del delito, desde su concepción en la mente del autor, hasta su consumación mediante ejecución del comportamiento típico.

El camino del delito posee dos fases, una interna y otra externa. La primera, fase considerada impune, es aquella que se da desde la génesis psíquica de la voluntad de realizar el acto típico, pero que aún no ha tenido manifestación. Está compuesta por “la ideación” la cual consiste en la concepción de la idea de cometer el delito, “la deliberación” en donde el sujeto hace un análisis acerca de las consecuencias positivas y negativas que acarrea tal decisión y “la resolución” la cual se produce cuando el sujeto toma como determinación final la realización del hecho típico. Si bien esta etapa está exenta del control jurisdiccional, por el principio de reserva penal, sirve de base para determinar el grado de imputación subjetiva del autor, es decir si el hecho fue cometido por imprudencia, o dolo.

La segunda fase (externa) se presenta cuando las manifestaciones internas cobran relevancia en el mundo externo, al manifestarse mediante la realización de actos tendientes a lograr la consumación del delito. En esta faz externa, se distinguen: los actos preparatorios, los actos ejecutivos y el delito consumado.

Este camino, hacia la consecución del fin a través de medios predeterminados, tan propio de la estructura dolosa, como se verá en el próximo capítulo, es incompatible con la configuración del dolo eventual. Sea cual sea la postura que adoptemos respecto de su definición, es difícil pensar que en la figura bajo análisis se pueda afirmar que el autor en su plan de conducta, predispuso los medios para la obtención del fin lesivo. En los próximos sub temas, se analizarán los elementos subjetivos de la figura del dolo.

1.4. Elementos Subjetivos.

Para una teoría de tipo compleja, el dolo se define como conocimiento y voluntad del tipo objetivo. Ello implica que el dolo se encuentra conformado por un elemento de tipo cognitivo (el conocimiento) y otro de carácter conativo (la voluntad). Ambos elementos deben estar presentes para poder realizar la imputación subjetiva intencional. Esta concepción, aceptada por la legislación y parte de la doctrina, “ha sido vulnerada, por aquellos doctrinarios y magistrados que afirman que la esencia del dolo eventual estaría constituida por la incidental representación del resultado” (Tarrío, 2007, *pág.* 25.). A continuación, analizaremos como se anticipó, que es lo que la doctrina entiende por conocimiento y voluntad. Esto no servirá en los próximos capítulos para analizar, si en la figura eventual, se encuentran presente estos elementos de carácter subjetivo.

1.4.1. El elemento intelectual o cognitivo del dolo

El aspecto intelectual del dolo abarca el conocimiento de todos los elementos que conforman el tipo penal. Los más fáciles de conocer para el sujeto, son los elementos del mundo exterior, por estar accesibles de manera inmediata para el mismo.

El conocimiento del dolo, supone en principio el conocimiento de que se está llevando a cabo una conducta descrita por la norma como prohibida. Presupone también el conocimiento de los medios utilizados para la comisión del delito, las cualidades especiales de los sujetos implicados y la relación de causalidad entre las conductas y los resultados. Como dice Stratenwerth, “de lo que realmente se trata en este aspecto, es de la precisión de aquello de lo que el autor debe ser consciente para que su conducta pueda aparecer como realización dolosa del tipo” (Stratenwerth, 2005, *pág.*

173). Este tema será profundizado y analizado bajo la óptica de distintas corrientes cuando en el siguiente capítulo se analice las teorías cognitivas del dolo.

1.4.2. Elemento volitivo del dolo

Para la imputación dolosa, no es suficiente el mero conocimiento de los elementos configurativos del tipo. Debe existir además, una vinculación interna, una voluntad de realizar la conducta y causar el resultado típico. La voluntad no es equiparable a un simple deseo o un simple querer, en la voluntad el sujeto quiere el resultado de su propia acción.

La voluntad como elemento constitutivo del dolo, se caracteriza por su “dominabilidad”, es decir que el autor, mediante el conocimiento causal, adecue su conducta con la finalidad de obtener lo que desea. El autor influye en el mundo “con el saber que posee, lo que concuerda con la idea de acción en el sentido de que primero se debe buscar el fin y luego analizar los medios apropiados para llegar a él” (Welzel, “Derecho Penal. Parte General”, Depalma, Buenos Aires, 1956). Al igual que el elemento cognitivo, la voluntad será analizada con mayor profundidad, cuando en el capítulos siguiente, se analicen las principales teorías que ponen asiento en este elemento para delimitar la figura del dolo eventual.

1.5. Clasificación del dolo

La doctrina ha realizado una clasificación acerca de las diversas clases existentes de dolo. Por un lado, encontramos tres clases básicas (dolo directo, indirecto y eventual) que han sido sintetizadas por Roxin en la siguiente afirmación: “bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo indirecto (de segundo

grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no abarcadas por la finalidad última del sujeto, prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue el resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que solo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad” (Roxin, 1997, pág. 415).

1.5.1. Dolo directo e Indirecto

El dolo directo es la forma más clara de dolo, el autor persigue el la realización de los elementos del tipo penal como finalidad. En esta clase de dolo, los elementos subjetivos (conocimiento y voluntad) se presentan en su máxima expresión. En el dolo indirecto el resultado típico no se muestra como la finalidad principal perseguida por el autor, pero en el plan por este predispuesto, dicho resultado típico, aparece directamente ligada al fin último del autor, o a los medios por el predispuesto.

1.5.2. Dolo determinado e indeterminado.

Algunos autores hacen una subdivisión dentro de la figura del dolo directo. Por un lado se encuentra el dolo directo determinado, en donde el sujeto se propone de manera específica la realización del tipo deseado. Por el otro, el dolo directo alternativo o indeterminado, en el cual el autor se propone realizar un resultado típico entre varios previstos.

1.5.3. Dolo genérico y específico.

Como dolo genérico se suele denominar a la intención general de delinquir, se dirige

de manera abstracta a cometer algún hecho dentro del catálogo de delitos establecidos por la norma penal. El dolo específico consiste en la realización de un tipo penal determinado.

1.5.4. Dolo eventual: Remisión.

Este tema será desarrollado a lo largo del próximo capítulo.

A excepción de la especie eventual del dolo, la mayoría de las clasificaciones del género no presentan mayor dificultad ni discrepancias doctrinarias, por el contrario su interpretación es pacífica. En el siguiente capítulo se analizará la estructura del dolo eventual desde la perspectiva de las principales corrientes científicas que han elaborado múltiples teorías intentando poner fin a críticas que parecen insalvables.

Capítulo 2 – El Dolo Eventual

2.1. Problemas para su definición: Teorías y críticas

Es fundamental para la comprensión del tema a que nos compete, comenzar definiendo de qué hablamos cuando nos referimos al dolo eventual. A este fin, aunque de manera imperfecta, tomaremos las palabras del maestro santafesino Carlos Creus, el cual señala que el dolo eventual es aquel en el cual “...*el autor prevé el resultado típico como una de las consecuencias de su acción y acepta que él se produzca; la consideración de la probabilidad del resultado típico no detiene su acción*” (Creus, Carlos, Derecho Penal Parte General, Ed. Astrea, pág. 250). Este concepto, que a prima facie pareciera no acarrear mayor dificultad, al analizarlo en profundidad, presenta problemas complejos. Estos conflictos tanto doctrinarios como prácticos han traído como consecuencia, la elaboración de duras críticas por parte de la dogmática penal, generándose nuevas conceptualizaciones que toman como base elementos volitivos o cognitivos disímiles, que tampoco logran superar las corrientes críticas de otras posturas doctrinarias. Creus advierte que muchos de estos conflictos tienen como causa pretender abarcar hipótesis de culpa, que aunque presentan una “mayor intensidad criminal” no cambian su naturaleza culposa (Creus, pág. 250).

La primera pregunta que debemos formularnos al respecto es: ¿Dónde se sitúa la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación?. Tal vez esta pueda ser una de las preguntas más difíciles de contestar del derecho penal, ríos de tinta se vierten a favor y en contra de una y otra postura desde hace más de un siglo.

Hechos dolosos y culposos requieren un tratamiento, valoración y una reacción estatal diferenciada. Quien actúa con intención de lesionar un bien jurídico tutelado, contradiciendo voluntariamente el mandato penal, merece un castigo mucho más grave que quien por imprudencia, negligencia o impericia, involuntariamente daña dichos bienes. En el primer caso, se refleja una mayor peligrosidad y criminalidad, de quien no solo antepone sus intereses a los intereses de la comunidad, sino que la desprecia. Este sujeto se dirige directamente contra la norma jurídica la cual ha sido establecida por la sociedad como límite a las conductas lesivas no deseadas, y en protección de los bienes que dicha sociedad considera esenciales para su propia existencia.

La descripción teórica del dolo y la culpa no presenta mayor dificultad si nos remitimos al campo dogmático, pero esto que a primera vista parecería claro, no parece mostrarse tan claro en la realidad, donde determinar cuál es el grado de imputación subjetiva no parece tan sencillo. Existe un estrecho límite donde convergen el dolo con la culpa, en donde dolo eventual y culpa con representación muchas veces comparten un estrechísimo y difuso margen que será definido según qué postura tome el tribunal de turno. De este modo, cuando no existe uniformidad, se atenta contra varios principios constitucionales como el principio de legalidad, in dubio pro reo, y la mismísima seguridad jurídica.

Catalogar una conducta en uno u otro tipo subjetivo, importa la imposición al autor del hecho de una pena de mayor o menor gravedad o incluso impunidad según sea el tipo penal de que se trate. Es por ello que no se trata de una mera discusión teórica estéril, sino que tiene como fin lograr una mayor y estricta justicia.

Las concepciones tradicionales afirman que el dolo se define como “*conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo*”. Esta definición tradicional del dolo ha

empezado hace tiempo a ser cuestionada por diversas corrientes doctrinarias, y precisamente la mayoría de estos cuestionamientos surgen a causa de las dificultades que presenta la figura del dolo eventual.

Surgen así posturas que partiendo del elemento intelectual del dolo, plantean alternativas a los elementos volitivos o cognitivos del mismo. Así surgen posturas acuñadas en términos como “consentir”, “aceptar”, “conformarse” en el campo volitivo; y “probabilidad”, en el campo cognitivo. Estas teorías tienen graves deficiencias respecto a la teoría tradicional al prescindir de uno de los elementos subjetivos del tipo doloso.

La calificación de estos hechos como culposos, si nos aferráramos estrictamente a la estructura tradicional del dolo, trae como consecuencia una insatisfacción o un rechazo en el sentimiento de justicia por parte de la sociedad. En todos estos casos, hay más que un mero descuido, algo más que una mera infracción al deber de cuidado. Si bien no existe una intención clara, directa o indirecta de realizar con los presupuestos del tipo, parece insuficiente calificarlos como imprudentes.

A continuación se desarrollaran las corrientes dogmáticas más importantes que pretenden establecer los elementos distintivos que permitan diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, o con representación. Para su mayor comprensión serán agrupadas en tres corrientes principales, según el elemento diferenciador en que fundan esta distinción, y un cuarto grupo de teorías que han surgido de la reformulación de las tres primeras, cerraran el análisis dogmático.

El primer grupo de teorías son las “Cognitivas”, ya que toman al conocimiento (desde distintos puntos de vista) como el elemento diferenciador. En un primer sub grupo, de carácter tradicional, encontramos a la Teoría de la Representación, y la Teoría de la

Probabilidad, la cual posee como principal referente a Mayer. En un segundo sub grupo, encontrara el lector un grupo de teorías críticas a las tradicionales, entre las que se analizara la Teoría del Comportamiento Típico (Frisch). Para una mejor estructuración de esta teoría, antes de su desarrollo se presenta un esquema de sus principales teorías.

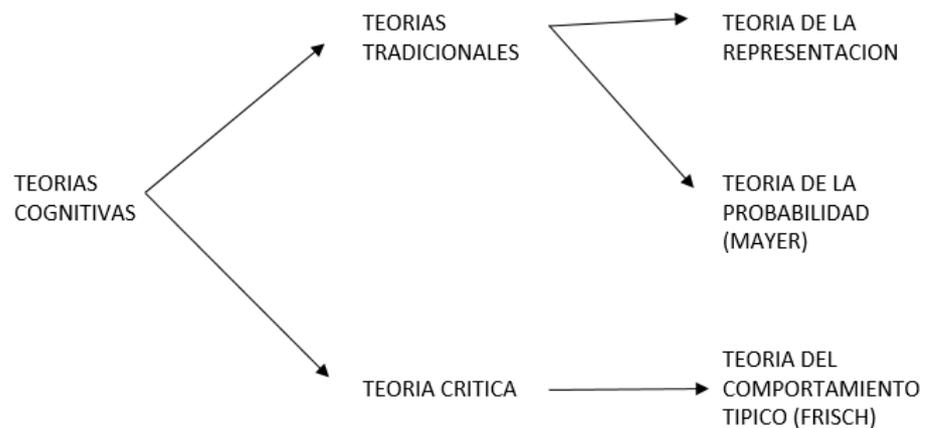


Figura 1: el cuadro es de mi autoría.

El segundo grupo de teorías, son conocidas como “Volitivas” o Teoría de la Voluntad, que si bien hacen hincapié en este primer elemento, reconocen la necesaria existencia de los dos elementos configurativos del dolo: El conocimiento por parte del sujeto actor de los elementos constitutivos del tipo penal, y por otro lado la voluntad del sujeto que de dirigir su conducta en esa dirección final. El primer sub grupo de teorías (tradicionales), analizan a “la voluntad”, desde su faz psicológica, y cuanta como sus mayores referentes a Frank y Engisch. El segundo sub grupo, “no tradicional”, reformulan las teorías tradicionales y analiza a “la voluntad” desde su perspectiva normativa. Cuentan entre sus principales referentes a Roxin, Hessemer, Philipps y Schroth. A continuación se presenta un esquema de las mismas para su mejor entendimiento.

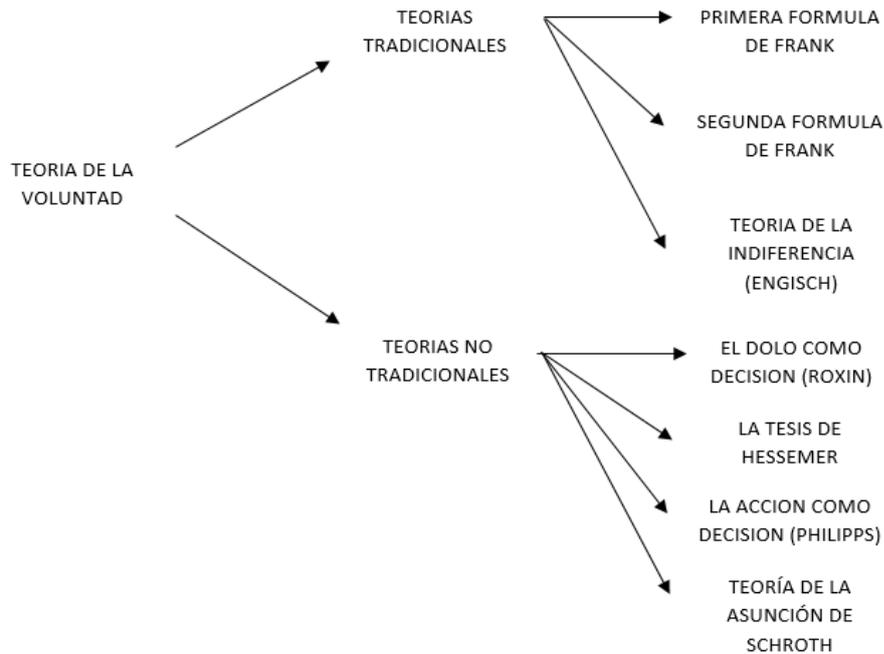


Figura 2: el cuadro es de mi autoría

Un tercer grupo de teorías, identificadas bajo la denominación “Teoría del Riesgo”. Esta toma como elemento diferenciador un presupuesto de carácter objetivo “*el riesgo*”, íntimamente relacionado con los especiales deberes de cuidado esperados del sujeto respecto de la no lesión de los bienes jurídicos protegidos. Este concepto de riesgo, según la corriente que se trate, será analizado desde una óptica subjetiva (previsión del riesgo por parte del sujeto), objetiva (acciones objetivamente peligrosas) o normativa (actividades que la norma considera riesgosas). Entre las principales sub categorías, encontraremos a la “Teoría del Riesgo Cognoscible”, “Teoría del Peligro Desprotegido” (Hezberg), y la “Teoría del Riesgo Habitual” (Jakobs). Muchas de estas teorías, como se verá en su desarrollo, descartan a “la voluntad “como elemento diferenciador, siendo más cercanas en su desarrollo a las teorías cognitivas, aunque de carácter normativo. Por ultimo en un cuarto grupo de teorías de carácter ecléctico, destacaremos la labor doctrinaria de Kaufman y su teoría de la “Evitabilidad del Resultado” y a Kindhauser con su teoría del “Error sobre la

capacidad preventiva). A continuación se incorpora un esquema de estas dos últimas corrientes para su mejor comprensión.

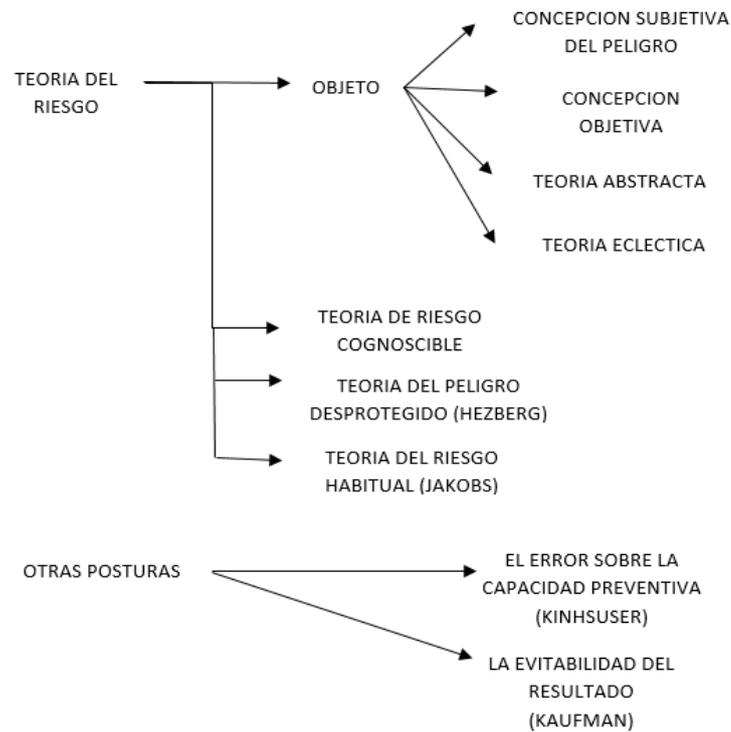


Figura 3: el cuadro es de mi autoría

Las dificultades que presentan ambas teorías tradicionales: las volitivas, es decir que defienden la irrenunciable presencia de un elemento volitivo en todos los supuestos de dolo; y las cognitivas, es decir aquellas que renuncian al mismo en el concepto de dolo eventual postulando la suficiencia del elemento intelectual, nos lleva a plantearnos un tercer problema, de carácter previo al anterior: ¿qué tenemos que entender por voluntad y que debemos entender por conocimiento? La respuesta a esta pregunta variara según la tesis que adoptemos, como se verá en el desarrollo de las diferentes corrientes cognitivas o volitivas a la que nos refiramos en los sub capítulos consecuentes.

2.1.1. Teorías cognitivas

Estas teorías proponen al conocimiento como único elemento delimitador entre el dolo eventual y la culpa consciente. Este conocimiento esta tomado no desde un concepto puramente psicológico, sino jurídico, como elemento intelectual del dolo. La cuestión gira en torno a lograr establecer un concepto de conocimiento para el derecho penal, y cuál es su contenido específico.

En primer término, el principal interés de la doctrina penal, ha consistido en establecer el *grado de conciencia o atención requerido* del sujeto en el momento del hecho, para posibilitar la imputación de dicho hecho en grado de dolo. En segundo término intentar describir este grado de conciencia necesario a través de diversas formulaciones. Respecto de la primera cuestión, Schewe realiza una clasificación entre posturas estrictas y amplias.

Teoría Amplia (Frank): Según esta teoría basta con que el autor, al momento del hecho, haya pensado, reflexionado, acerca del resultado de su conducta, mientras que los demás elementos constitutivos del tipo, solo debe haberlos conocido o sabido (Frank en Diaz Pita, 2011, pág. 29).

Teoría Restricta (Welzel).La postura requiere de dicho conocimiento, la posibilidad de ser “real, presente y actual” (Welzel, 1969, en Diaz Pita, 2011).

El segundo problema es la determinación del *grado de conciencia necesaria para poder imputar a la conducta de dolosa*, establecer ese mínimo que marca el límite entre la imprudencia y el dolo. Sera también importante diferenciar el conocimiento “potencial” del conocimiento “actual”. Díaz Pita nos señala que el conocimiento *potencial* es “aquel contenido de la memoria que normalmente permanece inconsciente pero que puede hacerse consciente a través de un particular proceso llamado actualización” Este proceso psicológico llamado actualización consiste en traer a la conciencia información que se encontraba en la memoria en un plano

inconsciente. Abarca dos fenómenos distintos, por un lado cuando hablamos del “conocimiento actual”, nos estamos refiriendo a ese volver a la conciencia información que estaba en el inconsciente. Este proceso contiene también un segundo fenómeno de carácter intelectual, que consiste en un conocimiento externo, de los elementos constitutivos del tipo objetivo. Al resolver el grado de conciencia existente al momento de realizar la conducta típica, debemos discernir entonces en qué grado el sujeto ha logrado integrar estos dos procesos que configuran la “actualización”, y en qué grado ha logrado discernir los elementos externos, el verdadero significado de su conducta y la peligrosidad que esta conlleva, que ha enjuiciado estos elementos externos en sus justos términos.

Otro problema al respecto consiste en determinar de qué manera o con qué medios, podremos corroborar de efectivamente la presencia de este proceso psíquico. Estos contenidos son imposibles de comprobar de manera empírica, debido a su inaccesibilidad por desarrollarse este proceso en el fuero íntimo de la psiquis del sujeto. La única respuesta posible a este dilema son los “indicadores”, que consisten en elementos externos comprobables que nos permiten inferir dicho nivel cognitivo.

Estos indicadores pueden consistir por ejemplo, en la visibilidad del sujeto de la situación, la complejidad de la misma, el tiempo que tuvo el sujeto para tomar decisiones etc. Estos indicadores tendrán que ser analizados por el tribunal en cada caso concreto, verificando que este elemento cognitivo, de carácter subjetivo, se encuentre realmente y no este viciado por errores que puedan excluir o disminuir su punibilidad. Es decir, se deberá verificar que el actor haya comprendido realmente el significado de su conducta, exento de errores en los elementos que componen al tipo objetivo.

La presencia de contra-indicadores, es decir, aquellos datos que permitan al juez sospechar la inexistencia de ese grado cognitivo mínimo necesario para poder imputar la conducta a nivel doloso, excluirá la exactitud del conocimiento, limitando la capacidad del sujeto para evitar el resultado lesivo de su conducta. Este error puede darse según Kindhäuser (en Díaz Pita, 2011) de dos modos:

- a) Error en la capacidad del sujeto para evitar el resultado lesivo.
- b) Creencia errónea de que su conducta no es causal adecuada del resultado lesivo.

Deberá el juez, en el caso concreto, sopesar las circunstancias objetivas que puedan configurar “indicadores” o “contraindicadores” y decidir, si el sujeto aprehendió correctamente la situación, para poder imputar su conducta como dolosa.

La tesis tradicional indica que para imputar una acción determinada a título de dolo, se requiere que el agente haya conocido, cada uno de los elementos configurativos del tipo, tanto normativos como descriptivos, en cuanto al resultado, se exige que al menos haya sido previsto. Esta previsión del resultado, considerado por este sector de la doctrina como el factor determinante para diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación, es precisamente el factor conflictivo de donde se toma otro sector de la doctrina, también cognitiva, para formular su crítica. Para este sector crítico encabezado por Frisch (en Díaz Pita, 2011), no todos los elementos del tipo pueden ser objeto del conocimiento por parte del sujeto, la crítica se funda básicamente en dos puntos, la negación del resultado como objeto del conocimiento, y la interpretación funcional del tipo objetivo:

El primero de ellos es la negación del resultado como objeto del conocimiento: La crítica de Frisch se basa en un juicio inductivo que determina la imposibilidad de

todos los elementos del tipo para ser objeto de la aprehensión cognitiva. Frisch, concretamente, niega la posibilidad de que el sujeto, “*ab initio*” pueda conocer el resultado objetivo de su conducta, antes de realizada la acción. Esta crítica no solo la formula desde el punto de vista práctico, en la imposibilidad del sujeto para conocer todos los elementos del tipo; sino también desde una perspectiva normativa, basada en la finalidad de la norma penal.

El legislador, en un programa político-criminal preventivo serio, que busque evitar la vulneración de bienes jurídicos mediante la contra motivación del sujeto, debe basarse en elementos que el sujeto tenga a su disposición antes de actuar (*ex ante*). Dado que el sujeto no puede conocer con seguridad “*ex ante*” el resultado que producirá su conducta, la norma no debe tenerla en cuenta como base para determinar el dolo, la mayor gravedad que esta modalidad subjetiva importa. Debe basarse siempre en elementos que el sujeto pueda conocer con anterioridad al momento de desplegar su conducta, ya que estos son los que deberán ser tenidos en cuenta por el legislador para proteger a la sociedad mediante la prevención de conductas que atentan efectivamente contra los bienes jurídicos protegidos.

La norma debe incidir en la conducta en el momento en que el sujeto todavía puede dominarla evitando su consecuencia lesiva, es decir antes de la realización del acto. Es un error pretender incidir en la conducta, cuando esta ya ha sido desplegada, y la evitación del resultado ya se encuentra fuera del alcance del autor. La función de la pena, solo tiene sentido si la prohibición es dirigida a la conducta, antes de que el reo haya delinquido, el derecho penal no debe perseguir la prohibición del resultado, sino la de la realización del delito. Lo contrario significaría un fracaso del programa protector de bienes jurídicos al punir al sujeto cuando el bien jurídico ya se ha vulnerado.

El momento de incidencia de la prohibición penal habrá de ser, pues, aquél en que el sujeto se pone a realizar la conducta que el derecho desea evitar y prevenir. Para decidir si un determinado comportamiento se halla o no prohibido por la ley penal, habrá que contemplar las características que manifiesta *ex ante*, cuando aun puede ser evitado. No cabe esperar a comprobar si, una vez realizado, el hecho resulta ser realmente como parecía, porque en un derecho preventivo la decisión de prohibir o no prohibir el hecho debe adoptarse definitivamente antes de que el mismo se haya producido" (Mir Puig, 1982, pág. 60 y ss).

La interpretación funcional del tipo objetivo: Este examen inductivo, era solo la primer fase de la crítica de Frisch, el siguiente paso consiste en un análisis que tiene como finalidad la naturaleza y función del tipo objetivo, a fin de determinar si este es apto para fundar la mayor punibilidad de los delitos dolosos por sobre los imprudentes. El tipo objetivo pertenece según el autor a un tipo de normas llamadas "*de sanción*" las cuales ofrecen información sobre los presupuestos necesarios para la viabilidad de la aplicación de una sanción. Pero esta limitación a los derechos que importa una sanción, deben estar legitimados bajo condiciones específicas.

Este tipo de norma está dirigida al aplicador del derecho, y no al ciudadano, para que este mediante la norma determine si la sanción es aplicable o no al caso concreto, de acuerdo con los presupuestos que esta fija. De este modo, es evidente que el resultado, como elemento del tipo, no puede ser considerado como parte de una norma de carácter sancionatorio. A decir de Diaz Pita "Las incertidumbres y dificultades ante las que el sujeto se encuentra en el momento de la acción no aparecen reflejadas en las normas de sanción". Las principales teorías defensoras del elemento cognitivo, como único y exclusivo factor necesario para marcar el límite entre el dolo eventual y la

imprudencia, lo constituyen la teoría de la representación y la teoría de la probabilidad.

2.1.1.1 Teoría de la Representación: Como todas las teorías cognitivas rechaza la necesidad del elemento volitivo como factor delimitante entre el dolo eventual y la imprudencia, quedando este elemento reservado para los otros dos tipos de dolo (directo e indirecto).

Los principales expositores de esta doctrina son, Schroder y Schmidhauser. Estos autores basan su teoría fundamentalmente en dos pilares: la representación intelectual por parte del sujeto de la posibilidad de que se produzca el resultado lesivo, suficiente para determinar el dolo eventual; y la confianza de dicho sujeto en que el hecho no se producirá por como factor de exclusión del dolo por negación de dicha representación. Por tanto si el sujeto actúa con error en la percepción de la posibilidad del resultado o ni siquiera se lo plantea, será alcanzado por la pena determinada para el tipo imprudente.

Critica: Esta concepción exclusivamente cognitiva del dolo eventual, acarrea varias consecuencias: en primer lugar el rechazo del componente volitivo en la delimitación del dolo en carácter eventual. Al referirnos al término voluntad, podemos referirnos a dos cosas diferentes, por un lado a la voluntad como impulso hacia la consecución del objetivo, el cual debe basarse siempre sobre la base de la representación intelectual. Y por otro lado la voluntad como conciencia de un sujeto de que su conducta puede ocasionar consecuencias no deseadas.

Si partimos de la premisa de que dolo siempre equivale a querer (querer el resultado), pero a su vez se dan casos en los que las consecuencias necesariamente unidas a la

realización de la acción no son deseadas por el sujeto, nos encontramos ante una contradicción interna. El sujeto en cuestión no puede, en la misma acción, querer a la vez la consecución del resultado y la evitación del mismo (Díaz Pita, 2010, pág. 84).

En respuesta a este planteo, para los defensores de la teoría de la representación, esta es siempre base necesaria sobre la que debe apoyarse la voluntad. Esta no es posible sin que el sujeto se haya representado previamente la posibilidad del resultado dañoso. Esta representación y la consecuente voluntad, si bien van de la mano, no tienen por qué coincidir, y de hecho muchas veces no lo hacen.

La representación es un factor que puede extenderse mucho más allá de lo que el elemento volitivo puede abarcar. La representación puede abarcar consecuencias necesarias unidas al hecho que pueden no ser deseadas por el sujeto, la representación constituye un elemento más amplio y apto para delimitar el límite entre el dolo eventual y la imprudencia, puesto que contiene y supera al elemento volitivo.

En segundo lugar la equiparación de la imprudencia al desconocimiento de los elementos del tipo objetivo, implica que para esta teoría es imposible la concepción de la culpa consciente o con representación. Es decir aquella en la que el autor se representa la posibilidad del resultado, pero la cual la descarta por diversos motivos. En esta concepción el dolo se equipara a la previsión de un resultado dañoso, aunque no haya sido deseada por el sujeto. Si esta representación no es excluida, la conducta será catalogada como dolosa, es decir en el caso de la representación del resultado el dolo se superpone con la culpa consciente. Es por ello que Schroder afirma que "todas las formas de imprudencia son imprudencia inconsciente" (Schroder en Tenca, Adrián, 2010, pág. 52). En el mismo sentido, para Schmidhauser "no se puede hablar de imprudencia consciente en el sentido en que se ha hecho hasta ahora, de modo que habría que distinguir dolo e imprudencia totalmente como conocimiento y

desconocimiento”. Según lo expuesto por el autor, procederá la imputación de carácter eventual, cuando exista en la conciencia del autor una representación de carácter inseguro de la consecuencia prohibida por el tipo penal. En cambio tendrá una imputación imprudente (de carácter consciente) cuando se representa un peligro abstracto; este es el carácter esencial de la imprudencia” (Sancinetti, en Tenca, Adrián, 2010, pág. 52).

Al respecto del elemento voluntario, el autor distingue entre las consecuencias deseadas por el autor como objetivo de su conducta, es decir “intencionales”; y aquellas que si bien no son perseguidas como objetivo por el autor, si hay conciencia por parte de este de la posibilidad de que esta se produzca (no intencionales). Por lo tanto si el autor representándose el resultado lesivo, obra impulsado por la intención directa de lograrlo (resultado deseado) será imputable en grado de dolo directo. Si en cambio dicho resultado era representado como posible o probable, aunque no deseado, y el autor aceptando el riesgo, lo mismo llevo a cabo el hecho, será imputable en grado de dolo eventual.

Solo será excluido de la imputación dolosa, aquellos casos en donde el resultado dañoso no se haya representado en la psiquis del autor, o bien el autor rechazaba la posibilidad de que dicho resultado se produjese o lo considera muy remoto que ni repara en el mismo (único caso en que es posible la aplicación del grado de culpa consciente). El sujeto que actúa imprudentemente lo hace con buena conciencia.

2.1.1.2 Teoría de la Probabilidad. Esta teoría constituye la principal variante a la teoría expuesta en el punto anterior, cuenta como principal exponente a Mayer. Consiste esencialmente en determinar con qué grado de probabilidad el autor se

representó la posibilidad del resultado típico. Expresa Mayer “determinar si el sujeto se representa la realización prohibida del tipo como posible, dependerá de si dicho sujeto se la representa como probable o no”. El sujeto en el caso concreto es el que realiza un juicio de probabilidad acerca de la posibilidad de producción del resultado que vulnera el bien jurídico protegido. “Resulta indiferente...” continua el autor “si el autor llega o no a ese juicio basándose en expectativas razonables, en una represión inconsciente de ciertos datos de la realidad que le resultan desagradables, o en otras razones de carácter psicológico” (Mayer, en Díaz Pita, 2011).

Zielinski, utiliza el término “*inseguridad*” para determinar un elemento característico del dolo eventual. El dolo constituye una postura subjetiva respecto de la realización de un plan, el cual acarrea consecuencias típicas y relevantes derivadas de la ejecución de este plan. Cuando estas consecuencias son “*seguras*” no hay otra posibilidad que atribuirles a un dolo de carácter directo. Actúa dolosamente quien se decide a favor del “*iter criminis*” conscientemente del riesgo que este plan acarrea para el bien jurídico protegido. Cuando el autor prevé con “seguridad” las consecuencias dañosas de su actuar se estará frente a un dolo de tipo directo. En cambio cuando el autor actué con “*inseguridad*” respecto de dichas consecuencias, considerándolas como “*posibles*”, crea un riesgo considerado intolerable para el ordenamiento jurídico, estamos en presencia de un dolo de tipo eventual. Si por último este riesgo es considerado tolerable, se imputara al autor subjetivamente de culpa con representación (Tenca, Adrián, 2010, pág. 53).

Crítica: El concepto de probabilidad expuesto por esta teoría ha sido considerado por la doctrina como poco afortunado y ha sido blanco de duras críticas. Sin embargo más allá de la deficiente aproximación al concepto de probabilidad que nos brinda, nos da algunas pautas para determinarla.

Nos dice que el juicio de probabilidad que el sujeto efectúa debe ser analizado en cada caso en particular, y deberá estar basado en circunstancias prudentemente probadas. Lo que hay que examinar es si el sujeto construyó esta representación de la probabilidad desde un punto de vista subjetivo, una representación que, racionalmente, debería haber tenido.

2.1.1.3 Críticas a las teorías cognitivas. Independientemente de las críticas que se han efectuados contra las teorías antes desarrolladas, la dogmática penal ha efectuado críticas a la Teoría Tradicional Cognitivas en general. Las mismas se podrían sintetizar en las siguientes:

El elemento cognitivo como único delimitador de la imputación del dolo eventual. Las teorías cognitivas han utilizado como base para limitar la esfera del dolo eventual del campo de la imprudencia elementos exclusivamente intelectuales como la representación o el juicio de probabilidad, excluyendo cualquier elemento volitivo como elemento diferenciador. Pero este elemento volitivo, solo es excluido en el campo del dolo eventual, manteniendo importancia en el campo de otras formas de dolo intencionado. El objetivo de las teorías debería ser lograr un concepto de dolo que abarque todas las modalidades del mismo, ya que, a más de constituir las diferentes formas partes de un mismo fenómeno, al no estar diferenciadas en nuestro código, todos los hechos dolosos recibirán la misma escala penal. Las teorías cognitivas, han desarrollado dos definiciones incompatibles para figuras que acarrear la misma sanción penal. Esta cuestión que parece al menos una incoherencia, debería resolverse logrando una definición integral que abarque los elementos esenciales necesarios que caractericen todos los tipos de dolo y sirva para marcar el límite con la imprudencia, o bien recibir una respuesta penal diferenciada.

Además, las teorías del conocimiento determinan que el conocimiento de los elementos objetivos al momento de la acción sobre la eventual producción del resultado lesivo es el fundamento de la mayor punibilidad del tipo eventual respecto de los tipos culposos. Sin embargo, no ofrece una explicación acerca del “por qué” este conocimiento hace más grave el hecho delictivo. Pareciera difícil encontrar una justificación a tal diferencia, sin salirnos del cerco exclusivamente cognitivo que tiene esta teoría.

No parece adecuado, además, que el solo conocimiento sea suficiente para determinar el límite entre dolo y culpa. En la sociedad actual realizamos innumerable cantidad de actividades riesgosas hacia los bienes jurídicos protegidos. La conciencia de la existencia de ese riesgo latente no justifica desde el punto de vista de la política criminal, la imposición de una pena más grave equiparable a la del dolo.

Esta postura, solo podría ser afirmada si se pudiese aseverar que el sujeto activo, representándose la posibilidad de la producción del resultado lesivo, decide actuar en contra aun de los bienes jurídicos. Cosa que no sucede en la mayoría de los casos. Roxin, afirma que “el sujeto rechaza pensar en las posibles consecuencias de su hacer, evitando así tomar una decisión definida, apoyándose de forma *casi siempre irracional*, en la esperanza de que todo saldrá bien”. Lo que manifiesta esta teoría, no es lo que sucede normalmente, se dan casos en que el sujeto no reflexiona en la posibilidad del resultado lesivo, o incluso, confía irracionalmente que este no se producirá. Para esta teoría, el primer caso caería dentro de la esfera de la culpa, mientras que el segundo estaría encasillado dentro de los tipos dolosos. Esta conclusión no hace más que llevarnos al plano de la inseguridad jurídica, al establecer como único criterio de distinción el cognitivo, abandonando la solución a que el autor

se plantee o no, o incluso rechace de manera irracional la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido.

Además deben plantearse dos preguntas esenciales al respecto, primero que se entienda por peligro de producción de resultado; y segundo, cual es el grado de peligro suficiente para crear la imputación delictiva. Al no existir unanimidad al respecto, la doctrina considera que las teorías cognitivas son incapaces de resolver estas preguntas, sobre todo en los casos límites, donde la probabilidad de la producción del resultado no es ni insignificante, ni de gran importancia.

Conforme a lo expresado, una consecuencia inmediata de esta teoría, es la ampliación del ámbito del dolo y supresión de la imprudencia consciente. Si nos basamos en este criterio exclusivamente cognitivo, veremos, que todos los casos de culpa consciente quedaran absorbidos por la figura dolosa. Correlativamente, todos los casos de culpa, serán culpa inconsciente, por cuanto en el momento que el sujeto se representa la posibilidad de producción de un daño al bien jurídico, este deberá ser considerado doloso.

Como consecuencia de este razonamiento, en una sociedad plagada de actividades riesgosas como la nuestra, deberían ser calificadas de dolosas todas las actividades que acarreen un peligro de lesión a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. Otra consecuencia sería dejar impune todos aquellos casos en los que el autor de la conducta lesiva, irracionalmente confía en la no producción de dicho resultado.

En respuesta a estas críticas, Frisch realizó una reformulación a las tradicionales teorías cognitivas, elaborando una teoría que pretendía superar las cuestiones planteadas la cual se desarrollara a continuación.

2.1.1.4. *Teoría del comportamiento típico (Frisch)*. Según esta corriente, no todos los elementos del tipo pueden ser conocidos por el autor, el sujeto solo es consciente de aquel elemento que se orienta al cumplimiento del tipo.

Quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprehendido aun esa peligrosidad amenazante. Quien adopta una decisión de actuar siendo consciente del riesgo típico tomaría por tanto una decisión en contra del bien jurídico. No obstante, esta decisión fundamentadora del dolo presupondría que el sujeto también vea las cosas así por sí mismo. Cuando, tras representarse un peligro concreto, se dice que por esta o la otra razón no puede pasar nada, se decidiría por una conducta (subjetivamente) no peligrosa y no actuaría dolosamente (Frisch, en Roxin, T1, 484).

Por tanto, Frisch también pretende excluir el dolo, pese a existir una representación del peligro, “cuando el sujeto confía en un desenlace airoso”. Consecuentemente opina además que, entre “las concepciones presentadas actualmente, la delimitación más útil del dolo la sigue ofreciendo la concepción que exige para el dolo un... tomarse en serio el peligro” (Frisch, en Roxin, 1997, pág. 440).

El conocimiento del comportamiento debe ser el elemento a tener en cuenta a la hora de determinar el dolo, pero con un carácter o dimensión especial. En primer término debe haber una contradicción entre el comportamiento del sujeto y el ordenamiento jurídico. En segundo término dicho comportamiento debe crear un peligro a los bienes jurídicos protegidos, y por último ha de demostrar “que su acción constituye un fallo personal calificado del sujeto ante las exigencias del derecho” (Frisch, en Díaz Pita).

Es esta particularidad para el autor, la dimensión injusta del comportamiento típicamente relevante, la que marca la diferencia entre la imprudencia consciente y el dolo justificando su mayor penalidad.

Esta dimensión debe contar con tres requisitos:

a) Debe consistir en un comportamiento que se oponga al ordenamiento jurídico.

Este hace una selección de aquellos bienes que considera dignos de tutela y determina normas tendientes a evitar la lesión de los mismos, así las normas tienden evitar acciones o comportamientos que se orienten hacia la lesión de dichos intereses jurídicamente valiosos. En ocasiones el ordenamiento describe estos comportamientos indeseados con minuciosidad como ocurre en los delitos de mera actividad, pero en otros casos esta determinación queda librada a la tarea que al respecto realicen la doctrina y la jurisprudencia, como en el caso de los delitos de resultado.

Frisch establece tres criterios para determinar esta contradicción comportamiento-norma. Primero la contradicción debe ser constatada "ex ante", es decir el sujeto debe conocer al momento de la acción su oposición con la norma, ya que es lo único que está al alcance del conocimiento del autor, el mismo ignora el resultado lesivo por no haberse producido, en un sistema penal preventivo propuesto por el autor. De nada sirve una norma que castigue un comportamiento basándose en su resultado "ex post". En esta instancia el autor ya no controla su conducta y el bien se ha lesionado. El ordenamiento debe brindar una contra motivación al sujeto a través de la norma a fin de lograr la evitación de la conducta lesiva.

La consideración "ex ante" se deriva de una concepción preventiva de la pena, introducida por el finalismo que atiende más al punto de vista del sujeto en el momento de su acción, en contraposición a una perspectiva "ex post" defendida por el

casualismo en coherencia con la teoría retributiva de la pena. “El Derecho no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos -¡no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!’, sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados” (Mir Puig, en Díaz Pita, 2011).

En segundo lugar esta contradicción con el ordenamiento debe ser conocida por el sujeto, debe circunscribirse a su ámbito cognitivo, como así también el riesgo implícito que acarrea para los bienes jurídicos la concreción de la conducta típica. Y por último debe haberse tomado en serio, basándose en las reglas de la experiencia.

b) Se presente como una conducta “especialmente” peligrosa para los bienes jurídicos.

Siguiendo con la misma línea de pensamiento, la consideración de un comportamiento como peligroso por parte del autor, solo puede estar basado en criterios “*ex ante*”, circunstancias que rodean al caso, que pueden ser conocidos por el sujeto con anterioridad a la producción del resultado típico. Este tema tampoco está exento de dificultades, ya que volviendo a la idea planteada por Roxin, esta sociedad está rodeada de actividades riesgosas, sin las cuales no funcionaría como tal. Esto nos obliga a diferenciar dentro de las mismas, cuales son aquellas que el ordenamiento considerara como toleradas, y cuales aquellas que serán prohibidas.

En respuesta al planteamiento efectuado por Roxin, el autor de esta teoría nos da una línea directriz que deberemos tener en cuenta para determinar aquellas conductas lesivas que son toleradas por la norma jurídica: El comportamiento que aumenta el riesgo de lesión de un bien, que tiene como finalidad la evitación de un mal mayor, en definitiva configura una disminución del riesgo (ej. arrojar un niño por la ventana en medio de un incendio con la finalidad de evitar una muerte segura o muy probable).

Cuando la conducta riesgosa es aceptada o deseada por el titular del bien jurídico (copiloto de auto de carreras que incita al conductor a acelerar). Y por último, un tercer grupo de casos en donde el autor realiza una conducta riesgosa pero cuenta con una causa de justificación, estos casos en realidad no configuran una verdadera violación al ordenamiento ya que es una conducta que está prevista por el mismo.

No se establece en cambio una regla general acerca de cuáles conductas serán consideradas toleradas por la norma. Esta ponderación deberá ser extraída de la contraposición de intereses en la ejecución de la conducta dada por la valoración de cada una en el caso concreto y por el grado de lesión provocado en un bien en beneficio del otro

Nos toca ahora determinar cuáles son los criterios que se utilizarán para determinar la peligrosidad de la conducta. La doctrina establece tradicionalmente dos criterios diferenciadores, los defensores de un criterio individual, los cuales argumentan que solo se justifica la punición en los casos en que el individuo concretamente tubo la posibilidad de conocer el riesgo su conducta, en donde una contra motivación sería inútil; y los defensores del criterio general los cuales proponen la necesidad de crear una escala general de juicio respecto de la causación de riesgos. Ambas teorías son ampliamente criticadas, una por desconocer elementos normativos de gran importancia y la otra por caer en una excesiva generalización.

Frisch propone un criterio alternativo para determinar la peligrosidad de las conductas, que consiste en diferenciar aquellos comportamientos que se realizan dentro de un ámbito determinado donde el sujeto desarrolla un rol determinado, de aquellos que se realizan fuera del mismo. En el primer caso los integrantes del grupo que desarrollan su rol cuentan con una serie de normas estandarizadas que determinan de qué manera se deben llevar a cabo los comportamientos propios de la función que

desempeñan en la sociedad. Cuando este grupo de normas estandarizadas no sean suficientes para determinar la peligrosidad que implica el desarrollo de dicha conducta, se deberá recurrir a un conocimiento más amplio, en donde el conocimiento especializado del sujeto determinara si este ha aprehendido la peligrosidad de su conducta. Un cirujano, en el desempeño de su “rol”, realiza una serie de conductas en las que el “riesgo” no es una cuestión accidental, sino que está implícito en muchos de esos comportamientos. El cirujano al desplegar su conducta, debe hacerlo de acuerdo con ciertos protocolos preestablecidos, ateniéndose a sus reglas y condicionamientos que regulan su profesión, solo será reprochable las conductas que vulneren o traspasen estos límites o reglas predispuestas.

El segundo grupo de conductas, aquellas desarrolladas fuera de los roles determinados, estaría constituido por conductas arriesgadas en el contexto de la realización de un plan delictivo. Para determinar la penalidad de las mismas, se deberá estar en primera medida al conocimiento por parte del sujeto de las circunstancias concretas del caso. En segunda medida se deberá estar a lo que Frisch llama el conocimiento “ontológico y nomológico” (Frisch, en Ragués I Vallès, 1998, pág. 108). Según este, el sujeto deberá abstenerse de realizar cualquier acción que implique la posibilidad de un riesgo, hasta haber agotado las fuentes de información que revelen la eventual peligrosidad de la conducta.

Criticas. La doctrina de Frisch, tan solo por encuadrarse en la categoría de teorías cognitivas del dolo, merece las mismas críticas que las teorías cognitivas tradicionales. Estas críticas se basan principalmente en la exclusividad de los elementos cognitivos para la determinación del dolo, y tener al riesgo como objeto del conocimiento. Pero la corriente de Frinch, merece además críticas propias en relación a sus particularidades.

La teoría del comportamiento peligroso desarrollada por Frisch, busca escapar de la clasificación tradicional del riesgo y dar una alternativa para determinar cuándo una conducta puede ser considerada peligrosa. Más allá del esfuerzo que implica su trabajo, tampoco logra dar una solución a la cuestión planteada, no logra marcar el límite entre la figura del dolo eventual y la culpa consciente. Frisch excluye del ámbito de los delitos dolosos a las conductas peligrosas cuando, en primer lugar esta importa una disminución en el riesgo del bien jurídico protegido (estado de necesidad), y en segundo lugar cuando existe un consentimiento por parte del titular del mismo. Estos criterios son aceptados de manera pacífica por la doctrina como causa de justificación excluyendo la antijuricidad del tipo.

Otro de los criterios adoptados por Frisch, es el de las escalas relevantes del riesgo, como vimos plantea la existencia de dos grupos de acciones. La primera, desarrollada dentro de un “rol” determinado, el cual está regido por una serie de normas estandarizadas, pero las cuales en algunos casos no son suficientes. Esto hace necesario la utilización de otros conocimientos y facultades del sujeto. Del mismo modo, el momento en que estas normas dejan de ser suficientes, no está determinado, ni quien será el encargado de realizar dicha valoración. Por tanto este criterio deja demasiados interrogantes abiertos y no brinda una solución definitiva a la cuestión planteada. El otro criterio utilizado por Frisch, no corre mejor suerte, fuera de las acciones producidas dentro del rol, solo plantea la posibilidad de conductas delictivas, no dejando espacio para comportamientos normales.

No solo estos criterios diferenciadores son objeto de críticas, la exclusividad el momento “ex ante” planteado por el autor, para determinar la mayor penalidad de una conducta nos lleva indefectiblemente a dos razonamientos. Frisch no tiene en cuenta aquellos delitos en los cuales acción y resultado se dan sin solución de continuidad, en

donde no existe una separación temporal apreciable entre acción y resultado. Indudablemente en estos casos, el sujeto conoce fehaciente cual será el resultado que su conducta, la cual le es perfectamente atribuible. El segundo problema, es que al excluir al resultado como objeto del conocimiento por parte del sujeto, se elimina la diferencia entre los delitos de peligro y los delitos de lesión. Esto produce la equiparación de figuras diametralmente diferentes tanto en su construcción teórica como en su reproche penal. Todo lo dicho anteriormente trae aparejado la ampliación de la punición de los delitos dolosos, en tanto que la puesta en peligro del bien jurídico por parte de la conducta riesgosa del sujeto traerá aparejada una sanción penal por parte del ordenamiento jurídico. En el próximo sub tema, se analizarán las corrientes doctrinarias que toman como elemento diferenciador con la culpa a la voluntad, diferenciando los matices que existen entre cada una de sus postulados, y la crítica que corresponde a cada una de ellas.

2.1.2. Teoría de la voluntad - Aproximación al término.

Las teorías volitivas del dolo, las cuales cuentan como principal referente a Frank, propician como necesaria la existencia de los dos elementos configurativos del dolo. Por un lado la presencia del conocimiento por parte del sujeto actor de los elementos constitutivos del tipo penal, y por otro lado la voluntad del sujeto que dirige su conducta en esa dirección.

Sin embargo, a la hora de definir que entendemos por voluntad nos encontramos con la dificultad propia de la vaguedad del término, y la diferente significación que este vocablo acarrea según el campo de estudio al que nos refiramos. No entenderemos lo mismo por “voluntad” en el sentido vulgar, que en el sentido psicológico del término,

incluso el significado normativo también constara con sus particularidades propias que irán variando según el fuero en que nos encontremos y el tema específico que estemos tratando. Así, la concepción de voluntad en el ámbito específico del dolo eventual no será el mismo que la considerada por ejemplo como necesaria en el fuero civil para considerar valido un contrato.

2.1.2.1. Teorías tradicionales. Esta serie de teorías tienen como exclusivo paradigma de delimitación entre el dolo y la imprudencia a la voluntad, manifestada de manera diversa según cual sea la corriente a la que nos refiramos. La teoría más extendida y que ha alcanzado mayor notoriedad es la teoría del consentimiento, según la cual, además de la existencia de una previsión acerca del resultado por parte del sujeto, exige de este una conformidad desde el punto de vista interno respecto del resultado lesivo, que haya consentido la producción del mismo. Esta versión tradicional de la teoría del consentimiento, es hoy en día rechazada mayoritariamente, de todos modos, hay autores como Ingo Muller que siguen sosteniéndola, para el “...para el *dolus eventualis* sería preciso que el sujeto "apruebe, diga sí, celebre" el resultado... (Roxin, 1997, pág. 431).

2.1.2.1.1. La Primera fórmula de FRANK. La segunda corriente es la conocida como la “Primera fórmula de Frank”, en donde se parte de una hipótesis donde el sujeto se planteaba “si lo que me parece probable (el resultado lesivo) fuese seguro, no obstante actuaría; si lo que me parece posible fuera seguro, no actuaría”. En la hipótesis planteada por Frank el sujeto se representa el resultado como seguro y determina que si aun así, el sujeto hubiese seguido con su plan, habría actuado con dolo; si por el

contrario, hubiese desistido de su conducta habría actuado con culpa consciente. Esta teoría ha contado con la aceptación de importantes partidarios, entre ellos podemos nombrar:

Luzon Peña: en su desarrollo considera la presencia dentro del elemento volitivo de la aceptación o consentimiento de los resultados lesivos, pero que puede ser restringida mediante la utilización de criterios objetivo-normativos. La restricción más importante es la consideración de que “la aceptación o consentimiento solo se excluye por una confianza mínimamente fundada de manera objetiva, aunque errónea, en que no se produzca el hecho” (Luzon Peña, en Tenca, 2010, pág. 37). Habrá dolo eventual cuando el conocimiento por parte del autor de las circunstancias lesivas de su conducta, no hubieran hecho desistir al mismo de ella.

Jiménez de Azua: el sujeto se plantea la producción de un resultado no querido por él, pero cuya producción ratifica en afán de conseguir su objetivo. Por ejemplo el automovilista que conduce a gran velocidad por una calle transitada y se representa la posibilidad de atropellar a un peatón, pero prosigue con su conducta confiando que su pericia al volante le permitirá salvar el escollo. Si produce el resultado lesivo será calificado subjetivamente según esta teoría como autor con culpa consciente. Si por el contrario al representar mentalmente la posibilidad del resultado lesivo, sin confiar en poder sortear el mismo, prosigue con su conducta peligrosa con la finalidad de ahorrar tiempo, al afectar al bien jurídico, será calificado como autor con dolo eventual (Tenca, 2010).

Fontan Balestra: “el fundamento del dolo eventual está dado por el razonamiento que permite concluir que los resultados cargados a ese título, si bien es cierto que no han sido queridos directamente, no se ha dejado tampoco de quererlos, puesto que no se han evitado, por eso dice Beling que no es necesario precisamente

que el autor lo quiera, sino que basta con que no lo quiera” (Fontan Balestra, pág. 262). Al igual que el autor anterior, considera que el sujeto escapara de la imputación dolosa si se demuestra que obro confiando en la posibilidad de evitar el resultado lesivo. Baumann plantea un ejemplo que permite comprender mejor todas las posibilidades de imputación: quien desde el techo arroja un ladrillo para que alcance a su enemigo que transita por la calle, mata intencionalmente. Si al autor el transeúnte le es indiferente y actúa por el placer de hacer un experimento, hay dolo directo. Si en cambio el autor no está seguro, por la baja altura del techo, que el ladrillo matara al transeúnte, pero se “hace cargo de su muerte por que quiere hacer el experimento de todos modos, hay dolo eventual. Si abriga la esperanza de que tenga el cráneo duro y se salve, actúa con culpa consciente (Baumann, en Tenca, 2010, pág. 37).

Criticas: La principal detracción que recibió esta primera fórmula de Frank fue en pretender probar algo que nunca sucedió en la realidad. Los defensores de esta teoría opinan que hay que diferenciar las cuestiones de prueba (por constituir materia procesal) de las cuestiones de fondo, las cuales no deben ser descartadas por la dificultad de probarlas. Sin embargo, esto será válido en los casos en que exista una dificultad probatoria, pero en realidad la crítica va más allá, es mucho más profunda. La teoría del consentimiento para funcionar requiere que se intente probar algo que en la vida real, tal vez nunca haya sucedido, algo que no se ha dado en la realidad. Esto traería como consecuencia un efecto aún más grave, se agravaría jurisprudencialmente el juicio sobre el imputado. Representarse que hubiese ocurrido si el sujeto se hubiese planteado como seguro algo que solo se pudo plantear como probable, requeriría por parte del juez, comenzar un análisis basándose en primer lugar en la personalidad del sujeto, y a decir de Gimbernat: "lo que en verdad decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona" si

siguiéramos esta postura, nos estaríamos alejando de un derecho penal democrático para caer en el derecho penal de autor, puniendo según la personalidad o apariencia del sujeto acusado y no según su culpabilidad (Gimbernat Ordeig, 1972, Pág. 253). Se corre el peligro de que ante casos idénticos, se impute como culpa consciente a quien tiene cara de bonachón, y como dolo eventual al que tiene cara de facineroso. Esta teoría, repiten los críticos, consagra un derecho penal de autor, en lugar de un derecho penal del acto, basan la culpabilidad en el carácter y no la culpabilidad en el hecho.

También se le objeta el hecho de considerar la hipótesis planteada como una premisa condicional irreal, en donde mediante su utilización se podría llegar a conclusiones inadmisibles, como sucedería en el caso en que la realización de la circunstancia y el resultado lesivo fueran mutuamente excluyentes. Este es el renombrado caso de los mendigos rusos, en donde mutilaban a los niños con el objeto de conseguir mejores limosnas a través de la pena. Muchas veces los niños morían producto de las mutilaciones recibidas, sin embargo los mendigos seguían mutilándolos, con la esperanza de que no muriesen. De este modo, si la muerte fuese segura, se abstendrían de actuar, ya que el resultado lesivo de la muerte de los niños está relacionada de manera excluyente con su objetivo de obtener dinero. *“Quien sabe exactamente que acertara al batidor y no a la liebre, ya no tiene motivos para disparar si es que quiere hacer estofado de liebre”* (Jackobs, 1997, p. 331). El autor no conoce desde el inicio de su plan de acción conocimiento exacto acerca de las contingencias o resultados secundarios que el mismo acarrea, deducir lo contrario no puede satisfacer el fin de la mayor punibilidad de una figura respecto de la otra. Siguiendo esta postura se debería concluir (equivocadamente) en casos como estos, que no hay dolo eventual, sino culpa consciente. La desaprobación del resultado, en estos casos no puede hacer desaparecer el dolo.

Autores como Claus Roxin agregan que si tomamos a esta teoría de manera estricta, el campo de aplicación del dolo eventual queda sumamente restringido. No parece exagerado afirmar que la sentencia de 1955 en que el Tribunal Supremo alemán resuelve el denominado "Caso de la correa de cuero" (Lederriemenfall) (Ragués I Vallès, 1998) marca un punto de inflexión clave en el devenir histórico de la centenaria discusión sobre el concepto de dolo.

El joven de casi 20 años de edad K. había conocido en 1953 al vendedor de seguros M., con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K. entabló amistad con J. Para poder comprar ropa y pagar el alquiler de una habitación, a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M. cierta cantidad de dinero, pensando que éste no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que, una vez dentro de su vivienda, dejarían a M. inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlo cortándole la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte.

El 25 de febrero de 1954 K. y J. convencieron a M. para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accedió. A las cuatro de la madrugada y de acuerdo con el plan, J. golpeó a M. mientras éste dormía con el saco de arena en la cabeza, acción que sólo sirvió para despertarle. En ese preciso momento, K. recurrió a la correa de cuero, que había llevado consigo, y, con la ayuda de J., consiguió colocarla alrededor del cuello de M., tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente, se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M. El Tribunal del Jurado condenó a J. Y K. como autores dolosos de dicha muerte.

Tribunal partidario de la teoría del consentimiento, se hallaba frente a un dilema, ya que era indudable que los imputados carecían del propósito de matar a la víctima. Una clara demostración de este punto era que habían predispuesto un medio menos lesivo para lograr su fin.

A primera vista se puede afirmar que el resultado mortal, no solo no era tomado con indiferencia, sino que estaba completamente fuera de su pretensión, ya que lo único que podía generar el resultado no deseado era inconvenientes, lo que de hecho término sucediendo. Una aplicación estricta de la teoría del consentimiento, traía aparejado como consecuencia la necesidad de imputar subjetivamente el hecho como imprudencia, al faltar en los sujetos la vinculación interna con que caracterizaba al dolo eventual. Con la finalidad de evitar una sentencia que en esos términos parecería injusta, el Tribunal toma algunos argumentos que habían sido planteados en la primera instancia del juicio. En primer lugar, se afirma la conciencia de los acusados acerca de que el uso de la correa de cuero ponía en peligro la vida, quedando acreditado el elemento cognitivo.

Lo que se propone el Tribunal en este caso, demostrar la posibilidad de imputar como dolo eventual, en casos en donde no existe una vinculación interna positiva, entre el autor del hecho y la consecuencia típica, no es necesario que el autor desee ese resultado lesivo. Si bien el autor no quiere el resultado, lo aprueba cuando, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado. (Ragués I Vallès, 1998, pag. 93).

El dolo eventual se diferencia del no eventual en que el resultado indeseado no se prevé como necesario, sino tan sólo como posible. Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer y por ello acepta el peligro, mientras

que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro, porque en la medida en que no puede conseguir su objetivo de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado.

2.1.2.1.2. La Segunda Formula de Frank. La tercera corriente doctrinaria que analizaremos en este punto, es mejor conocida como “la segunda fórmula de Frank”. Esta reformulación de la primera teoría del mismo autor. Pretende sortear las críticas efectuadas a su primera exposición. Para determinar si el comportamiento del actor fue doloso habría que estar a una formula en la cual si el autor dice: “sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, yo actuó en todo caso, entonces su culpabilidad es dolosa” (Tenca, Adrián, 2010, pág. 49.), será imputable a título de dolo.

En el desarrollo de esta teoría, no hace hincapié en un “querer” el resultado, fuente de fuertes críticas por parte de la doctrina, sino que en este caso la característica de la voluntad interna del sujeto, se asimila con la resignación al resultado, sin llegar a quererlo o desearlo. Esta postura da origen a la corriente llamada “teoría del positiva del consentimiento”. Esta reformulación de la hipótesis de Frank, no ha escapado a las críticas de la doctrina, estas reprochan en primer término que no formula un criterio adecuado para la delimitación entre las figuras de la culpa con representación y el dolo eventual. Plantea que el sujeto recree conscientemente las circunstancias que rodean a su conducta y emita un juicio al respecto, cosa que no sucede en la mayoría de los casos, en donde el autor suele actuar de un modo predominantemente reflexivo e impulsivo, sobre todo cuando se trata de crímenes violentos. Esto es claramente inadmisibles, ya que ata a la configuración del dolo a una actividad reflexiva del sujeto, cuando la misión del derecho penal no importa la valoración de las actitudes internas del sujeto.

2.1.2.1.3. *Teoría de la Indiferencia*. Desarrollada por el maestro alemán Engisch en el año 1930, supone una manifestación en el sentido más estricto de la teoría del consentimiento. Hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que pueden resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia. Por el contrario, no podremos afirmar la concurrencia de dolo eventual cuando el sujeto no desea las consecuencias concomitantes y, por tanto, espera que no se materialicen (Engisch, en Díaz Pita, 2011 pág. 193).

Esta teoría es desarrollada como consecuencia de la insuficiencia de las fórmulas de Frank para superar las dificultad de delimitar de manera suficiente las figuras de la imprudencia consciente y el dolo eventual, y como un intento de plantear un criterio que permita diferenciar todos aquellos casos en donde existe unanimidad acerca de la concurrencia del dolo eventual, estos están caracterizados por la presencia de una “actitud indiferente” por parte del sujeto en cuanto a la posible causación del daño al bien jurídico.

Critica: Quienes rechazan esta teoría tampoco ven en la indiferencia, el criterio suficiente para delimitar los dos tipos subjetivos en conflicto, ya que quienes actúan con culpa, también muestran una indiferencia respecto del resultado lesivo. También acarrea la dificultad de caer en un derecho penal de autor y por ultimo excluye incorrectamente del tipo doloso a aquellos casos en los cuales el sujeto no se ha conformado con el resultado por resultar por ejemplo incompatibles con su finalidad.

2.1.2.2. *Reformulación de la teoría de la voluntad.* Como respuesta a la superación de viejas críticas a las tesis volitivas tradicionales, han surgido nuevas corrientes que insisten en mantener a la voluntad como elemento delimitador del dolo eventual, sin embargo, este elemento volitivo, no es ya analizado desde una perspectiva psicológica, sino que vira hacia una perspectiva normativa. Se parte de analizar cuál es el criterio por el cual el legislador al establecer la norma estipula una pena más grave a los delitos dolosos respecto a los delitos imprudentes.

2.1.2.2.1. *Roxin – El dolo como decisión.* Esta tesis parte de dos puntos fundamentales, en primer lugar, de la superación de la concepción clásica del dolo, y en segundo lugar (elemento común a estas tendencias), la necesidad de diferenciar los tipos imprudentes y dolosos mediante la utilización de un criterio normativo, teniendo en cuenta el factor utilizado por el legislador a la hora de penar con mayor severidad una conducta respecto de la otra (Díaz Pita, 2011, pág. 200 y ss.).

Respecto de la primera cuestión, plantea la necesidad de superación de la vieja fórmula que define al dolo, a decir de Hassemer, "las viejas alternativas fosilizadas que, dentro de la teoría del dolo, diferenciaban los aspectos cognitivos y volitivos" (Hassemer en Díaz Pita, 2011 pag.200). Se plantea si son estos los criterios adecuados para determinar la concurrencia del dolo, estima que el dolo no implica una actitud del sujeto frente al resultado lesivo, ni la valoración que el sujeto pueda hacer de la probabilidad de las consecuencias dañosas de su conducta como proponen las teorías tradicionales.

Roxin plantea una reformulación de la figura del dolo, el "Planverwirklichung" o "realización del plan del sujeto". Este nuevo planteo determina que un resultado podrá

ser considerado doloso, cuando mediante una valoración objetiva del mismo se desprenda que coincide de manera exacta con el plan del sujeto (en Diaz Pita, 2011, pág. 201).

Respecto de la segunda cuestión, considera que el derecho penal no se orienta a la protección de los bienes jurídicos como consecuencia de una actitud interna del sujeto activo. Sino que se orienta a la protección de estos bienes bajo todo concepto, sea cual sea la actitud del sujeto, ya que del mantenimiento de estos bienes depende en gran medida el mantenimiento de la sociedad.

Para determinar entonces la existencia de dolo, se deberá analizar si el sujeto se decidió, ante la amenaza de la norma, de manera positiva por la realización del tipo penal. Si esto sucede, ni su íntima esperanza de que el resultado no se produzca, ni que este efectivamente no se materialice, cambiaran el carácter de la imputación, ya que su mayor criminalidad reside en que su plan se dirige directamente a la vulneración del bien protegido por el tipo penal.

Serán entonces los dos criterios delimitadores entre la culpa con representación y el dolo eventual, primero la determinación del plan del sujeto, y segundo la determinación que ese plan va dirigido contra lo que la norma ha determinado como prohibido en defensa de los bienes jurídicos. Pero como determinar en los casos concretos la presencia de estos extremos. Para la superación de este escollo, el autor recurre a la ayuda de Kaufmann (en Diaz Pita, 2011, pag. 206) y su “voluntad activa de evitación”. Según esta teoría, podrá ser considerada dolosa, la conducta del sujeto, que previendo la posibilidad de que se produzca una lesión a los bienes jurídicos, no realiza ninguna actividad orientada a la evitación de la misma. En cambio si el sujeto desplegó medidas que considero suficientes para evitar el acaecimiento del daño punible, el dolo quedara excluido.

Las diferencias entre las teorías de Roxin y Kaufmann se dan en los casos en que el sujeto no confía plenamente, tiene dudas, en la efectividad de las medidas por él adoptadas para lograr evitar el resultado lesivo. Un ejemplo de la hipótesis planteada, es el de la conducción peligrosa, en donde el sujeto sabiendo que pone su plan de acción contra la integridad de los bienes jurídicos, confía en que su habilidad como conductor le proporcionara una verdadera oportunidad de evitar el resultado dañoso. Para Kaufmann estas circunstancias son suficientes para excluir la imputación dolosa al sujeto. Para Roxin en cambio, estas circunstancias no excluyen la imputación dolosa del sujeto. Esto es así, puesto que quien continúa con su plan, consciente de la ineffectividad del medio empleado para evitar el resultado lesivo, se determina contra el tipo penal haciéndose merecedor de la imputación más gravosa. Según este último autor se justifica la imputación dolosa ya que el sujeto obra a sabiendas de que está poniendo en peligro la integridad del bien jurídico en juego.

Como segundo criterio delimitador, Roxin echa mano a otra fórmula, es la desarrollada por Stratenwerth (en Diaz Pita, 2011 pág. 207). Esta determina que si un sujeto al realizar determinar su plan de conducta, se plantea la posible eventualidad de lesionar el bien jurídico en juego, y sin embargo sigue adelante, este habrá incluido dentro de su plan dicha eventualidad conformándose con la realización del tipo. Sin embargo, si el sujeto no “tomo en serio” dicha eventualidad, no deteniéndose a analizar dicha posibilidad “tomándola a la ligera”, desechándola de manera imprudente, su acción será imputable como culpa consciente. “Tomar en serio” implicara entonces plantearse de manera concreta la posibilidad del resultado lesivo, y tomar posición al respecto, o bien continuar con el plan poniendo en riesgo el bien en juego (dolo eventual) o bien decidirse por la renuncia de la acción planteada. “Tomar a la ligera” consistirá en tachar de la mente el peligro planteado, sin tomar posición

alguna al respecto y confiar en que el resultado se produzca, este criterio será el que determinara la presencia de la imprudencia consciente.

2.1.2.2.2. *La Tesis de Hassemer.* Parte de los mismos postulados que la teoría de Roxin, reemplazando la postura psicológica por una normativa derivada de la imposibilidad de constatación empírica de la primera, y basándose en los elementos que constituyen “*la ratio*” de la penalidad más grave del dolo. Su dato diferenciador se encuentra en la calificación del dolo como “disposición”, la cual se manifiesta mediante una actitud interna del sujeto frente a la norma. Esta, por escapar a la constatación empírica, deberá ser determinada mediante un catálogo de indicadores que determinaran su calificación legal.

La razón por la que el ordenamiento decide una mayor penalidad de los delitos dolosos está dada por la posición que toma el sujeto frente a los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. El sujeto ante la disyuntiva de seguir actuando frente a la posibilidad de lesionar los bienes, o desistir de su conducta, optan por continuar con la misma en detrimento de lo que determina la norma. La razón por la cual está “toma de decisión” recibe una sanción más grave por parte del derecho penal es que constituye "en relación con la imprudencia, un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad" (Hassemer en Díaz pita, 2011 pág. 209).

A diferencia de las posturas anteriores (Kaufmann, Roxin), considera que el sustrato del dolo está constituido por elementos internos del sujeto (su voluntad). La misma se manifiesta internamente como una decisión contraria del sujeto frente a lo que

dispone la norma, lesionando de este modo, no solo la norma, sino también el bien jurídico que esta tutela.

Al determinar que entiende Hassemer por “disposición”, tenemos que tener en cuenta que conceptos como dolo, son manifestaciones internas de la voluntad. Estas manifestaciones se encuentran ocultas en la mente del sujeto, cuestión que impide al investigador llegar a aprehenderla de manera directa, acarreando problemas en cuanto a su prueba, conceptos como el dolo reflejan una disposición o tendencia anímica.

Ante la imposibilidad de acceder a esta información de manera directa, propone la utilización de “indicadores” por medio de los cuales se puede acceder a esta de manera indirecta aportando indicios que permitan deducir esta “disposición anímica”. En lo que al dolo se refiere no existe una serie de indicadores nominados que nos permitan de deducirlo, sino que habrá que estar al caso concreto.

Estos indicadores para ser validos requieren contar con tres características:

1º Ser observables.

2º Ser completos, si faltan elementos, los resultados serán incompletos o parciales.

3º Reveladores de la disposición.

Como vemos Hassemer considera al elemento volitivo como indispensable a la hora de determinar la intención del sujeto, así para que se dé el dolo deberán darse tres extremos: 1º la circunstancia objetiva de peligro hacia el bien protegido (único momento factor comprobable de manera empírica), 2º la representación de dicho peligro por parte del sujeto y por último el factor volitivo en el cual el sujeto se decide contra el bien jurídico protegido y por tanto contra la norma.

2.1.2.2.3. *La tesis de Philipps: "decisión entre alternativas de comportamientos"*. La doctrina de Philipps se encuadra dentro de estas nuevas tendencias de teorías volitivas. Interpreta esta relación intencional del sujeto frente al resultado, como un elemento más dentro del cúmulo de factores fácticos y normativos que lo determinan en tal dirección. Esta tesis surge como reacción a la insuficiencia del factor voluntad para delimitar por sí solo las conductas imprudentes de las intencionales. Le otorga a la motivación un carácter delictivo casi imposible de verificar en los casos en los cuales esta motivación no es evidente como en ellos casos límites, y la diferencia no es menor teniendo en cuenta la diferente gravedad punitiva de las figuras.

El caso de que el fracaso del objetivo buscado por el sujeto por el acaecimiento del daño sea incompatible con su finalidad, no justifica una menor punibilidad, ni una calificación subjetiva distinta. El sujeto que actuó, decidiéndose a favor de la posibilidad de lesionar el bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal, merece una imputación más grave que aquel que actúa de manera imprudente, por más que la lesión de los bienes sea incompatible con el logro de su objetivo (Philipps en Díaz Pita, 2011 pág. 219).

La mayor dificultad surge en aquellas situaciones en donde se dan conductas socialmente reconocidas los cuales acarrear un peligro que bordea lo antijurídico. Philipps propone su hipótesis de acción como decisión entre diferentes alternativas de comportamiento. "Un sujeto se encuentra en una situación dada en la cual cuenta con varias alternativas de comportamientos, de las cuales, a su vez, se derivarían una serie de consecuencias. Estas consecuencias se puedan clasificar siguiendo un orden de valores. Además, debemos contar con unas reglas determinadas que manifiesten la posición del sujeto agente respecto al riesgo para el bien jurídico amenazado, puesto que alguna de las citadas consecuencias no pueden ser previstas con completa

seguridad, sino sólo como de posible producción o con un cierto grado de probabilidad" (Philipps, en Díaz Pita, 2011 pág. 219). El sujeto activo se encuentra ante la disyuntiva de realizar diferentes conductas, esta elección será realizada por el sujeto en virtud de una serie de escala de valores y teniendo en cuenta las eventuales consecuencias dañosas que pueden acarrear cada una de ellas para los bienes. Para valorar esta cuestión habrá que tener en cuenta el rol que desempeña el sujeto y según las normas que rigen ese rol. Se dará dolo eventual cuando el sujeto, según estas circunstancias, se decide en contra de las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico.

Critica: Existen casos en donde las máximas del riesgo determinadas por el ordenamiento jurídico penal no son claras, o incluso (estado de necesidad) algunos casos en donde la ley permite o exige un comportamiento que acarrea un peligro para los bienes, en estos casos el juez deberá llevar a cabo una evaluación "a posteriori" de las circunstancias en las cuales el sujeto toma la decisión.

Sucedo también a veces que el sujeto no es del todo consciente de las opciones de comportamiento con las que cuenta. Según Phillipps en éstos casos habrá que tomar especial atención a lo que él denomina "predecisión", que consiste en recabar información sobre la normativa jurídica y la propia de su rol, y predisponer posibles reacciones ante la eventualidad del resultado no deseado. Si actúa de este modo, estará actuando de manera dolosa, por el contrario, si la persona actúa apremiada por las circunstancias, abandonándose a la rutina y a sus conocimientos de su profesión de manera descuidada, estará actuando de manera imprudente. De este modo, nuevamente estamos ante hipótesis que normalmente no suelen darse en la realidad, los sujetos en la mayoría de los casos, actúan de una manera más irreflexiva.

2.1.2.2.4. *Teoría de la asunción de Schroth*. A diferencia de la tesis anterior que utilizaba el término “decisión”, Schroth (en, Diaz Pita, pág. 228 y ss.) utiliza el término “asunción”, que como se observara al desarrollar sus ideas, coincide con la idea de Phillips de una autoafirmación del sujeto frente al mundo. Esta teoría mantiene la misma línea que la teoría de Philipps, sin renunciar a los elementos volitivos, toma como criterio diferenciador la perspectiva normativa. Al igual que las tesis anteriores, estima que el criterio normativo que determina la mayor o menor punibilidad del hecho antijurídico, es el que debe tenerse en cuenta a la hora de delimitar los casos de dolo e imprudencia. Para esta teoría, el criterio por el cual se castiga de manera más severa una conducta dolosa con respecto de una imprudente, se basa en las diferentes expectativas que el ordenamiento jurídico tiene respecto del sujeto doloso con respecto al imprudente. Del imprudente el ordenamiento jurídico espera que en el futuro se desenvuelva con mayor cuidado (reciprocidad de la perspectiva), del doloso espera que el sujeto revea su actitud de negación frente a la norma y los intereses ajenos (giro normativo). Esta “negación”, como la llama el autor, implica una posición del sujeto en cuanto su toma de decisión contraria a los intereses ajenos, asumiendo las “condiciones constitutivas del injusto”.

Así, el legislador castiga con mayor rigor a aquel que se ha asumido una posición contraria a los intereses ajenos, a los que la norma ha decidido como valiosos. En el caso del dolo eventual nos encontramos frente al supuesto en donde el sujeto sabe que está poniendo en peligro intereses socialmente valiosos, sabe que cuentan con la protección de la norma jurídica, no desea su materialización, pero interpreta esa producción como inminente y sigue actuando, asumiendo el riesgo, asumiendo las condiciones constitutivas del injusto.

Hay cuatro casos en los que podemos afirmar la ausencia de dolo eventual:

- 1° En aquellos casos en donde el sujeto reprime en su psiquis el factor de peligro hacia los bienes jurídicos. Es el caso analizado con anterioridad en donde el autor no toma en serio, o toma a la ligera la posibilidad del resultado dañoso, lo tacha de su conciencia sin tomar una posición al respecto, por lo tanto no existe para él una contra motivación que le impida actuar. La pena que le corresponderá será la determinada para los delitos imprudentes.
- 2° En los casos en que el sujeto activo, de manera seria, realiza maniobras, o predispone medios para evitar el daño en los bienes jurídicos. Si ante el peligro de la materialización del daño el sujeto predispone de manera seria su conducta para evitar esas consecuencias nocivas, no podemos afirmar que asumió las mismas, lo cual hace al sujeto menos reprochable penalmente y por consiguiente merecedor de una pena disminuida.
- 3° En aquellos casos en los que el sujeto confía seriamente en que un tercero o la víctima podrán evitar el resultado típico.
- 4° En los supuestos en donde ese actuar riesgoso es realizado en beneficio del bien jurídico.

2.1.3. Teoría del Riesgo

El concepto de riesgo o peligro ha sido objeto de estudio y de gran interés por parte de la doctrina penal. Cuando en el derecho penal hablamos de riesgo, lo hacemos siempre en relación a aquellos bienes a los cuales el ordenamiento ha considerado dignos de tutela por parte del ordenamiento jurídico penal. Es esta, en definitiva, la función última del derecho penal, brindar una protección a aquellos bienes jurídicos considerados esenciales para la sociedad, a través de la imposición de una contra

motivación a aquellos que orienten su conducta a vulnerarlos, a fin de que se decidan por no lesionarlos.

El concepto de riesgo, es además de gran utilidad, y un instrumento importante al momento de determinar la diferencia entre delitos de peligrosas y delitos de resultado; y dentro de la primera categoría, en delitos de peligro concreto o delitos de peligro abstracto; y también constituye el presupuesto objetivo para determinar la imprudencia respecto de los especiales deberes de cuidado esperados del sujeto. En este último sentido, ha sido objeto de las más diversas teorías, a continuación una reseña de las principales.

Teoría Subjetiva del peligro. Esta primera teoría, define al riesgo como “la causación o la no aclarada no causación de la lesión de un bien jurídico” (Corcoy Bidasolo, 2005, pág. 200).

Teoría General u Objetiva. Esta teoría no se refiere a acciones individualizadas, sino que el concepto de peligro o riesgo, surge de la comparación de acciones que en forma general resultan peligrosas para los bienes tutelados. El riesgo es "la posibilidad objetiva de un resultado lesivo, es decir, la probabilidad generalmente válida de su producción" (Binding, en Diaz Pita, 2011 pág. 264).

Teoría Abstracta o Subjetiva. Esta teoría parte de una categorización por parte del legislador de aquellas conductas que considera peligrosas “per se”, creando una presunción legal “*iure et de iure*” que no admite prueba en contrario. El legislador a través de su labor, crea una serie de categorías de conductas peligrosas que servirán al tribunal de base para determinar a través de dicha nomina, las conductas riesgosas.

Teoría Ecléctica (objetivo-subjetiva). Esta teoría constituye una síntesis de las tesis anteriores, tomando elementos de ellas para considerar al peligro como un factor

objetivo que permite conocer “*ex ante*”, las consecuencias lesivas, por lo que deberá discutirse solamente si el sujeto en el caso concreto contó con los conocimientos objetivos necesarios para prever dicha circunstancia. En definitiva, son tres los criterios para determinar el riesgo punible, primero se necesita la existencia de un peligro objetivo, en segundo término que el autor haya podido hacer un juicio del mismo, es decir que este haya sido conocido o cognoscible por parte del autor, y en tercer lugar que este peligro, por su calidad y cuantía sea considerado de una relevancia suficiente por parte del ordenamiento para considerarlo digno de pena (Tenca, 2010, pág. 215).

Las doctrinas desarrolladas en este sub tema, analizan desde diferentes ópticas y sentidos el concepto de riesgo. Independientemente de ello, a continuación se expondrán las teorías, que en este sentido, pretenden diferenciar la figura del dolo eventual de la culpa con representación.

2.1.3.1. El riesgo cognoscible. Se podría afirmar que estas teorías son una continuación de las teorías cognitivas analizadas en capítulos anteriores, al igual que estas, descartan la participación de la voluntad en la determinación de la imputación dolosa, pero su objeto de estudio es diferente. Estas teorías no basaran su esfuerzo en el conocimiento en sí mismo, sino en interpretar al riesgo como elemento aprehensible por el sujeto a través del conocimiento.

El peligro como objeto del conocimiento, no es el peligro abstracto que puede derivar de una previsión normativa. El objeto de esta teoría es el peligro concreto el cual implica una acción individual probablemente lesiva a los bienes jurídicos, esta se determinara según las circunstancias coyunturales concretas que afectan al bien en

riesgo. La simple probabilidad abstracta no es apta según esta teoría para determinar el peligro.

La peligrosidad concreta por parte de la acción, debe ir acompañada siempre por un reconocimiento y valoración por parte del sujeto, según las circunstancias particulares del caso, que le permitan comprender “*ex ante*” la peligrosidad de la acción. En la sociedad moderna, como se ha descrito, existen innumerable cantidad de actividades que implican un peligro, no ya abstracto, sino concreto a los bienes jurídicos; esto nos lleva al siguiente requisito del peligro, el de ser jurídicamente relevante.

Critica: La relevancia normativa del peligro, coincide con que este riesgo este o no tolerado por el ordenamiento jurídico, sin embargo, riesgo no tolerado, no es equivalente a riesgo previsto, no siempre coinciden. Existen en opinión de Frisch (en Ragués I Vallès, 1998) cuatro casos en los que el riesgo previsto, no se corresponde con el riesgo que el ordenamiento considera no tolerado o relevante.

- 1) Cuando “*a posteriori*” la conducta peligrosa resulta en una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido.
- 2) Cuando el autor del hecho reconoce la peligrosidad “abstracta” de su conducta, mas no la concreta.
- 3) Cuando dicha conducta está prevista como una causa de justificación que excluye la antijuricidad de la misma.
- 4) Cuando el sujeto es consciente que según las escalas de riesgo, su conducta no implica riesgo para el bien jurídico protegido.

El conocimiento del riesgo, se convertirá para esta tesis como el elemento de partida para delimitar los delitos imprudentes de los delitos dolosos. Sin embargo, el conocimiento de la peligrosidad “*ex ante*” de la conducta y la relevancia del mismo

para el ordenamiento jurídico, no es suficiente para delimitar la imprudencia del dolo. A partir de esta base se desarrollan las teorías de peligro desprotegido o peligro habitual que se analizarán a continuación.

2.1.3.2. El Peligro Desprotegido: Herzberg. Este autor, realiza una crítica a las teorías tradicionales, considerando que las mismas presentan errores notorios que impiden la correcta delimitación entre las conductas dolosas e imprudentes. Estas tesis recurren a elementos de “dudosa existencia” como la eliminación mental y “tomar a la ligera”, o tienden a basarse en la cuantía del riesgo para delimitar las figuras en conflicto. Así, cuando existen peligros de escasa cuantía, tienden a negar el dolo, y cuando la misma es elevada, tienden a afirmarlo casi de forma automática.

Su tesis de peligro plantea la posibilidad de que la solución al problema no se base solamente en la representación del peligro, sino en la calidad del mismo. Categoriza Herzberg los riesgos no permitidos en "peligros cubiertos o protegidos" y "peligros descubiertos o desprotegidos".

Existirá *peligro cubierto*, cuando las circunstancias particulares permitan confiar en que el daño no va a producirse. Tales circunstancias dependen normalmente en las particulares medidas o atención tomadas por parte del autor, la víctima o un tercero a fin de evitar la realización de la lesión. Así, utilizando un ejemplo clásico de Herzberg, el contratista que manda al operario a trabajar en un andamio que no está en condiciones, está creando un riesgo contra la salud del operario. No obstante este puede, basándose en la experiencia u otras circunstancias, confiar en que el resultado no se producirá a causa de las aptitudes y cuidados desplegados por parte del operario. Esta esperanza, o confianza, no es una confianza irracional o ciega, sino que la

salvación del bien, es atribuible al esfuerzo del sujeto activo, la víctima o un tercero que tienen reales posibilidades de evitar el daño. Esta circunstancia puede incluso terminar mal y producirse efectivamente el “*peligro cubierto*” y materializarse la lesión. Sin embargo "el infortunado desarrollo de la situación no influye en la calificación de peligro protegido o desprotegido" (Herzberg, en Díaz Pita, 2011 pág. 273).

El peligro *descubierto* o *desprotegido* se da en cambio cuando no existen circunstancias que permitan racionalmente pensar que el daño no se producirá. Existen situaciones en donde nada, ni el esfuerzo de la víctima, no del autor, ni la de un tercero, podrá evitar la consecución del resultado típico, la confianza en que el mismo no se producirá, es a primeras, irracional. " ... El conocimiento por parte del autor de un peligro cubierto sólo fundamenta la imprudencia, mientras que, si lo que conoce el autor es un peligro descubierto, se está ante un caso de dolo..." (Herzberg, en Ragués I Vallès, 1998, p. 479).

Criticas: Esta postura no ha logrado tampoco salir exenta de las detracciones, calificar el riesgo según las posibilidades del autor del hecho como cubierto o descubierto ya es un tema discutible, basándonos en el control que “quizás” el mismo sujeto que genera el peligro pueda tener sobre la disminución del resultado lesivo. Si no podemos afirmar que este sujeto tenga un real control sobre el peligro que el mismo ha generado, menos aún podrá ejercer un control sobre las conductas de evitación de la propia víctima o de un tercero resulta casi insostenible. Si bien desde un punto de vista racional se puede esperar que ante un peligro “avisado” la víctima despliegue su conducta a fin de evitar la producción del daño hacia sus bienes, parece inaceptable dejar librada la calificación dolosa a la reacción de la propia víctima o de un tercero.

Nunca se puede estar seguro de que manera reaccionaran los demás, y la advertencia del peligro tampoco asegura “*per se*” la posibilidad de evitación del mismo.

2.1.3.3. *Jakobs y la teoría el riesgo habitual.* El autor de esta corriente se alinea entre aquellos que desprecian al elemento volitivo como integrante del concepto del dolo. Sostiene que para la determinación del concepto de dolo eventual basta la utilización de los elementos intelectivos del sujeto sobre el riesgo a los bienes jurídicos. Este elemento intelectualivo o cognitivo, no se identificara con la simple percepción del riesgo, sino que será necesaria la existencia de un “juicio de peligrosidad” realizado por el sujeto, a fin de determinar ayudado por las normas jurídicas, la peligrosidad de la conducta a desplegar.

Jakobs busca mediante su postura, lograr la determinación de los tipos dolosos basándose en los elementos normativos que nos brinda el tipo penal. Pero si bien parte de las mismas bases que teorías anteriores, cuenta esta con particulares características que la diferencian de las tradicionales. En la primera de las características, está constituida por la configuración del elemento intelectualivo del riesgo no como una simple aprehensión, sino como la realización de un juicio valido.

En la cuestión sobre los criterios delimitativos del dolo y la imprudencia, no serán útiles los elementos configurativos de la voluntad (si el autor quería o no quería el resultado lesivo), sino que deberá determinarse si el sujeto activo mantenía o no el control de la situación. Considera también insuficientes los criterios de las doctrinas tradicionales del riesgo sobre la “probabilidad del resultado”.

Es necesario que el sujeto realice un juicio valido en base a un conocimiento global de las circunstancias que rodean al hecho. Si bien es cierto que este juicio puede variar

conforme a los diversos momentos en que se realiza, el juicio valido al momento de juzgar la imputación dolosa o imprudente del autor deberá ser el juicio realizado en el momento de la realización de la acción.

Uno de los elementos configurativos del juicio valido, es la posibilidad de evitación del resultado lesivo. La facilidad o dificultad de evitar el resultado dañoso, no deberá verse desde un punto de vista subjetivo, sino en determinar si esta dificultad podía actuar como una motivación para el sujeto, basándose siempre en lo que este conoce o cree conocer de las circunstancias que rodean al hecho.

Otro de los puntos esenciales en el planteo de Jakobs, es la relevancia del riesgo. Esta relevancia es de carácter normativo, es decir, será tan grave y de tanta amplitud como nos lo determine el ordenamiento jurídico penal, y no según como lo haya considerado el sujeto. Así no quedaran excluidos de la imputación dolosa, que el sujeto haya considerado de poco valor el bien afectado, los errores de prohibición etc.

Cuando el autor habla de riesgo habitual, hace referencia a la necesidad de diferenciar aquellos riesgos propios de la sociedad actual a los que constantemente estamos sometidos, de aquellos que superan el límite de tolerancia habitual por parte del sujeto. "Un riesgo será, pues, relevante y suficiente para una imputación a título de dolo, no sólo cuando su gravedad lo indique sino también cuando traspase la medida según la cual un riesgo debe ser de forma general interpretado como no tolerado, en tanto determinados ámbitos de la vida no deben ser protegidos de forma absoluta" (Jakobs en Diaz Pita, 2011 pág. 290).

Criticas: Muchos autores consideran la teoría de Jakobs como una mezcla de las corrientes de la probabilidad con elementos delimitadores de Kaufmann o Roxin en cuanto a "tomar en serio". Recibe por tanto las críticas citadas en cuanto a la

problemática de la determinación y prueba, y su escasa utilidad a la hora de delimitar las conductas imprudentes de las dolosas de la teoría de la probabilidad. Por su parte la inclusión de habitualidad del riesgo en la teoría de Jackobs, no hace mas que debilitar el juicio de probabilidad que debe realizar el sujeto a la hora de actuar. La respuesta de la habitualidad subjetiva, no es muy convincente para delimitar, entre las conductas peligrosas no toleradas por la norma, aquellas que serán imputadas a título de dolo, respecto de las que lo serán a título de culpa con representación.

Si la idea de Jackobs es centrarse en criterios normativos para lograr la correcta delimitación de las imputaciones dolosas de las imprudentes, no es recomendable que recurra por otro lado a pautas basadas en hábitos estrictamente personales de quienes despliegan sus conductas peligrosas.

2.1.4. Otras posturas - Estructuras del dolo y de la culpa.

2.1.4.1 Las tesis de Kaufmann y Kindhauser. El estudio de ambos autores se centra en determinar la diferencia estructural entre las figuras dolosas de las imprudentes. Ambos encuentran un elemento en uno de los tipos subjetivos que no está presente en el otro. Para Kindhauser, ese elemento diferenciador, se identifica con el error por parte del sujeto imprudente en cuanto a la efectividad de las medidas predisuestas a fin de evitar las lesiones a los bienes producto de las consecuencias accesorias de su conducta. Para Kaufmann, ese elemento se corresponde con lo que el autor denomina como “*voluntad activa de evitación*”, una voluntad que se dirige (independientemente de la efectividad de la misma) a la excusión del daño producto de la conducta desplegada por el autor. Ambos autores encuentran en este “*intento de evitación*” el

elemento caracterizante de la imprudencia que nos permitirá delimitar la imputación subjetiva entre el hecho doloso y el culposo.

2.1.4.1.1. *La tesis de la evitabilidad del resultado: Kaufmann.* Según esta teoría, si cuando el autor de la conducta, ante la realización de su plan, prevé la causación de un daño y no modifica los medios para alcanzar su objetivo final, de modo que tenga la posibilidad de lograr su evitación, se debe a las siguientes circunstancias (Tenca, 2010, pág. 94):

1. La finalidad perseguida por el autor no se alcance por un medio distinto.
2. Realizar la conducta de evitación resulta demasiado costosa.
3. Que el resultado dañoso le sea indiferente.

En los tres supuestos el autor obra con dolo eventual, el cual se verá excluido si el sujeto creyó erróneamente que los medios predispuestos lograrían la evitación del daño. La teoría de la voluntad activa de evitación, parte desde una concepción finalista del dolo, entendido como una voluntad direccionada hacia un fin determinado por el autor, pero la cual no se limita a este fin, sino que comprende también el curso causal puesto en marcha por la conducta final y las consecuencias accesorias que van ligadas a ella.

Como segundo elemento de su delimitación, elimina de la concepción del dolo todo vestigio del “*dolus malus*”, entendido como criterios propios de la actitud interna del sujeto, como conciencia de antijuricidad, motivaciones ontológicas, etc. Estos nos llevarían a consecuencias indeseadas tanto en el aspecto teórico como en el práctico que ya han sido tratadas entre las críticas a las teorías de la voluntad.

Plantea una inversión a las clásicas preguntas acerca de la orientación de la conducta del sujeto activo. No se pregunta aquí, si la acción está dirigida hacia la lesión del bien, si este es querido o aceptado; sino que se pregunta si la acción se ha orientado a la efectiva evitación del daño a los bienes protegidos, a impedir que se produzcan las consecuencias accesorias no queridas. Se parte de la idea de que el actor en el momento de desplegar su conducta, conoce mediante el curso causal de la misma las consecuencias directas y accesorias de la misma, y determinar si el sujeto intento evitar o impedir que esos resultados típicos de produzcan.

¿Qué ocurre si los medios predisuestos por el sujeto, no son efectivos en el caso concreto, o si el mismo duda de la efectividad de esos medios? "...esto no modifica en nada el que su voluntad final de realización sea dirigida a la evitación de la consecuencia accesoria y se hayan puesto medios para el logro de ese objetivo" (Kaufmann, en Diaz Pita, 2011 pág. 317). Solo en los casos en que el autor no dirige su conducta a la evitación del resultado lesivo, sea porque lo acepta o por que le es indiferente, será imputable de dolo. En los demás casos, cuando el autor considere que los medios predisuestos tienen una posibilidad real de evitar el resultado, será considerado imprudente. Mediante este criterio se puede logra trazar un límite basándose exclusivamente en elementos objetivos, sin la necesidad de echar mano a los valorativos.

Critica: En cuanto al grado de representatividad necesario para Kaufmann para excluir el dolo, muchos autores opinan que lo resuelve de una manera poco aceptable, por resultar su criterio demasiado flexible. Ni siquiera la duda acerca de la efectividad del medio empleado para impedir el daño es suficiente para calificar de doloso al sujeto, y si es seria, deja de lado el dolo eventual para caer en el dolo directo, reduciendo así considerablemente el campo de acción de este instituto.

En el caso concreto, a la hora de determinar la calificación subjetiva del autor mediante la utilización de este criterio, pueden darse distintas circunstancias. Por un lado, puede que las circunstancias permitan la predisposición de medios para evitar el daño. En este caso el sujeto puede considerar seguros los medios para evitar la lesión a los bienes, en este caso la misma voluntad de realización es la que excluye mentalmente al dolo y esta se da incluso en aquellos casos en donde el autor deja librado los medios en manos de terceros o incluso de la propia víctima, es la certeza subjetiva de que el resultado no se producirá, la que excluye la imputación dolosa en este caso. Puede también suceder, que el sujeto no confíe plenamente en los medios que ha elegido para evitar el daño, que no este del todo seguro acerca de su eficacia para evitar las consecuencias accesorias no deseadas. En estos casos, también se excluirá la imputación dolosa, ya que lo importante, es que el autor en este caso dirige la conducta (aunque con dudas) hacia la evitación de un resultado que no quiere que se produzca, y pone su esfuerzo en evitarlo.

Este ha sido el punto más conflictivo de su tesis, y el que más críticas ha recibido. En este caso, el sujeto se representa la posibilidad de la producción de consecuencias accesorias penalmente típicas, y si bien predispone medios para evitar las mismas, no confía plenamente en que estas logran evitar el resultado dañoso. Sin embargo, continúa con su plan, consciente de esta posibilidad, poniendo por encima sus intereses personales. En estos casos, autores como Hassemer o Roxin, estiman que es más adecuada la calificación dolosa.

Un tercer tipo de situación se da cuando el sujeto reconoce el peligro que genera su conducta, conoce la posibilidad de desplegar medios preventivos para intentar que no se produzcan consecuencias lesivas, pero a pesar de esto, no despliega conducta en tal sentido, confiando irracionalmente que el resultado no se producirá, o siéndole

indiferente. En estos casos, concurrirá la figura del dolo, al no ser suficiente el “esperar que no se produzca” el resultado lesivo, “confiar” en la suerte, “dejar librado al azar”, a modo de ejemplo, "...el sujeto que rechaza el preservativo que se le ofrece, a pesar de conocer lo necesario y eficaz para la prevención del sida, actúa dolosamente, pues el hecho de que confíe en que "todo saldrá bien" no es suficiente para excluir el dolo" (Hillenkamp en Diaz Pita, 2011 pág. 321).

Por otro lado, se dan una serie de casos, en donde el único medio para evitar la consecuencia lesiva, es la no realización de la conducta final. Nos encontramos con aquellos casos en donde es absolutamente imposible configurar la acción de una manera diferente, pero que resulta para el autor de tal importancia que la realiza de todos modos. En estos casos, en donde el autor pone por encima de los bienes jurídicos tutelados, sus propios intereses o fines, deben ser imputados a título de dolo. El Derecho Penal brindara así una sanción que cumpla con la misión de lograr una revalorización por parte del sujeto de aquellos bienes que el ordenamiento considera dignos de tutela. Cabe aclarar en estos casos que el sujeto debe haber tenido en cuenta “al menos como posible” la producción de los resultados no deseados por la norma.

Aunque muchos autores han criticado esta teoría (ya intentada anteriormente en el siglo XIX por autores como Kleinschrod o Weissenborn), por considerar que posee inconsistencias que en algunos casos llevan a la propia contradicción, no dejan de considerar a la “voluntad activa de evitación” como un fuerte indicador que sirve (aunque no de manera exclusiva) para determinar la existencia de dolo o imprudencia (En Diaz Pita, 2011 pág. 323). Algunos autores como Frisch consideran que esta voluntad de evitación, no tiene entidad suficiente para servir como parámetro delimitador entre la imprudencia y el dolo eventual. Sin embargo considera que es un indicador importante a fin de justificar una pena menor, por constituir la actitud, una

disminución del riesgo a los bienes jurídicos. Esto evidencia una menor peligrosidad del autor y un menor desprecio por la norma jurídica.

2.1.4.1.2. El error sobre la capacidad preventiva: Kindhauser. Al igual que Kaufmann, este autor basa su doctrina en la existencia de un elemento diferenciador entre la imprudencia y el dolo eventual. Busca un elemento caracterizante que pueda encontrarse en uno de los tipos de imputación subjetiva, pero no en el otro, el cual le permita diferenciar una y otra figura.

El autor cree encontrar este elemento diferenciador, mediante el planteo del concepto tradicional de acción. Define a la acción desde un punto de vista ideológico, constituyendo la misma “un hacer mediante el cual el sujeto está en condiciones de producir una modificación en el mundo externo” (Díaz Pita, 2011 pág. 330). Se busca determinar cuáles son los elementos que nos permiten atribuir con carácter de autor, a quien emprende la acción, las consecuencias producidas en ese mundo exterior, a este elemento Kindhauser lo llama “contra factibilidad”.

Existen tres momentos al desplegar la acción en donde el sujeto puede influir en el resultado final de su conducta de manera contra fáctica. Durante el “hacer” entendido no como actividad corporal, sino como comportamiento adecuado. Durante el “estar en situación”, entendido en un doble aspecto, como capacidad para producir el resultado (participación objetiva) de carácter “productivo o preventivo”, y como conocimiento “teórico o práctico” de tal situación (participación subjetiva). Y por último durante la producción del resultado como modificación del mundo exterior producto de la materialización de la conducta desplegada por el sujeto.

Este control sobre la propia acción se puede manifestar en dos planos. El control actual que el sujeto ejerce sobre el desarrollo de la acción y que determina el carácter doloso de la misma; y el control potencial que corresponde a los delitos imprudentes. "Actúa dolosamente quien parte de que a través de su acción, puede realizar un tipo penal; actúa imprudentemente quien podría partir de que, a través de su acción, puede realizar un tipo penal" (Ragués I Vallès, 1998, pág. 120 y ss.).

Así cuando el sujeto conforme al conocimiento de la capacidad productiva de su acción, o su falta de capacidad preventiva (falta de control sobre los resultados lesivos), realiza igualmente su conducta y esta produce el resultado dañoso, solo cabe la posibilidad de imputar su acción como dolosa. En cambio cuando el sujeto posee un conocimiento erróneo acerca de su capacidad de control sobre la acción, o sobre su posibilidad de evitar la producción del resultado lesivo, será imputable a título de imprudencia consciente. Lo que es importante al respecto de este punto, es la diferencia que marca este autor respecto de posturas anteriores, que negaban al imprudente la posibilidad de conocer el resultado. Ambos, el imprudente y el doloso, conocen la posibilidad de conocer el resultado que su conducta puede producir, lo que diferencia a estas posturas subjetivas, es que el imprudente cree de manera errónea que cuenta con el control sobre su actuar, o error sobre su capacidad de evitación.

Critica: Al analizar el aporte de la teoría de Kaufmann, resulta evidente que el criterio de la "voluntad de evitación" es útil, pero no decisivo al momento de delimitar los tipos subjetivos. Si hay voluntad de evitación, puede considerarse como un indicador de la ausencia de dolo, pero la ausencia de esta voluntad, no significa necesariamente que la conducta sea de carácter doloso. Si el sujeto que se dirige a realizar una acción, confía erróneamente en su capacidad para impedir el daño en los bienes jurídicos, es de esperar que no disponga de medios preventivos, simplemente por no considerarlos

necesarios. Esta ausencia de voluntad de evitación, no puede tener como consecuencia la calificación dolosa del autor, al ser evidente que el mismo no quería que el resultado dañoso se produjese.

"Las reglas, en virtud de las cuales una acción valorada como antijurídica se imputa como culpable, han de estar construidas en reciprocidad a las reglas según las cuales una acción puede ser imputada como tal. Con la imputación de una acción, se hace responsable a una persona por la realización de un resultado en base a que dicha persona estaba en situación de llevarlo a cabo; en la imputación por culpabilidad se trata de la responsabilidad de una persona por la realización antijurídica de un resultado en base a que esa persona estaba en situación de omitirla. Una acción es reprochable como culpable porque presupone que un sujeto podría y debería haber omitido una acción puesto que partió o pudo partir de que estaba llevando a cabo un tipo penal de forma antijurídica" (Díaz Pita, 2011 pág. 340).

Esta postura trae como consecuencia inmediata un cambio de ángulo en la clasificación de las distintas clases de dolo, transformando al dolo eventual en la figura principal de este tipo de imputación subjetiva, y al dolo directo como una especie calificada del mismo. Este cambio de perspectiva es consecuencia del rechazo que realiza el autor del factor intencional como elemento a la hora de determinar el dolo y sustituirlo por la capacidad preventiva, o el dominio de la conducta por parte del sujeto para evitar la lesión a los bienes jurídicos protegidos. Y se identifica al error sobre la capacidad de impedir las consecuencias accesorias lesivas, como elemento caracterizante de la imprudencia. El acogimiento de esta teoría traería aparejado un replanteo integral de la concepción de dolo y culpa.

2.1.5. Intento de unificación de criterios

En este análisis se intentaran rescatar los elementos más importantes de las distintas teorías referidas al dolo. Como primer pasó, se necesita tomar distancia de aquella definición tradicional de dolo, que dieron lugar a las teorías tradicionales que pusieron su esfuerzo en tratar de determinar un criterio diferenciador entre la culpa y el dolo mediante la utilización de los elementos configurativos del dolo (el conocimiento y la voluntad). Unos intentaron conjugar ambos elementos (teorías de la voluntad) y otros rechazaron el elemento volitivo como componente necesario para determinar la existencia de dolo eventual. Estos criterios dieron lugar a desmesuradas consecuencias respecto de la extensión de las figuras dolosas en detrimento de las imprudentes.

Las nuevas tendencias, han intentado llegar al mismo objetivo, desde una perspectiva diferente, la perspectiva normativa. Buscan determinar cual es la razón por la cual la norma atribuye al tipo doloso una mayor punición en comparación a los tipos culposos. Es claro que con esto no se pretende dejar de lado elementos que componen y deben componer de manera indiscutida el concepto de dolo. El conocimiento, es un elemento fundamental que no puede faltar al momento de realizar la imputación subjetiva, y es tal vez, uno de los conceptos de los que no se discute su necesaria presencia.

Sin pretender abandonar los elementos psicológicos relacionados con el conocimiento, el juez, en su tarea de realizar la imputación penal, debe basarse principalmente en aquello que puede conocer o tener acceso, en los indicadores y elementos que forman parte del mundo exterior. El objeto del conocimiento, que debe estar presente en el autor del hecho de manera necesaria para poder ser imputado de manera dolosa, se identifica con el conocimiento de todos los elementos que

configuran el tipo objetivo, el cual debe ser aprehendido de manera correcta y completa.

Lo que el sujeto debe conocer son todos los elementos necesarios para la puesta en marcha, el desarrollo del suceso que da lugar a una imputación criminal. Esto debe incluir el resultado de su conducta (contra lo que opina Frisch), tanto de manera mediata, en los delitos en donde se da una continuidad impausada entre el hecho y el resultado lesivo, como en aquellos en donde, si bien el hecho y el resultado se encuentran separados por un periodo de tiempo, el autor puede conocer mediante una correcta apreciación de las circunstancias externas y de la potencialidad lesiva de su conducta, inferir el posible daño que esta puede causar.

Por conocimiento del tipo objetivo, se debe entender la correcta aprehensión por parte del sujeto de la situación típica en su totalidad, dentro de la cual se incluye el resultado. Este conocimiento, no es suficiente como vimos para calificar la imputación dolosa. Existe en el sujeto imprudente una participación interna diferente que el doloso respecto de daño que ocasiona a los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, no se trata en los casos dolosos de una simple puesta en peligro, hay una conexión interna entre el autor y el resultado lesivo.

Esta vinculación como se determinó supra, se debe encontrar en la *ratio* que toma la norma para imputar de manera diferente a quien actúa con dolo eventual, respecto de quien lo hace con culpa consciente. Para la norma penal, el dolo está calificado por esta mayor vinculación interna del sujeto respecto de la lesión de los bienes tutelados.

La misión del derecho penal no es investigar si el autor quería o no quería la lesión, la aprobaba, o la consentía. Según afirma Roxin: "la principal misión del Derecho penal no consiste en impedir que alguien lleve a cabo la lesión de un bien jurídico protegido

como consecuencia de una actitud interna reprobable; antes bien, lo que hay que impedir es que esta lesión no se produzca bajo ningún concepto".

Esta mayor penalidad, no es producto de un capricho del legislador, sino que encuentra su razón de ser en su relación respecto de los bienes agredidos, de la norma que los protege y de la sociedad de la que forma parte. El sujeto doloso, al desplegar su conducta lesiva, se decide conscientemente contra un bien jurídico, y al mismo tiempo contra la norma que lo considera digno de protección, anteponiendo sus intereses personales por sobre los intereses de la sociedad en la que se desarrolla.

El sujeto al que nos referimos, se decide contra una norma cuya función es la de brindar una contra motivación, para lograr que los individuos de la sociedad se abstengan de realizar determinados actos que la misma considera indeseados. Esta actitud del sujeto, acarrea una mayor peligrosidad, por su actitud egoísta respecto de los bienes esenciales de la sociedad, y por su desprecio por la norma. A diferencia del imprudente, del que se espera en un futuro ponga mayor atención en las conductas que realiza; del sujeto doloso, se espera un "giro normativo", que cambie su actitud respecto de la norma jurídica, considerándola valorable y aprendiendo a respetarla. Se espera también un cambio desde el punto de vista social, al sujeto que actúa con dolo no le interesan los valores de los demás, pone sus expectativas por sobre la de los demás miembros de la comunidad, y además está dispuesto a lesionarlos con tal de obtener lo que desea (Diaz Pita, 2011, pág. 360 y ss.).

El dolo importa siempre una decisión, esta decisión está dirigida en contra de la norma y en contra de los bienes jurídicos que ella protege. Por decisión, entendemos en palabras de Roxin. "cuando el sujeto se plantea, ante la posibilidad de la producción de un resultado lesivo, abstenerse de actuar o seguir adelante con su plan (Roxin, en Diaz Pita, 2011 pág. 363).

Como se afirmó en un comienzo del tema, decidirse implica siempre la correcta comprensión de la situación global por parte del sujeto, la necesidad de que el mismo haya aprehendido completamente las circunstancias que rodean su conducta, debe ser consiente también de la existencia de conductas alternativas y haberlas valorado de manera suficiente. Debe haber considerado seriamente la posibilidad de causar un daño concreto y relevante. Y no obstante todo esto, haberse decidido por actuar, anteponiendo sus propias escalas de valores a las establecidas por las normas. Para Schroth se habrá decidido “quien ha asumido las condiciones constitutivas del injusto como tales, rechazando en su motivación la existencia de las mismas como razón suficiente para dejar de actuar” (Schroth, en Diaz Pita, 2011 pág. 365)

Si bien es cierto que ciertas condiciones que componen la subjetividad interna del sujeto, no pueden ser comprobadas de manera empírica, se puede partir de las circunstancias externas que implican la situación de riesgo respecto de los bienes protegidos, y mediante la utilización de indicadores lograr una correcta imputación subjetiva a título de dolo. Al derecho no le corresponde enjuiciar actitudes o motivaciones personales, simplemente se imputara a título de dolo, a quien consciente de la situación de riesgo, y consciente de la existencia de otras alternativas, se decidió contra los bienes jurídicos de una manera que el ordenamiento considera intolerable.

El riesgo y la capacidad de evitación, no pueden por si solos delimitar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación, pero pueden servir como indicadores, que nos permitan inferir la adecuada imputación subjetiva (Kaufmann, en Diaz Pita, 2011 pág. 367). Cuando nos referimos a “riesgo” o “peligro” como elementos del dolo, no lo hacemos en un sentido amplio, este riesgo, debe poseer características específicas. El riesgo, como elemento del dolo, debe ser concreto, debe importar una amenaza real a los bienes jurídicos protegidos; y debe ser

de una producción inminente, no basta la presencia de un riesgo vago, abstracto, lejano o improbable.

Si el sujeto ha errado sobre la entidad del peligro, por no conducir su conducta a la producción de esta clase de peligro, o por no haber sido consciente del peligro que la misma acarrea para los bienes protegidos, no quedara otra opción que excluir la imputación dolosa. Sin embargo, esta apreciación incorrecta de las circunstancias no puede estar basada en una confianza irracional o creencias supersticiosas, deberá estar fundada en elementos concretos que llevaron de manera racional pensar al sujeto que el resultado típico no se producirá.

Algunos autores como Schroth, consideran también como causa de exclusión del dolo, los casos en los cuales el sujeto pone en peligro un bien determinado con la intención de favorecer a la víctima, su propósito en realidad se configura como un intento de disminuir el riesgo para la víctima. Es el caso típico del padre que al verse atrapado con sus hijos en un incendio, ante la inminencia de la muerte, arroja a sus hijos por la ventana con la esperanza de que esto logre salvarles la vida. Para la mayoría de los autores, esta postura de Schroth incluye dentro de la tipicidad, elementos que son propios de la antijuricidad, por lo que resulta inadecuada. Lo que se intenta determinar no es la punibilidad, sino la tipicidad subjetiva del sujeto, si actúa de manera dolosa o con culpa, una vez determinado este extremo, existen circunstancias como las causas de justificación (pertenecientes al ámbito de la antijuricidad) que podrán excluir la punibilidad de la conducta desplegada por el sujeto en cuestión. De todas formas, este caso también puede ser defendido mediante la defensa que hace sobre todo Roxin en cuanto a la imputación objetiva, según la cual la disminución del riesgo para un bien jurídico excluye la causación del resultado menos grave. Puede suceder también que en algunos casos, esta disminución del

riesgo se produzca a causa del sujeto sin que desaparezca la imputación objetiva (ej. Médicos del régimen nazi que entregaban a algunos pacientes para salvar a la mayoría). Roxin entiende que es tal una conducta que crea un riesgo relevante, pero que de modo general está permitido. Quizá sea el aporte más importante de la construcción, que debe ser necesariamente tenido en cuenta en la consideración de la función conglobante del tipo objetivo (Roxin, en Zaffaroni, 2002 pág. 514).

Respecto de la voluntad de evitación, desarrollada por Kaufmann como un intento de encontrar un elemento delimitador entre la culpa con representación y el dolo eventual, ha sido blanco de duras críticas por considerarlo solo parcialmente aplicable. En cambio, su importancia como indicador, es innegable, teniendo en cuenta este elemento, el dolo solo podrá ser excluido cuando los intentos de evitación sean razonablemente serios y efectivos. No sucederá lo mismo en los casos en los cuales el sujeto tenga dudas respecto de la seguridad de las medidas adoptadas, ya que si a pesar de esto despliega la conducta riesgosa, se habrá decidido contra el bien jurídico, librando al azar la suerte del mismo, lo cual no puede razonablemente excluir el dolo.

Kindhauser es el principal responsable de analizar las consecuencias del error, en la valoración de la efectividad de los medios desplegados para evitar el daño a los bienes jurídicos. El autor considera que es este (la valoración), el verdadero elemento a tener en cuenta por el juez para determinar la imputación subjetiva del sujeto activo. Esto será válido en aquellos casos en donde el autor estaba convencido de la efectividad del medio de evitación. Si en cambio el sujeto albergaba dudas acerca de la potencialidad del medio elegido para evitar las consecuencias lesivas de su conducta, o abandono las mismas a la actividad de un tercero o de la propia víctima, es obvio que en estos casos deberemos equipararlos a la imputación dolosa descripta para la

postura de Kaufmann. Quien abandona la disposición de medidas de evitación a un tercero o a la conducta de la propia víctima, nunca podrá estar seguro respecto de su efectividad, ya que las conductas de los sujetos son siempre impredecibles en el caso concreto. Así, si aún frente a la duda, despliega su conducta, al igual que en el caso anteriormente descrito, será imputable a título de dolo (Kindhäuser en Ragués I Vallès, 1998).

Luego del análisis de las diferentes corrientes doctrinarias que buscan dar respuesta a la problemática planteada, es claro que lejos se está de llegar a una solución definitiva. De lo examinado se desprende que no ha logrado darse solución a otros de los problemas planteados por la ciencia penal, y es el carácter subjetivo de estos elementos que componen al dolo y la imposibilidad de conocerlos. “La peculiaridad de estos elementos subjetivos esta precisamente en que nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido (Muñoz Conde en Diez Ripolles, 1990, pág. 10).

Esta imposibilidad de conocer dichos elementos se plasma en el proceso penal, en la dificultad de probar dichos extremos. En este punto, están quienes creen en la necesidad de probar estos elementos, y quienes por otro lado afirman estar ante una construcción dogmática que se deben cumplir mediante construcciones indiciarias objetivas, sirviéndose de indicadores y contra indicadores que permitan presumir que el sujeto se determinó en uno u otro sentido. En realidad cuando se dice que alguien actuó con dolo, en verdad, se está presumiendo a partir de los elementos objetivos del hecho, la presencia de los elementos intelectuales que configuran el dolo, deduciendo que este, sabía lo que hacía y deseaba el resultado dañoso.

De lo desarrollado en el capítulo también se puede concluir que la mayor punición de los tipos intencionales, respecto de los culposos, reside en que el dolo se encuentra un

escalón más alto que la culpa en la participación interna del reo en el tipo injusto. Se manifiesta en un mayor desprecio por la norma, mientras que el autor culposo deberá prestar más cuidado, el doloso deberá lograr reconciliarse con la norma, asimilar el ordenamiento jurídico que había infringido a sabiendas y con una voluntad concreta de poner en marcha su acción típica. La mayor punición del delito doloso se debe también al sometimiento social u personal de aquella, muy distinto de lo que sucede con el delito imprudente.

Si aceptamos la teoría tradicional que considera al dolo como conocimiento y voluntad, no podemos admitir las teorías que proponen dejar de lado alguno de sus elementos configurativos. La otra opción consiste en reformular la concepción tradicional del dolo para poder incluir a las nuevas fenomenologías del mismo que exigen indudablemente una respuesta por parte del ordenamiento jurídico. Al respecto, ni las teorías cognitivas ni las volitivas han sido capaces por si solas de resolver los problemas teóricos que el dolo eventual suscita. Hay autores que incluso van más allá afirmando que “no hay justificación material alguna para asimilar los casos del llamado dolo eventual con los del dolo, es un salto al vacío, que a pesar de toda la riqueza de argumentos que la dogmática conceptualmente ha gastado en ello, no ha logrado vencer ni está en modo alguno en condición de lograrlo” (Bustos, 1984, págs. 309-328)

Según este mismo autor la norma penal es atacada mediante dos maneras: una supone la destrucción intencional de los bienes jurídicos protegidos (dolo), y la otra conlleva la puesta en peligro de los mismos (imprudencia). El dolo eventual, en cambio, configura una actividad que aumenta los riesgos de manera excesiva, superando lo permitido social y jurídicamente. Si ambas situaciones (la destrucción intencional y la puesta en peligro), se diferencian entre si, merecerán también una respuesta distinta

por parte de la norma penal. El dolo eventual posee una estructura que se asemeja al tipo imprudente, por importar la creación de un riesgo excesivo al bien jurídico protegido, por lo tanto parecería razonable, que este tenga una pena más atenuada con respecto a la que corresponde al dolo directo.

Lo cierto es que a la fecha, ninguna de las teorías propuestas ha logrado sortear las críticas planteadas en torno a la problemática del dolo eventual. Quizás todas ellas hayan sido un intento por parte de los defensores del “dolo eventual” de encontrar una respuesta dogmática a un problema más bien normativo. Tampoco parece conveniente equipararlo a la imprudencia, el sujeto que actúa con dolo eventual, lejos de ser imprudente, sabe lo que hace, y siendo consciente del peligro que genera su comportamiento, decide actuar. En este caso el sujeto, pone por encima del bien jurídico protegido, su propio interés.

Estas diferencias alejan al dolo eventual cualitativamente, tanto de la imprudencia, como del dolo directo. Tal vez cabría intentar un replanteo al tradicional concepto de dolo, como se intenta hacer en el derecho alemán, y buscar un concepto más amplio y acorde a las dificultades que acarrearán las nuevas fenomenologías del dolo.

En el próximo capítulo se expondrán cuáles son las principales implicancias constitucionales de aplicar la figura del dolo eventual en el caso concreto, ignorando las problemáticas y críticas planteadas por la dogmática penal.

Capítulo 3 - Dolo eventual y garantías constitucionales

3.1 El Principio de Legalidad, Tipicidad, y Seguridad Jurídica

El presente capítulo pretende poner en consideración del lector la hipótesis de que la figura del dolo eventual, en el actual estado de indeterminación doctrinaria, legal y jurisprudencial, es una creación reñida con los principios y garantías penales más básicos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico. En este apartado desarrollaremos los lineamientos principales del principio de legalidad, tipicidad e “in dubio pro reo”.

El principio de Legalidad se basa en el Art. 18 de la Constitución Nacional y los tratados Internacionales de Derechos Humanos y se relaciona estrechamente con el principio de reserva consagrado en el art.19 de la Constitución Nacional. Precisamente el primero de los artículos mencionados reza que “...*nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...*”, congruentemente con el aforismo latino *nullum crimen, nula poena sine lege*. En tal sentido si no hay una norma anterior que fije como penalmente reprochable una conducta, no puede imponerse una condena. A decir de Lascano, se vincula con la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado, permitiéndole conocer al ciudadano su ámbito de autonomía social.

El principio de legalidad se basa en la idea de que el Derecho penal no puede perseguir sus fines o conseguir determinados efectos a toda costa, sino que según este, debe ajustar su poder jurisdiccional a una serie de límites legales. Este principio en sentido su estricto requiere que el legislador procure agotar los recursos técnicos para

que los tipos penales definan claramente la conducta delictiva. (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal, Presidente: Zaffaroni, Eugenio, “Anteproyecto de reforma integral del código penal”, Exposición de motivos, 2014, pag. 56). Así toda pretendida imputación penal debe tener su fuente en la ley, anterior al hecho del proceso, descartando la aplicación de otras fuentes como la analogía

El principio de legalidad exige que la pena se fundamente en una norma escrita que, como se ha sostenido, determine con precisión y certeza la conducta u omisión punible. Esta exigencia impide que la ley penal quede indeterminada, tanto en lo que hace al precepto como a la sanción.

El principio de legalidad en materia penal significa que la utilización precisa y cierta al caso dado, descarta cualquier tipo de interpretación basado en la costumbre, en el derecho de los jueces y en la analogía con otras leyes (Kohler, en Donna, T1, pág. 340). Carecen de legalidad las normas que los jueces, interpretación mediante, realicen avanzando sobre los tipos penales.

El principio de legalidad, exige al congreso, al momento de dictar la ley, se limite el campo discrecional de los magistrados en la configuración del tipo. Muy lejos de esto, el sujeto sometido a la ley penal, desconoce a prima facie cual es la conducta contemplada en el tipo de imputación sub análisis, tampoco lo tiene definido el magistrado que deberá aplicarla, toda vez que como se pudo apreciar en el capítulo precedente, no hay una construcción pacífica de la estructura y alcances de la figura del dolo eventual, y no menos importante, muchas de dichas posturas toman como base de la imputación, distintos conceptos subjetivos incompatibles con la de otros autores, y ninguna de ellas ha podido a lo largo de un siglo imponerse sobre las demás superando las duras críticas efectuadas por la ciencia penal.

Las leyes penales deben ser aplicadas conforme el alcance del tipo descrito por la norma. Por el contrario, cuando los magistrados pretenden hacer extensivo el tipo a conductas no contempladas, adecuándolo bajo teorías que esta no prevé, se está en realidad creando un tipo penal, y en consecuencia legislando, facultad exclusiva del poder Legislativo. (Tarrío, 2007, pág. 55). Así, los jueces deben ser muy cautelosos al momento de interpretar las normas de derecho penal, y al hacerlo no deben perder de vista el principio de *in dubio pro reo*.

Al respecto Sagues distingue entre leyes precisas e imprecisas. Las primeras son aquellas en las que tanto la conducta como la pena se encuentran perfectamente determinadas en el tipo. En las imprecisas, el tipo y la consecuencia comprenden conceptos que requieren ser completados por el magistrado. Este problema se agrava en el caso en que no existe uniformidad, como es el caso planteado, respecto de que conductas comprende el concepto a interpretar. Los tipos penales abiertos se ubican entre las normas imprecisas e incriminan una gama difusa de conductas, lo que implica que “la mayor parte de los actos humanos puedan o no, a gusto y paladar de los tribunales, ser simultáneamente lícitos o ilícitos” o en el caso bajo análisis, el mayor o menor grado de punibilidad. Es obvio que por la aplicación del principio de legalidad pueden quedar impunes algunas personas, pero la verdadera interpretación implica que esta impunidad es el precio que el legislador se obliga a pagar a cambio de la seguridad jurídica. (Roxin, 1997).

Este el otro de los principios que se ven afectados por la práctica jurisprudencial, la seguridad jurídica, entendida como la previsibilidad de las consecuencias penales de las conductas de los ciudadanos. Esto afecta indirectamente a la función preventiva general de la pena (Feuerbach, en Zaffaroni, pág. 239), produciendo en el ciudadano un descreimiento en el servicio de justicia.

La culpabilidad constituye, el límite de punibilidad del autor. La seguridad jurídica exige que exista un grado de previsión mediante la cual el acusado tenga la posibilidad de medir esa conducta motivación. Esta pena deberá tener como caracteres principales, la proporcionalidad y su delimitación sobre presupuestos constitucionales. Cuando el estado, frente a la presión ejercida por la sociedad ante el reclamo de un castigo más severo, cede y aplica una sanción más grave, se da una contradicción no siempre vista, el monto de la sanción no es de aplicación al caso por el que se protesta y la frustración es mayor.

Aquellas teorías que sean delineadas de tal manera que importen la vulneración de esos principios rectores, deben ser consideradas ilegítimas. “Si, como se suele afirmar, dicha teoría lleva a dilucidar la cuestión del dolo en función de la personalidad del autor, con su empleo se transgrede el principio jurídico-penal de responsabilidad por el hecho, que se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser” (Mir Puig, 1996, pág. 97.). Así el sujeto acusado de la comisión de un delito, debe ser juzgado según parámetros fácticos que importen un castigo por su participación en el mismo, y no por lo que “es”, recayendo en el conocido “derecho penal de autor”.

Las teorías objetivizantes del dolo son quienes han sufrido más duramente estas críticas, ya que la abierta atribución de responsabilidad subjetiva en función del grado objetivo de peligro es profundamente injusta y contradice el principio de reprobabilidad individual. La teoría de la probabilidad, es cuestionada por que no aporta un límite claro sobre los porcentajes de probabilidad admisibles de los que no pueden ser tolerados en cuanto al riesgo sobre los bienes.

La problemática descrita, no solo se funda en falta de regulación de la figura, ni en la incapacidad de la doctrina para delinear un concepto unívoco, sino surge un tercer

planteo, que es en cuanto a la imposibilidad de probar los extremos subjetivos que prevé la figura. Dichos elementos al igual que los extremos objetivos, aunque sean de naturaleza cognitiva o volitiva, propias de la psiquis del sujeto deben ser comprobados por el juez tribunal interviniente.

¿Cuáles son las herramientas metodológicas con las que cuenta el magistrado para probar que el sujeto sindicado se le represento la posibilidad de un resultado y lo menospreció, “consintió”, “acepto”, “se conformó” con el resultado dañoso?, y aun mas, al encontrarse la figura tan cercana a la culpa consciente o con representación ¿Cómo distinguir estos presupuestos de una culpa agravada? Y reiteramos que no se trata de una diferencia nominal, ya que en el caso de los homicidios, un homicidio doloso, bajo su variante eventual, prevé una pena de 8 a 25 años de prisión; en cambio su imputación culposa prevé una graduación de la pena de entre 2 a 5 años de prisión.

Ante la imposibilidad de probar los extremos de la imputación objetiva de manera directa, en la mayoría de las veces se recurre a la prueba de indicios, exponiéndonos al peligro señalado por Stratenwerth de incurrir en el indeseable “derecho penal de autor”, según el cual el magistrado se crea una idea de la personalidad del autor, que da base a la creencia de que el sujeto puede actuar o no actuar de manera dolosa.

En esta línea de ideas, tampoco son aceptables las teorías que importan una elaboración teórica de imposible constatación práctica. Si bien es cierto en parte que no es objeto de estudio de las escuelas penales las cuestiones de prueba, esto es lógico en los casos en que las mismas se presenten como “una dificultad”, por el contrario, si nos encontramos ante una manifestación teórica, imposible de probar, esta deberá ser descartada por su imposibilidad de constatación. Es el caso de teorías del dolo que vinculan la aplicación de esta figura al hecho de que un sujeto haya "tomado en serio" el riesgo representado o no haya "eliminado mentalmente" tal representación. Gran

parte de la dogmática considera que la aplicación de dicho concepto se hace depender de la concurrencia de un sustrato fáctico cuya existencia real se juzga imposible (Jackobs, 1995, pág. 325.)

Si bien el problema descrito es centenario, en las décadas pasadas la figura del dolo eventual era de aplicación excepcionalísima. Actualmente, sobre todo en el caso de homicidios en ocasión “de accidentes de tránsito”, o en aquellos casos en que un hecho trasciende a los medios y se exponen víctimas o deudos, se reclama y a veces se califica el hecho como doloso, apelando al nebuloso concepto de dolo eventual. Si esto no sucede, lo que tiene lugar en la generalidad de los casos, queda sometido a las reducidas penas culposas provocando el clamor popular y la desconfianza en el sistema de justicia. Todo esto sin contar con que el recurso de la calificación por dolo eventual suele tener lugar para disponer el procesamiento y la consiguiente prisión preventiva, pero que finalmente no se consagra en la sentencia definitiva (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal, Presidente: Zaffaroni, Eugenio, “Anteproyecto de reforma integral del código penal”, Exposición de motivos, 2014, pág. 174). Este planteo ha tenido su reflejo en la producción legislativa penal, incorporándose en el Art. 84 2º p. una agravante en los homicidios “si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor”.

De lo analizado se concluye que el principio de legalidad requiere que la conducta delictiva se encuentre perfectamente definida en la norma. Esto resulta incompatible con la idea de que el mandato legal deba ser completado con la voluntad del juez, debiendo concluir éste con aspectos que el legislador ha dejado abiertos o indeterminados, no solo en la formulación del tipo, sino también en cuanto a la

sanción que acarrearía el injusto. Carecen de legalidad las normas que los jueces, interpretación mediante, realicen avanzando sobre los tipos penales. Por la estricta aplicación de este principio pueden quedar impunes algunas personas o verse sus penas disminuidas, pero esta impunidad es el precio que se debe pagar para garantizar la seguridad jurídica. De otro modo implicaría un descreimiento por parte de la sociedad en el servicio de justicia. Por otra parte, este tipo de garantías conforman un sistema interrelacionado, si se vulnera una garantía, implica la afectación de las demás. A continuación se analizara como afecta esta indefinición la presunción a favor del encartado.

3.2 In dubio pro reo

Dentro del alcance semántico de las palabras que contienen las normas legales puede haber una interpretación en sentido más amplio para la criminalización de una conducta o uno más limitado o restrictivo. La aplicación de una sanción penal sobre un individuo importa una restricción tan importante a la libertad de este, que la facultad para determinar sus presupuestos es exclusiva del Parlamento. Parte de la tarea de los órganos del poder judicial, consiste en interpretar la ley a fin de aplicarla al caso concreto, procurando desentrañar cual es la voluntad contenida en ella. Esta voluntad no debe ser confundida con la voluntad del legislador, ya que al colocar la norma en un contexto histórico y social, esta se independiza de la que tuvo en miras el parlamentario al sancionarla. Esta tarea es lo que se conoce como Interpretación Judicial.

La tarea interpretativa judicial encuentra uno de sus límites en principio *In dubio pro reo*, que si bien tiene mayor recepción en el ámbito procesal, la restricción

interpretativa por duda no solo opera para evitar la aplicación de la analogía, sino también, ante una situación de incertidumbre del ánimo sobre la pena referible a él (Nuñez, pág. 78). De esta manera ante la duda que pueda surgir ante la dificultad de probar los extremos subjetivos de la culpabilidad en el caso del dolo eventual, y dada su cercanía conceptual a la culpa con representación, habría que estar ante la figura más leve para el imputado, y no intentar invertir la carga probatoria o dar por presumidos los extremos de la figura más grave. A fin de que el desarrollo de los temas precedentes no se limite al plano meramente conceptual, en el próximo subtema se incorporan síntesis de algunos fallos resonantes en donde se pueden constatar los cuestionamientos referidos.

3.3. La jurisprudencia

Si bien la figura *sub examine*, es una creación centenaria, hasta hace algunas décadas su aplicación en los tribunales nacionales era casi de excepción, debido a las dificultades que esta presenta a la hora de aplicarla en el caso concreto. Jurisprudencialmente se viene experimentando en las últimas décadas, un creciente plano utilitarista, que al juzgar los delitos solo valora el resultado, desnaturalizando el concepto personal de lo ilícito, distorsionando sus elementos ontológicos, y otorgando a la ciencia penal una importancia desmesurada. - Ender J Ocando H. (2004). “*Validez de la teoría del dolo eventual en el Derecho Penal venezolano*”. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos15/dolo-eventual/dolo-eventual.shtml>.

La aplicación de esta figura se ha dado sobre todo en aquellos casos en que el tipo penal que se pretende imputar prevé en su tipo culposo penas excarcelables, y el clamor social frente a delitos que causan conmoción en la sensibilidad social, exigen

la aplicación de una pena mayor. Tal vez el caso más claro sea el de los accidentes de tránsito, donde *opinio necessitatis*, lleva a los jueces a forzar la adecuación de esta especie de dolo, presumiendo mediante el análisis de elementos objetivos externos, que el encartado se ha “conformado” con la realización del tipo. Lo que muchas veces importa una elaboración teórica de imposible constatación práctica. "Una ciencia del Derecho Penal que formula requisitos de imputación subjetiva cada vez más sutiles sin reflexionar sobre su traslación al ámbito de la prueba, pierde legitimación o, por lo menos, poder de convicción" (Schmidhauser, en Ragués I Vallès, 1998, pág. 1). La aplicación de la figura del dolo eventual, en el escenario actual conmueve los cimientos mismos del derecho penal.

3.3.1 Algunos antecedentes jurisprudenciales:

La selección de los casos, se basa en la relevancia y notoriedad pública de los mismos, y no respecto del tribunal que se expide en cada uno de ellos, considerando como ya ha sido expresado, que muchas veces la *opinio necessitatis*, es una de las causales de forzar la aplicación de la figura del dolo eventual.

CSJN, c. r. 198-XXIII, “Ramos, j.a.”, 16/11/93, jpba, t. 89, p. 210, fallo n° 554 y sus citas: fallos, 247:482, 484, 487; 284:42; 289:336; 293:101; 303:267. (LA LEY 1994-C, 63 - DJ1994-2, 370 - , Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - Editorial LA LEY, 2003, 62, con nota de Julio César Rivera;)

Julio Ramos, director de “Ámbito Financiero” fue querellado por los delitos de calumnias e injurias a causa de que publico dos notas que reproducían las declaraciones a un periodista, quien no firmaba la nota, respecto de la supuesta

vinculación del querellante con organismos de inteligencia. El tribunal de primera instancia condeno a Ramos y la Cámara confirmó la sentencia, condenándolo a la pena de 1 año de prisión, en suspenso, por el delito de injurias. Ante esto la defensa interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue denegado, motivando el recurso de queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia apelada.

Algunos de los argumentos que dejaron sin efecto la sentencia fueron: “... *le asiste razón al apelante en cuanto sostiene que el fallo de la cámara viola el principio constitucional, según el cual es requisito ineludible de la responsabilidad penal la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente (Fallos: 310:2094 y sus citas).*”...

... “*Que ello es así por cuanto, si se parte de la base de que el delito de injurias es un delito doloso, resulta evidente que para condenar al querellado, en caso de las características del "sub examine", es imprescindible dar por acreditado que Ramos sabía que Salinas había inventado el reportaje que decía haber hecho a Muñoz o, al menos, se representó efectivamente la posibilidad de que ello fuera así. En efecto, el dolo que se atribuye a Ramos (elemento subjetivo del tipo de la injuria) debe recaer sobre lo esencial del elemento objetivo del tipo del art. 110 del Cód. Penal, esto es, la falsedad en que habría incurrido Salinas. La Cámara, lejos de analizar tal extremo ni siquiera mencionó esa cuestión, pues se limitó a concluir en la existencia del dolo de Ramos sobre la exclusiva base del conocimiento previo que éste tenía acerca de la publicación de los artículos. Ese conocimiento es obviamente insuficiente para fundar una condena penal...*”.STJ-SR, “Agrícola, Alexis Fabricio y Nieto, Félix Adrián s/ Homicidio en grado de tentativa en concurso ideal con homicidio culposo y daño”, expte. n° 483/01.

Se ve en este primer fallo, como en contra de toda garantía constitucional, la cámara presumió, basándose en elementos objetivos insuficientes, que el presunto autor del hecho se había “representado” internamente el resultado lesivo de la publicación. Como sucede en muchos de estos casos, los tribunales de alzada, suelen dejar sin efecto esta clase de imputaciones, cuando casualmente, el clamor público ya ha bajado su intensidad.

“El caso de la Correa de Cuero” (*Lederriemenfall*) Tribunal Federal Alemán, año 1955, BGHSt, vol. 7, p. 363 ss.; NJW, 1955, pp. 1688-1690 (Ragués I Vallès, 1998). Ya citado en los capítulos precedentes.

C.N.C.P. - Sala III, "Cabello, Sebastián s/rec. de casación", Reg. n° 680, causa n° 5000 (Disponible en: <http://www.terragnijurista.com.ar/jurisprudencia/cabello.htm>)

Una persona fue condenada en primera instancia a la pena de doce años de prisión e inhabilitación al ser encontrado penalmente responsable del delito de doble homicidio simple cometido con dolo eventual. El hecho se produjo mientras el imputado corría a gran velocidad una picada con otro automóvil, impactando con el rodado ocupado por las dos víctimas fatales.

La defensa argumentó que el juez de instrucción pretendió darle al fallo un sustento aparente, afirmando de forma absolutamente dogmática que Sebastián Cabello participaba de una “picada”, y mucho más grave aún, que *reconoció como posible la producción* del resultado típico y lo aprobó. Incluso, que el magistrado descartó toda posibilidad de que el hecho se hubiera producido por negligencia o imprudencia a pesar de que poco antes sostuvo que no existen certezas sobre los motivos por los

cuales el rodado que conducía el imputado se desvió hacia el carril por el que circulaban las víctimas y que “sin ninguna vergüenza se invirtió la carga probatoria.” elevando a categoría de certeza aquello que supuestamente los acusadores deben probar, en caso de que esa imputación no sea revertida.

La sentencia en crisis, argumento la defensa, presenta un error estructural en el juicio de subsunción, pues el tribunal infiere de la decisión del imputado Cabello de “correr una anormativa “picada” [...] a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias”. La existencia del dolo eventual en la concreción del resultado fatal, abdicando de esta manera de la necesidad de probar la existencia del mismo limitándose a objetivizar su contenido, y sustituyendo dicha comprobación por una mera construcción dogmática y que “los verdaderos argumentos que fundan la calificación del homicidio simple es: *la gravedad del suceso*”.

Por tanto no habrá responsabilidad sin que un resultado haya previsto en el momento de la acción, cuando menos como posible, pero agrega que esto sólo no es suficiente, se requiere además que se haya asentido en él, que en última instancia se lo acepte. No se pronuncia sobre lo que Cabello efectivamente previó, sino se satisface con lo que resultaba previsible de conformidad con su acción. El tribunal de alzada hizo lugar parcialmente al recurso de casación condenando finalmente al imputado a tres años de prisión, por ser autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo con multiplicidad de víctimas.

Como se ve en los casos planteados, no existe un criterio único en la conceptualización de la figura del dolo eventual. Se hace referencia a conceptos de corrientes diferentes (“probabilidad” y “representación”). Se hace alusión a la problemática de pretender conocer de manera fehaciente la existencia de los

elementos subjetivos mediante la utilización de indicadores objetivos. Por último en estos como la mayoría de los casos, se termina sometiendo al imputado a largos procesos judiciales recurriendo a tribunales de alzada, cuando sus posibilidades de acceso a una defensa técnica adecuada se lo permiten, para finalmente llegar a una imputación culposa.

Capítulo 4 - Dolo Eventual y Omisión Impropia

Otro problema que conlleva la figura del dolo eventual, es su aplicación por parte de la doctrina en los delitos de omisión impropia. Este error, adelantamos, tiene su origen en la no diferenciación entre el dolo de peligro y el dolo de lesión. Además de esta cuestión, la misma figura de la Omisión Impropia, comparte varias de las críticas que recibe por parte de la dogmática penal en cuanto a su legalidad y constitucionalidad. En los temas que siguen delimitaremos los elementos propios de la figura omisiva y sus especies. También se identificara a “*la posición de garante*” como uno de los elementos diferenciadores de la omisión impropia y por último, se intentara que el lector comprenda la diferencia que existe entre el dolo de peligro y el dolo de lesión.

4.1. El tipo omisivo

En la tipicidad omisiva no existe nexo de causación, dado que es reemplazado por un *nexo de evitación*. La causa no es puesta por el agente. La tipicidad objetiva sistemática omisiva requiere que el agente no haya puesto la acción que hubiera interrumpido la causalidad que provoco el resultado (Zaffaroni, 2002., p. 574).

El tipo se clasifica en omisión propia y omisión impropia, a este segundo también se lo denomina comisión por omisión. Se establece que el tipo objetivo se compone de la situación típica generadora del deber, la no realización de la acción mandada, es decir que la persona debe estar en condiciones de materializar la acción debida.

4.1.1 La omisión propia y la omisión impropia:

4.1.1.1. Omisión Propia: en este tipo el autor no realiza la conducta exigida. Omite el mandato prescrito por el tipo objetivo. El ejemplo más caracterizante es la *omisión*

de auxilio del art. 108 del C.P. “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”.

4.1.1.2. Omisión Impropia. Concepto: la conducta exigida no se encuentra descrita en un tipo penal determinado, sino que ella resulta de entender que todos los tipos comisivos conllevan la punibilidad de determinadas omisiones que coadyudan a la producción del resultado que está prohibido. Por ejemplo la madre que deja morir de hambre a su hijo no dándole de comer. Por este motivo se la denomina comisión por omisión: se hace algo, dejando de hacer.

4.1.1.2 Posición de Garante: la conversión del tipo prohibitivo en un tipo preceptivo cambia la norma que se antepone a un tipo penal. Así la prescripción del art 79 del CP se convierte en “*respetar la vida del otro*” en tanto importa una ampliación del tipo objetivo. La doctrina se ve obligada a limitar el círculo de autores, al considerar que “solo pueden ser autores de conductas típicas de omisión propia, aquellos que se hallan en posición de garante, quienes estén en una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado (Zaffaroni, 2006, p.455).

4.2 Elemento diferenciador - La posición del garante

Para limitar la autoría de los delitos de comisión por omisión el derecho se vio obligado a recurrir a la posición de garante. Lo consigue mediante dos modalidades:

a) Codificación de la posición de garante: Algunas legislaciones como España, Alemania y México, procuraron incluir en sus códigos en qué casos y bajo qué circunstancias una persona reúne la posición de garante. Se llega a la conclusión de que el resultado es producto de una conducta omisiva cuando, quien omite impedirlo tiene el deber de actuar para ello, derivado de una ley, un contrato o de su propio actuar precedente. (Tenca, 2010 pág. 104 y ss.)

b) Limitaciones doctrinales:

1) *Stratenwerth*: para este autor la omisión impropia solo puede ser considerada como tal cuando lesione un deber de garantía, lo que no sucede en los casos en los que solo lesiona un deber general de ayuda. Las situaciones particulares de garantía se presentan en función de lo que este autor considera “las Fuentes del deber”: a) La ley; b) el contrato; c) las relaciones especiales en la comunidad; y d) el ámbito de dominio (Stratenwerth, en Tenca, 2010, pág. 105.).

2) *Bacigalupo*: hace una división de la posición de garante en dos grupos.

a) cuidado de un bien jurídico determinado frente a los peligros que puedan amenazarlo.

Supuestos en que una persona está obligada por deberes de cuidado y protección de uno o varios bienes jurídicos determinados:

1) los que provengan del cuidado de personas necesitadas.

2) los que provengan derivados de una estrecha relación debida

3) los que provengan de la protección y el cuidado que surgen para el funcionario público por el ejercicio de sus funciones.

b) cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos, de los cuales derivan:

1) deberes que surgen de la protección de un posible peligro que puede afectar bienes jurídicamente indeterminados.

2) deberes inherentes a los propietarios de cosas riesgosas que están obligados a controlar y evitar determinados resultados.

3) deberes que nacen de peligros emanados de un hecho anterior omitente siempre y cuando estos resulten previsibles y evitable.

4) deberes de vigilancia que provienen de un contrato, llamados también de asunción voluntaria o libremente querida (Bacigalupo, 2010, pág. 106.).

3) *Muñoz Conde*: más allá de la ley, el contrato y el actuar precedente, hay otras Fuentes que determinan la posición de garante.

a) función protectora de un bien juridicial. Podemos subdividirla de la siguiente manera:

1- en virtud de la vinculación natural que hay entre familiares o convivientes de facto

2- también puede traer aparejada la posición de garante el desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones en una comunidad de peligro.

3- una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras.

b) deber de vigilancia de una fuente de peligros. Se destaca la idea del actuar precedente (Muñoz Conde, en Tenca, 2010, pág. 107).

4) *Maurach*: solo es posible mantener la existencia de una posición de garante cuando en virtud de una fuente determinada alguien deba ocupar una posición de protección de determinados bienes jurídicos o de vigilancia de ciertas Fuentes de peligro (Maurach, en Tenca, 2010, pág. 109.)

4.3 El tipo subjetivo en los delitos de omisión impropia

En los delitos de omisión impropia, el tipo objetivo se encuentra conformado por distintos elementos que son necesarios para la imputación objetiva del hecho: a) situación típica; b) ausencia de una acción determinada; c) capacidad de realizar esa acción; d) la posición de garante; d) la producción de un resultado y; e) la posibilidad de evitarlo.

En cuanto al tipo subjetivo, señala Zaffaroni que en el delito omisivo hay dolo, dado que, si bien este no se monta sobre una causación, la dirige en tanto hay una previsión de la causalidad. En los delitos de omisión tendremos dolo del autor cuando omita obrar en una disposición tal que asuma el resultado del supuesto hecho típico, como consecuencia del propio comportamiento. Es decir, cuando *no* emplee la energía requerida para una intervención activa. De esto surge la equivalencia entre el dolo y el obrar activo.

4.4 Inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia

Los delitos de omisión impropia, por su estructura, atentan contra el principio de legalidad. Este prevé que una persona debe saber a ciencia cierta cuales son las conductas prohibidas y ello no ocurre fehacientemente en este tipo de omisión. Señala Stratenwerth que la punibilidad deberá limitarse a los casos en los que la equivalencia entre la acción y la omisión aparece como incuestionable (Stratenwerth en Tenca, 2010, pág. 109).

Zaffaroni considera que el tipo omisivo impropio debe ser tipificado, por lo que sostiene que la conversión del tipo activo en omisivo, con la fórmula de la posición de garante resulta contrario a la constitución, sabiendo que, en el Código Penal existen delitos de omisión impropia que se encuentran tipificados, tales como el art. 227. A

esto agrega que en la ley argentina no existe ninguna construcción de la posición de garante, y de ser así, sería inconstitucional dado que importaría una materialización de la analogía *in mala partem* (Zaffaroni, 2002, pág. 582).

4.5 Dolo eventual en los delitos de omisión impropia

Quienes aceptan la posibilidad de imputación de los delitos de omisión impropia en grado de dolo eventual, basan sus posturas en teorías eclécticas que pendulan entre la teoría del asentimiento y la teoría de la evitabilidad del resultado de Kaufmann. Quienes afirman esta tesis, sostienen que son presupuestos de su aplicación: 1) que el autor conocía (elemento cognitivo) que su conducta generaba un riesgo jurídicamente desaprobado, la posibilidad concreta de una lesión bienes jurídicos protegidos, es decir, la existencia de un peligro concreto sobre los mismos, 2) que el mismo tenía una posición de garante respecto de la actividad desplegada, 3) que dicha posibilidad sea tomada en serio (asintiéndola, conformándose, etc.), y 4) que sin embargo el autor continuó con la acción sin disponer los medios necesarios para evitar la lesión (Tenca, El dolo Eventual, 2010, pag. 101-145).

Es la autora española Teresa Rodríguez Montañez, quien ha marcado el punto de partida desde donde se pretende poner en manifiesto la imposibilidad de imputar con carácter de dolo eventual los delitos de omisión impropia. Advierte que si bien el momento de representación exigida para el dolo de peligro y el dolo de lesión es idéntico, no puede interpretarse que el querer, conformarse o aceptar (elemento volitivo) el peligro, implique querer la lesión. El dolo de lesión implica el dolo de peligro, pero no así a la inversa. A modo ilustrativo la autora mencionada pone como ejemplo el del legendario Guillermo Tell, quien al ser un arquero experto colocaba una manzana sobre la cabeza de su hijo y le arrojaba una flecha. En este caso Tell no

consiente el probable resultado lesivo contra su hijo, pero es consciente del peligro que su conducta acarrea, posee dolo de peligro, pero no dolo de lesión. Otro ejemplo válido, sería el caso del conductor imprudente que realiza una maniobra sumamente peligrosa en una ruta, y consciente del peligro que esta genera para sí y para terceros se determina en realizarla. En este caso, también existe un dolo de peligro, pero no puede inferirse que el conductor consienta la lesión. Esto equivaldría a interpretar que el conductor posee una actitud suicida o al menos de autolesión. Desde este punto de vista, solo podría imputarse a carácter doloso aquellos delitos de peligro, como la figura del estrago (art. 186 C.P.) la cual si bien se califica por el resultado lesivo, se consume con el mero peligro al bien jurídico protegido (Rodríguez Montañez en Tenca, El dolo Eventual, 2010, pag. 101-145). La estructura de esta teoría es similar a la de los delitos preterintencionales, en los cuales solo el peligro es realizado con dolo, mientras que el resultado, se realiza por imprudencia.

Las implicancias de esta teoría son determinantes respecto a las teorías del riesgo, las cuales en general descartando el elemento volitivo, solo se ocupan de determinar si en el caso concreto el autor se representó la posibilidad de lesionar los bienes protegidos por la norma, suponiendo (de manera inadmisibles) que al conocer el primero, y en su caso no disponer medidas para evitar la lesión, se debe asumir sus consecuencias lesivas a título de dolo.

Muchos autores admiten que el dolo eventual puede formar parte de la estructura típica de los delitos de omisión. Jakobs menciona que el dolo directo de “segundo grado” y el “dolo eventual” no presentan peculiaridades en lo que refiere a los delitos de omisión. En el primer caso, el autor juzga la realización de un tipo objetivo como segura. En el segundo la considera seriamente como improbable.

Para Stratenwerth, el dolo de la omisión abarca más que el simple hecho de conocer o la mera conciencia. Las reglas vigentes para la delimitación del dolo eventual son aplicables en los delitos omisivos. La total indiferencia frente al bien jurídico en peligro también resulta un caso de dolo.

Sostiene Maurach que en los delitos de omisión impropia el dolo puede representarse en cualquiera de sus formas, desde el dolo intencional hasta el dolo eventual. Mientras que para Zaffaroni, al igual que la estructura activa, cuando se realiza la conducta para que el resultado se produzca, habrá dolo directo; cuando se lleva a cabo a costa de la producción del resultado, habrá dolo eventual (Zaffaroni, 2002, pág. 585).

Capítulo 5 - Toma de postura

Como corolario a la tesis planteada, en el primer apartado, se propondrán soluciones alternativas a las problemáticas planteadas. En primer lugar su adopción como una tercera clase de imputación. En este sentido se analizará la figura del *Racklessness* anglosajón.

5.1. Recomendaciones

En la actualidad han surgido nuevas ideas que pretenden desprenderse de las clásicas discusiones doctrinarias en cuanto al dolo. Algunas de estas, plantean la inclusión del dolo eventual como una tercera clase de imputación subjetiva, con una recepción normativa (como pretende Roxin) que establezca cuáles son los límites claros que la determinan, y limite su punibilidad a un grado más acorde con las características de la misma como figura intermedia entre el dolo y la culpa.

En este sentido se ha propuesto adaptar instituciones propias de otros ordenamientos como la *“Racklessness”* anglosajona, a las necesidades de nuestros propios sistemas normativos, a fin de darle solución a este problema que no parece tener solución. Al respecto, a modo de alternativa en el siguiente apartado se describirá la figura mencionada.

5.1.1. La figura autónoma del *Recklessness* anglosajón.

En el derecho anglosajón, además de las figuras de la *“intention”* (equiparable con nuestro dolo directo) y la figura de la *“negligente”* (equiparable a nuestra figura de culpa), se alza un tercer tipo de imputación subjetiva, que es totalmente autónomo de las primeras. Esta tercera forma de imputación gira en torno a la idea de riesgo, en cuanto se pone en peligro un bien jurídicamente tutelado. Pero no todos los casos de

peligro son considerados "*Recklessness*", para determinarlo, se hace una valoración social acerca de la importancia de la actividad riesgosa en razón de la gravedad y probabilidad de la producción dañosa a los bienes jurídicos. Esta valoración estimara si se justifica o no esta conducta peligrosa. Esta valoración social se complementa con otro elemento, considerar si el riesgo hacia los bienes que genera la conducta peligrosa, hubiese sido asumido por una persona prudente y razonable.

A diferencia de nuestro sistema penal, que cuenta con dos formas de imputación subjetiva excluyentes entre sí (dolo y culpa), lo cual implica en muchos casos una desproporción punitiva injustificada entre casos similares. El derecho anglosajón prevé esta tercera clase de imputación subjetiva, permitiendo una escala más detallada de imputación, según la participación interna y el compromiso subjetivo con el que cuenta el autor, permitiendo una mayor amplitud en la imposición de penas de distinta gravedad.

Estos dos criterios son los que el tribunal o el jurado en el proceso anglosajón deberán tener en cuenta a la hora de determinar la existencia o no de *Recklessness*. Sin embargo, para determinar el tipo de *Recklessness*, se deberá estar (además de los elementos objetivos que integran el tipo) a la actitud del sujeto, su "*state of mind*".

De este modo, la actitud subjetiva del actor puede presentarse de diversas maneras. En primer lugar, puede haber conocido la peligrosidad de su conducta. Esta postura constituye lo que los anglosajones llaman "*Cunningham recklessness*". Este tipo de *Recklessness* es el utilizado normalmente para las conductas maliciosas, en el mismo deben probarse dos extremos. Por un lado el conocimiento por parte del sujeto de la peligrosidad que su conducta importaba para los bienes jurídicos, y segundo la asunción de ese peligro dentro de su plan de conducta. En segundo término, puede no haber considerado las consecuencias riesgosas de su acción, no deteniéndose en la

posibilidad de causar o no causar un daño en los bienes jurídicos ajenos. A esta actitud la consideran "*Caldwell recklessness*" o "*Lawrence recklessness*". Este tipo de imputación está reservado para tres tipos penales concretos: daños, conducción temeraria, y homicidio. Deberá probarse para imputar subjetivamente al autor, la existencia de un peligro "obvio y serio", la discusión está centrada en torno a según qué criterio debe determinarse esta obviedad y seriedad.

Si lo consideramos desde el punto de vista del sujeto que emprende la acción (*Caldwell Recklessness*), esta es considerada una posición subjetivista a la cual se le reprocha el dejar librada la posibilidad de que el acusado alegue irracionalmente la falta de previsión del peligro para el bien jurídico. Otra posibilidad es considerar el peligro de manera objetiva, basándose en lo que una persona razonable y prudente consideraría riesgoso (*Lawrence Recklessness*), esta es la postura que prevalece en el sistema anglosajón.

Por último, puede haber considerado la posibilidad de la producción de un daño, y haber decidido íntimamente que no lo había, negando el mismo. Este último caso en donde el sujeto actúa con la convicción de que el daño no se producirá, luego de haber tenido en cuenta las circunstancias del caso, excluye el *Recklessness*.

Esta tercera clase de imputación tiene sus ventajas y desventajas respecto a los tipos actualmente existentes.

1. Consiste en una nueva clase de imputación, con autonomía teórica, que prevé una respuesta penal intermedia entre el dolo y la imprudencia.
2. Puede brindar solución a aquellos casos en los que el dolo eventual presenta una dificultad probatoria.

3. Brinda la posibilidad de imponer una sanción más acorde con la participación interna del sujeto respecto del resultado lesivo, sin necesidad de recurrir a la manipulación de garantías penales u otros métodos a fin de compensar el merecimiento de la pena.
4. Aferrarse de manera estricta a la concepción anglosajona acarrearía la desaparición de la culpa con representación, ya que, o caería dentro de la *Recklessness* (cuando el sujeto previo el resultado lesivo) o caería dentro de la imprudencia inconsciente (cuando el sujeto no tuvo en cuenta el peligro que acarrearía su conducta para los bienes jurídicos), extendiendo en demasía el campo de la imprudencia.
5. También están los que se oponen a la imposición de una sanción de menor cuantía punitiva de la *Recklessness* respecto del dolo eventual.

Es claro que si se pretende esto, no se podrá hacer una simple transpolación de la figura de uno a otro sistema normativo, sino que importara necesariamente, la reformulación de nuestro sistema de culpabilidad.

5.1.2. Unificación de criterios jurisprudenciales.

Otra opción, al menos mediata, es determinar jurisprudencialmente, pautas o criterios uniformes en cuanto al juzgamiento de esta clase de hechos. Es claro que de la forma en que se está aplicando, no se ayuda en nada a la seguridad jurídica.

Y, si pese a todo esfuerzo, no se logra darle solución a esta figura, es evidente que se deberá, en pos de las garantías individuales eliminar la figura, manteniendo las figuras básicas y ante la duda, y la aplicación del principio “in dubio pro reo”, aplicar la solución más benigna para el imputado.

Conclusión

El dolo eventual cuenta como hemos podido ver con una estructura endeble, con el advenimiento del finalismo y la mutación de la acción como elemento de la teoría del delito, se modificó la ubicación del dolo respecto de la teoría causalista causando una revolución en la teoría del delito. Con el advenimiento de estos nuevos paradigmas, se procuró mantener la división tripartita del dolo, pero dado que este a diferencia de los otros dos (directo e indirecto) no persigue el fin considerado prohibido, la doctrina procuro justificar su ubicación mediante la elaboración de argumentos que como se ha visto, se han mostrado insostenibles.

Ninguna de las teorías puede sostener la ubicación del dolo eventual dentro de los tipos dolosos. Los únicos tipos dolosos que se condicen con la estructura del tipo subjetivo, son el dolo directo y el indirecto. De esta manera el dolo eventual, salvo una redefinición de las características del género, tiene estructura de tipo culposo, con una pena correspondiente a los tipos intencionales. De la forma en que se presenta actualmente, contraviene todos los principios del derecho penal moderno y las más elementales garantías constitucionales.

Muchas veces, frente a delitos que causan conmoción en la sensibilidad social, aplican a delitos culposos sanciones previstas para los tipos dolosos, tal vez el caso más claro sea el de los accidentes de tránsito, donde la sed de justicia de la sociedad, lleva a los jueces a manipular la doctrina a fin de imponer la pena que ya determinó la sociedad.

Los códigos penales y las leyes especiales penales, constituyen el marco de legalidad penal de todo ordenamiento jurídico. Son estos instrumentos jurídicos los que tipifican dan existencia a los tipos penales aplicables a quienes adecuen su conducta a lo prescripto por la norma. (Tarrío, 2007, pág. 54). Dicho de otra manera, es la norma

la que la que crea y estructura los tipos penales, delimitando los elementos propios de este. Cualquier interpretación doctrinaria o jurisprudencial que amplíe los supuestos contemplados por las normas, o las penalidades que ella supone, atenta contra el principio de legalidad en su sentido estricto. En este sentido no es inusual que los tribunales apliquen pseudas-presunciones contra el acusado. Esto se da en aquellos casos en donde se estima que para determinar el dolo eventual, el sujeto se debe haber “conformado”, “aceptado”, “resignado” con la realización del tipo. En estos casos, frente a la imposibilidad de probar estos supuestos de manera procesal, el tribunal termina estableciendo su existencia basándose en que el sujeto actuó no obstante conocer el riesgo al que exponía los bienes jurídicos tutelados por la norma. Parece evidente que no es este el modo del que deberían determinarse los delitos “intencionales”.

Puppe afirma que "aquellas fórmulas cuyo sentido no está claro, es decir, que no aportan criterios claros para diferenciar entre dolo e imprudencia sólo pueden ser aplicadas de forma manipulada". Conceptos como, consentir, conformarse, etc., según la escuela en que nos basemos, muestran una clara tendencia a ser manipulados. Para impedir que el Derecho Penal se convierta en un instrumento totalmente inapropiado para generar determinados efectos en la sociedad, la dogmática debe preocuparse por que estos principios básicos que están siendo vulnerados, recobren su verdadero sentido (Puppe, en Ragués I Vallès, 1998).

Por otro lado, el esfuerzo por lograr elucubraciones que den solución a los problemas propuestos, no debe perder de vista que estas, deben ser al menos en principio susceptibles de constatación. El ordenamiento jurídico, solo puede cumplir con su función preventiva, si al momento de expresar sus pensamientos, norma y contenidos, lo hace pensando en la posibilidad de que estos puedan ser llevados a cabo de manera

efectiva en proceso penal de lo contrario, perdería su razón de ser. Todo arquetipo que no respete este presupuesto básico queda en una elaboración de conceptos tal vez bellos, pero estéril. En estos casos no se puede seguir afirmando que la dogmática sea una ciencia práctica.

Además, deben establecerse siempre, al menos como una medida preventiva, instrumentos de control teórico, que eliminen la posibilidad de caer en arbitrariedades en la aplicación del derecho penal. La legitimidad y la aplicabilidad deben ser vistas como presupuestos mínimos de toda elaboración dogmática y no como principios rectores de dicha elaboración.

De lo desarrollado se concluye que la exigencia de aplicabilidad de estos institutos teóricos se erige como un presupuesto mínimo para determinar su utilidad. Sin pretender caer en el pragmatismo, un concepto que no resulte aplicable no es válido dentro de una disciplina eminentemente práctica como la dogmática penal y por ello debe rechazarse.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.-

- BACIGALUPO, “DERECHO PENAL. PTE. GRAL”, BS. AS., ED. HAMMURABI, 1999.
- BACIGALUPO, “LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO”, EN TENCA, ADRIAN, “DOLO EVENTUAL”, ASTREA, BUENOS AIRES, 2010.
- BUSTOS, “POLITICA CRIMINAL Y DOLO EVENTUAL”, RJCAT. 1984, EN REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, ISSN 0210-4296, VOL. 83, Nº 2, 1984.
- DIAZ PITA, “EL DOLO EVENTUAL”, RUBINZAL CULZONI, BUENOS AIRES, 2010.
- CASTILLO ALVA, “CODIGO PENAL COMENTADO”, T1, GACETA JURIDICA, 2004.
- CARRARA, “PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL”, T2, ED. DEPALMA, BS. AS. 1944.
- CORCOY BIDASOLO, “EL DELITO IMPRUDENTE CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL RESULTADO”, ED BDF, BUENOS AIRES, 2005.
- CREUS, “DERECHO PENAL. PTE GRAL.”, ED ASTREA, BUENOS AIRES, 3º ED., 1992.
- CURY, CONTRIBUCIONES AL DEBATE ACERCA DEL DOLO EVENTUAL, “NUEVO PENSAMIENTO PENAL”, 1975.
- DONNA, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TOMO II, TEORÍA GENERAL DEL DELITO I, 1º ED., RUBINZAL CULZONI, SANTA FE, 2008.
- DONNA, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, TOMO II, TEORÍA GENERAL DEL DELITO I, 1º ED., RUBINZAL CULZONI, SANTA FE, 2008.

- FONTAN BALESTRA, “TRATADO DE DERECHO PENAL. PTE. ESPECIAL”, T2, ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES.
- GIMBERNAT ORDEIG, "ACERCA DEL DOLO EVENTUAL", EN NUEVO PENSAMIENTO PENAL, BUENOS AIRES, 1972.
- JACKOBS, “DERECHO PENAL. PTE. GENERAL”. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN, 1997.
- LASCANO, “DERECHO PENAL PARTE GENERAL”. Ed. ADVOCATUS, 2005
- MIR PUIG, “FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO”, 2 ED., BOSCH, BARCELONA, 1982.
- MIR PUIG, “DERECHO PENAL PTE. GENERAL” 4 ED., BARCELONA, 1996.
- RAGUÈS, RAMÓN "TRES PROPUESTAS RECIENTES EN LA HISTÓRICA DISCUSIÓN SOBRE EL DOLO", EN "CUADERNOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENAL", AÑO V, N° 9 A, AD-HOC, BS. AS., 1999, P.486.
- RAGUÉS I VALLÈS “LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN EL AMBITO DE LA IMPUTACION DOLOSA”, TESIS DOCTORAL DEPARTAMENTO DE DERECHO UNIVERSITAT POMPEU FABRA, 1998.
- RIGHI, “EL DOLO EVENTUAL EN LA TENTATIVA”, NUEVO PENSAMIENTO PENAL, 1972.
- ROXIN, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, T1, ED. CIVITAS, 2° ED., 1997.
- SAGUES, “ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL” Ed. ASTREA, 2003
- SOLER, “DERECHO PENAL ARGENTINO” T2, ED TEA, BS AS, 1992.
- STRATENWERTH, “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL T1”, HAMURABBI, BUENOS AIRES, 2005.

- TARRIO, “DEBATES EN TORNO AL DERECHO PENAL”, 1º ED., CATHEDRA JURIDICA, BUENOS AIRES, 2007.
- TENCA, ADRIAN, “DOLO EVENTUAL”, ASTREA, BUENOS AIRES, 2010.
- TERRAGNI, “DOLO EVENTUAL Y CULPA CONCIENTE”, RUBINZAL CULZONI, BUENOS AIRES, 2009.
- WELZEL, “DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”, DEPALMA, BUENOS AIRES, 1956.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO; "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", BS. AS., ED. EDIAR, 2002.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA
UNIVERSIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	JAVEGA, PABLO FEDERICO
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27.956.891
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	El dolo eventual: su incorporación doctrinaria y jurisprudencial en perjuicio del imputado
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	pablofjavega@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica: _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.