



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRIA

LA DIVERGENCIA ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA
CULPA CONSCIENTE

Tesista: Abogado Juan Pablo Zúñiga

Director: Doctor José Roberto Acieff

Codirector: Doctor Héctor Alejandro Paredes

Mendoza, 2021



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

LA DIVERGENCIA ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA
CULPA CONSCIENTE

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

Tesista: Abogado Juan Pablo Zúñiga

Director: Doctor José Roberto Acieff

Codirector: Doctor Héctor Alejandro Paredes

Mendoza, 2021

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	8
RESUMEN	8
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN.	9
CAPITULO 1: El dolo y su discusión histórica.	13
1. Nociones previas	13
2. Elementos que integran el dolo.	15
2.1. Elemento intelectual.	17
2.2. Elemento volitivo.	17
3. Clases de dolo	18
3.1. Dolo directo o de primer grado	21
3.2. El dolo indirecto o de segundo grado.	21
3.3. El dolo eventual.	22
4. El delito culposo.	24
5. Antecedentes históricos.	25
5.1. La subjetividad en el Código de Hammurabi.	25
5.2. La conducta voluntaria.	27
5.3. El dolo en las distintas etapas del Derecho Romano.	29
5.4. Período Clásico.	33
5.5. La evolución histórica del dolo eventual en la Argentina.	36
CAPITULO 2: Las teorías clásicas sobre la delimitación entre dolo e imprudencia.	40
1. Teorías del dolo indirecto.	40
2. Teorías de la voluntad	49
2.1. Tesis fuerte de la voluntad: teorías contrarias al dolo eventual.	49

2.2.	Tesis débil de la voluntad. El componente de la actitud interna como correctivo.	54
3.	Teorías de la representación.....	55
3.1.	Tesis débil de la representación. El componente de la actitud interna como correctivo	55
3.2.	La teoría de la probabilidad. Probabilidad representada subjetivamente.	56
3.3.	Teoría de la probabilidad. Probabilidad atribuida objetivamente.	57
3.4.	La teoría de la posibilidad.	57
4.	Síntesis.....	58

CAPÍTULO 3: Teorías del conocimiento como criterios delimitadores entre el dolo eventual y la culpa consciente.	60
--	----

1.	Teorías de la estimación conforme a la representación.....	60
1.1.	Primer renacimiento de la teoría de la probabilidad.....	60
1.1.1.	La tesis de Mayer	61
1.1.2.	Tesis de Welzel.....	63
1.1.3.	Crítica	64
1.2.	Nuevas teorías de la posibilidad.....	65
1.2.1.	La tesis de Schröder.	65
1.2.2.	Tesis de Schmidhäuser	68
1.2.3.	La tesis de Zielinski	70
1.2.4.	La tesis de Jakobs	71
1.2.4.1.	La tesis de Jakobs. Segundo período.....	76
1.3.	Segundo renacimiento de la teoría de la probabilidad.....	81
1.3.1.	La tesis de Herzberg	81
1.3.1.1.	El peligro cubierto o asegurado	82
1.3.1.2.	El peligro descubierto o no asegurado.....	84
1.3.1.3.	El peligro descubierto o no asegurado, pero remoto.	85
1.3.1.4.	Crítica.....	86
1.3.2.	La tesis de Puppe	87
1.3.2.1.	Calidad del peligro como criterio diferenciador	88
1.3.2.2.	Crítica.....	94

2.	Teorías de la representación como forma especial de conocimiento	96
2.1.	Tesis de Schmidhäuser.....	97
2.1.1.	Crítica.....	102
2.2.	La tesis de Frisch.....	103
2.2.1.	El conocimiento.....	106
2.2.2.	Irrelevancia de elementos volitivos	109
2.2.3.	El dolo eventual.....	110
2.2.4.	Crítica.....	110
CAPÍTULO 4: Teorías de la voluntad.....		112
1.	Teoría de la aprobación o del consentimiento.....	115
1.1.	El caso de la correa de cuero.....	116
2.	Teoría de la indiferencia.....	121
2.1.	Críticas.....	125
3.	Teoría de la Voluntad de evitación.....	126
3.1.	Críticas.....	128
4.	Teoría del tomarse en serio el peligro.....	129
4.1.	La tesis de Stratenwerth.....	129
4.1.1.	Crítica.....	132
4.2.	Tesis de Roxin.....	134
4.2.1.	Crítica.....	138
4.3.	Tesis Similares.....	139
4.3.1.	Rudolphi.....	139
4.3.2.	Jescheck – Weigend.....	140
5.	Críticas a las teorías de la actitud interna.....	141
CAPÍTULO 5: Teorías de carácter Procesal.....		143
1.	La tesis de Hruschka.....	144
1.1.	Crítica.....	146
2.	La tesis de Hassemer.....	147
2.1.	Crítica.....	150

3.	La tesis de Ragués i Vallès.....	151
4.	Teorías integradoras.....	155
4.1.	La tesis de Prittwitz.....	155
4.2.	La tesis de Philipps.....	158
4.3.	Crítica.....	159
CAPÍTULO 6: Recklessnes en el derecho anglosajón.....		161
1.	Concepto.....	161
2.	Naturaleza de la recklessness.....	164
3.	Recklessnes en Estados Unidos.....	166
3.1.	El riesgo.....	168
4.	Recklessnes en Inglaterra.....	169
4.1.	Clases de recklessness.....	172
4.1.1.	Cunningham recklessness.....	173
4.1.2.	Caldwell recklessness o lawrence recklessness.....	173
5.	La recklessness como tercera posibilidad de imputación.....	174
6.	Un proyecto que intentó terminar con el dolo eventual en la Argentina.....	177
CAPÍTULO 7. Análisis de jurisprudencia.....		181
1.	El caso del aceite de colza.....	181
1.1.	Hechos.....	181
1.2.	Resolución.....	183
2.	El caso Cabello.....	186
2.1.	Hechos.....	186
2.2.	Resolución.....	187
3.	El caso Omar Chabán.....	190
3.1.	Hechos.....	190
3.2.	Resolución.....	191
4.	Caso Yañez Fonseca.....	195
4.1.	Hechos.....	195
4.2.	Resolución.....	196

5. Caso Tur Bus.....	198
5.1. Hechos.....	198
5.2. Resolución.	199
CONCLUSIÓN.	205
BIBLIOGRAFÍA.	209
1. Jurisprudencia.....	216
2. Link.	217

AGRADECIMIENTOS

A mi esposa Eliana, y mis hijos Juana, Lorenzo y Josefina, por el apoyo que día a día me brindan en forma incondicional.

A los Doctores José Roberto Acieff y Héctor Alejandro Paredes que me abrieron las puertas de sus conocimientos infinitos para poder lograr el presente trabajo.

A mis padres, Raúl y Teresita, que me han formado en la persona que soy.

A demás familiares, amigos y compañeros de trabajo que siempre han estado en cada momento importante de mi vida.

A la Comisión Académica de la Maestría en Derecho Penal y al personal de la Secretaría de Ciencia, Técnica y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo que me brindaron la posibilidad de realizar la carrera de Posgrado en Derecho Penal.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, que se titula *“La divergencia entre el dolo eventual y la culpa consciente”*, realizado por el Abogado Juan Pablo Zúñiga (maestrando de la III Cohorte de la Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo), presentado en el mes de marzo del año 2021, se realizó bajo la Dirección del Doctor José Roberto Acieff y la Co-dirección del Doctor Héctor Alejandro Paredes. Respecto al tema que nos concierne, diversas teorías se han esbozados para dotar de fundamentación al dolo eventual, acentuándose en el elemento cognoscitivo o volitivo. Por otro lado, como otra forma de imputación subjetiva, se encuentra la culpa consciente, entendida tal, como aquella en la que el sujeto se representa la probabilidad de un resultado lesivo, pero tiene la confianza de que no se producirá dicho resultado no deseado ni querido. La importancia de la delimitación entre estas dos formas de imputación subjetiva -dolo eventual y culpa consciente- tiene vital importancia al momento de la aplicación de una sanción penal, que, en algunos casos, esa consecuencia sancionatoria puede significar la privación de la libertad.

ABSTRACT

The present research work, entitled *“The divergence between eventual fraud and conscious guilt”*, carried out by Attorney Juan Pablo Zúñiga (master of the III Cohort of the Master in Criminal Law and Criminal Sciences, of the Faculty of Law of the National University of Cuyo), presented in March 2021, was carried out under the direction of Doctor José Roberto Acieff and the Co-direction of Doctor Héctor Alejandro Paredes. Regarding the subject that concerns us, various theories have been outlined to provide a foundation for eventual intent, emphasizing the cognitive or volitional element. On the other hand, as another form of subjective imputation, there is conscious guilt, understood as that in which the subject represents the probability of a harmful result, but has the confidence that said undesired result will not occur or my love. The importance of the delimitation between these two forms of subjective imputation - eventual idol and conscious guilt - is of vital importance when applying a criminal sanction, which, in some cases, this sanctioning consequence may mean deprivation of liberty.

INTRODUCCIÓN.

Se dice que no hay una norma regular que establezca o conceptualice por fuera de la doctrina qué es el dolo. La aproximación más cercana que se puede encontrar dentro de la normativa penal argentina es lo normado en el art. 34 inciso 1 del Código Penal argentino, el que reza: *“el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...”*¹. A contrario sensu, habría dolo cuando se comprende la criminalidad del acto y se dirigen las acciones. Con ello se reconocería que si no concurre el reconocimiento no se debe condenar².

Otros autores, como Zaffaroni, sostienen que el concepto legal de dolo puede obtenerse de la fórmula de la tentativa prescripto en el art. 42 del Código Penal de Argentina que expresa: *“el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución...”*³. Al respecto, Zaffaroni señala que el dolo es el querer la realización del tipo objetivo que surge de la fórmula legal de la tentativa⁴.

Un tema, al que múltiples teorías han intentado dar respuestas, es la determinación de un criterio de distinción práctica y aplicable entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Al respecto cabe traer a colación la opinión de Welzel⁵ cuando señala que esa delimitación es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal, en virtud de que en ambos casos el agente comprende que con su acción puede dar lugar a consecuencias perjudiciales. Por ello, el trazado de esa limitación resulta especialmente importante puesto que de dicha distinción depende o bien la punibilidad misma del hecho, como sucede en la mayoría de los casos a raíz de la ausencia de una conminación penal

¹ D´ALESSIO, Andrés José. *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*. 2° edición. La Ley, Buenos Aires., 2009.

² TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

³ D´ALESSIO, Andrés José. *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*. 2° edición. La Ley, Buenos Aires., 2009.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General. Novena Impresión*, Bs. As, Ediar, 1999.

⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal, Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1956.

para el delito imprudente, o bien, por lo menos, la intensidad de la pena⁶.

Enseña Eugenio Zaffaroni, junto con Alagia y Slokar, que en el dolo eventual, el autor, pese a querer los medios, sólo toma el resultado como posible⁷. Señalan también estos autores que el mayor problema es la delimitación del dolo eventual respecto de la culpa consciente o culpa con representación. Al respecto indican que cabe distinguir el fin y los resultados; cuando el autor persigue el fin, aunque no tenga certeza de alcanzarlo, el dolo continua siendo directo; por el contrario, los resultados concomitantes son los que devienen de los medios elegidos y pueden dar lugar a casos de *dolo directo* -consecuencia necesaria del medio, cuando su probabilidad de producción es muy alta-, *dolo eventual* -consecuencia posible del medio incluida en la voluntad realizadora- o *culpa con representación* -consecuencia posible del medio excluida de la voluntad realizadora-.

Por su parte, señala De la Fuente⁸ que el inconveniente del dolo eventual es que constituye una figura intermedia al dolo directo y la culpa consciente y, al ser una categoría híbrida, en la mayoría de los casos resulta sumamente problemática su inclusión dentro de los delitos dolosos, como de los imprudentes; su propuesta es incluirlo dentro de las formas de imputación dolosas, por lo que a partir de ello, el problema no se centrará en distinguirlo de las otras forma de dolo, sino, fundamentalmente, de la culpa consciente.

Fontán Balestra apunta que puede considerarse al dolo eventual como la categoría más baja de culpabilidad dolosa y agrega que no habrá responsabilidad sin que un resultado haya sido previsto, en el momento de la acción, cuando menos como posible. Pero esto solo no es suficiente; se requiere además, que se haya asentido en él; que, en última instancia, se lo acepte⁹. También señala que debe diferenciarse, y no confundirse, el dolo eventual con la culpa con representación, toda vez que, en éste último caso, el autor se representa el resultado, pero no lo acepta.

⁶ MUÑOZ CONDE en Prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2007. pp. IX-X

⁷ ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, ED. Ediar, 2000, p. 499.

⁸ DE LA FUENTE, Javier, "El concepto de dolo eventual en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España", en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año VI, Número 10, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 554.

⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, Depalma, 1957.

La distinción entre dolo e imprudencia ha cobrado una extraordinaria importancia en la práctica judicial argentina en los últimos tiempos. Innumerables casos que *prima facie* serían encuadrables como realización de una imprudencia muy grave, pero imprudencia al fin, son tratados en los tribunales como hechos dolosos, un resabio de la máxima: *culpa lata dolo comparabitur*. En cualquier caso, los juristas penales nunca han hallado una fórmula de delimitación entre dolo e imprudencia que pudiera establecerse como parámetro estándar¹⁰.

Por todo lo expuesto, es que en esta tesis nos planteamos los siguientes interrogantes: ¿Qué es el dolo eventual y en qué se diferencia de las demás clases de dolo?, ¿Qué se entiende por culpa consciente o con representación?, ¿En qué consisten las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente?, ¿Qué consecuencias punitivas conlleva diferenciar el dolo eventual y la culpa consciente? y ¿Cómo se ha expresado la jurisprudencia local al respecto?

Partimos de la hipótesis que, el dolo eventual, como elemento del tipo, es de carácter ambiguo dentro de la normativa penal argentina, lo que lo hace una figura discutida en su aplicación al momento de dictar una sentencia por parte de los Magistrados.

El objetivo general que hemos trazado con la presente investigación, consiste en identificar las diferencias existentes entre el dolo eventual y la culpa consciente. En tanto, como objetivos específicos hemos establecido los siguientes: conceptualizar el dolo eventual y la culpa consciente, comparar los criterios de diferenciación del dolo eventual y la culpa consciente de acuerdo a las diferentes teorías, determinar las consecuencias punitivas del dolo eventual y la culpa consciente, y analizar casos jurisprudenciales en el ámbito provincial y nacional.

Para su alcance se ha propuesto una metodología de tipo descriptiva, con un enfoque jurisprudencial, legislativo y doctrinario; toda vez que la finalidad de la misma es identificar las características divergentes existentes entre el dolo eventual y la culpa consciente, tomando como fuente los análisis doctrinales, la regulación legal y los fallos jurisprudenciales nacionales y provinciales.

¹⁰ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

La estructura de la presente tesis está compuesta por siete capítulos. El primero se centra en la discusión histórica sobre el dolo. El capítulo dos hace referencia a las teorías clásicas sobre la delimitación entre dolo e imprudencia. El capítulo tres analiza a las teorías del conocimiento como criterios delimitadores entre el dolo eventual y la culpa consciente. El capítulo cuatro analiza a las teorías de la voluntad. El cinco a las de carácter Procesal. El capítulo seis hace referencia al concepto del *Recklessness* en el derecho anglosajón y, finalmente, en el capítulo siete se realiza un análisis jurisprudencial del tema en estudio.

CAPITULO 1: El dolo y su discusión histórica.

En el presente capítulo se hará mención a los conceptos generales de la materia en estudio para luego comenzar a realizar un análisis de cómo ha sido la discusión, respecto al dolo, a lo largo de la historia.

1. Nociones previas

El dolo, según doctrina mayoritaria, es el querer dominado por la voluntad de la realización del tipo objetivo¹¹. En otros términos, es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción¹².

El dolo es el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo, y frecuentemente, el único componente del tipo subjetivo. El dolo es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo. Y todo querer presupone un conocer. El conocimiento que presupone este querer es el de los elementos del tipo objetivo en el caso concreto. Por lo tanto, se puede conceptualizar al dolo como la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto¹³.

En nuestra legislación, no hay una norma regular que establezca o conceptualice por fuera de la doctrina qué es el dolo. Se dice que la aproximación más cercana que se puede encontrar dentro de la normativa penal es lo normado en el Art. 34 inciso 1 del Código Penal Argentino el que reza: *“El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...”*. A contrario sensu, habría dolo cuando se comprende la criminalidad del acto y se dirigen las acciones. Con ello se reconocería que si no concurre el reconocimiento no se debe condenar¹⁴.

¹¹ MAURACH, Reinhart - GÖSSEK, Karl H. - ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Obra traducida por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

¹² DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena 2. Imputación delictiva*. Buenos Aires, Aestrea, 1995.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General. Novena Impresión*, Bs. As, Ediar, 1999.

¹⁴ TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

Al respecto, manifiesta Donna que el dolo no está definido por la ley, agregando que toda referencia al art. 34 inc. 1, del Código Penal, es a este efecto irrelevante, ya que el citado artículo, sólo se refiere a la capacidad de culpabilidad, de ahí la referencia normativa, y al tratamiento del error de tipo, cuya consecuencia, en principio, es la exclusión de la imputación subjetiva, que por supuesto si es invencible elimina el dolo. De todas formas, sigue explicando Donna, no es de buena técnica legislativa definir el dolo, debido a que el concepto surge, en principio, de datos ontológicos, más que de lo el legislador intenta decir¹⁵.

Distinto es el caso del Proyecto Soler, de 1960, en donde expresamente se había optado por dar un concepto de dolo. El artículo 19 de dicho proyecto expresamente decía *“obra con dolo el que quiso de modo directo el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción”*¹⁶.

Autores como Zaffaroni, sostienen que el concepto legal de dolo puede obtenerse de la fórmula de la tentativa prescripto en el Art. 42 del Código Penal que dice: *“el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución...”*. Al respecto, Zaffaroni señala que el dolo es el querer la realización del tipo objetivo que surge de la fórmula legal de la tentativa¹⁷.

Para Roxin, por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo¹⁸. Continúa explicando que, para caracterizar las tres formas de dolo se emplea la descripción del dolo como saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal. A ese respecto, el requisito intelectual (saber) y el volitivo (querer) están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre sí. En el caso del dolo directo o de primer grado, en el lado del saber basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado. En cambio, en el dolo indirecto o de segundo grado el saber es todo lo exacto que es posible. Si quien realiza un atentado sabe con seguridad

¹⁵ DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena 2. Imputación delictiva*. Buenos Aires, Aestrea, 1995.

¹⁶ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora, 1978.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General. Novena Impresión*, Bs. As, Ediar, 1999.

¹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de querida la muerte de éstas, aunque no la persiga y por tanto el momento volitivo sea menos intenso que en caso de intención (o dolo de primer grado). Y, finalmente, en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base, pero, en cualquier caso, el mismo se distingue del dolo directo en que no persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que respecto a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproxima muchísimo, haciéndolos ya apenas distinguibles, el *dolus eventualis* a la imprudencia consciente¹⁹.

2. Elementos que integran el dolo.

Según lo hasta aquí manifestado, se puede decir que los elementos que integran el dolo son 2; por un lado, el elemento cognoscitivo y, por el otro, el elemento volitivo.

Así Carrara privilegiaba el elemento volitivo (intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley)²⁰.

Por su parte, Von Litz, con su teoría de la representación, priorizaba el elemento intelectual, pues le bastaba la previsión del resultado. Definía al dolo como el conocimiento de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal, que acompaña a la actuación voluntaria²¹.

Se puede observar que en el fondo existía una complementación entre ambas teorías, pues si bien daban relevancia a un elemento, no olvidaban al restante.

Como explica Zaffaroni, el dolo es una voluntad determinada que, como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado. Durante muchos años algunos autores

¹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

²⁰ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Ed. Advocatus, 2005.

²¹ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora, 1978.

insistían en el aspecto de conocimiento del dolo, haciendo fincar su esencia en él (teoría de la representación), en tanto que otros acentuaban su aspecto de voluntad pura (teoría de la voluntad). Hace casi medio siglo que la doctrina se percató de que es tan falso que el dolo sea representación como que el dolo sea voluntad: el dolo es representación y voluntad. El reconocimiento de que el dolo es una voluntad individualizada en un tipo, nos obliga a reconocer en su estructura los dos aspectos en que consiste: el del conocimiento presupuesto al querer y el querer mismo (que no puede existir sin el conocimiento). Esto da lugar a los dos aspectos que comprende el dolo (el aspecto de conocimiento o aspecto cognoscitivo del dolo y el aspecto del querer o aspecto conativo del dolo)²².

Es decir, que se puede afirmar que, en principio, el dolo tiene un componente intelectual, esto es, el saber, y otro componente volitivo, que se refiere, sin lugar a dudas, al tipo objetivo. El autor actúa dolosamente cuando conoce el concreto tipo objetivo, y consecuentemente se dispone a realizar la acción allí descripta²³.

La teoría del asentimiento de Beling sostenía que lo decisivo para la existencia del dolo no era la representación pura y simple, sino la actitud del sujeto frente a esa representación, donde hay una gradación que va desde la intención directa de la voluntad de causar el resultado previsto, hasta el consentimiento prestado a un resultado que se prevé sólo como probable²⁴.

Intentando sintetizar tales posiciones, Núñez conceptúa al dolo como la intención de cometer el delito o, por lo menos, la indiferencia de cometerlo frente a su representación como probable²⁵.

En este orden de idea, Lescano manifiesta que se puede decir que el dolo consiste en el conocimiento y la voluntad de realización del tipo penal. El autor debe saber que realiza el hecho, qué hecho realiza y las circunstancias que lo rodean, y, además, debe querer realizarlo²⁶.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General. Novena Impresión*, Bs. As, Ed. Ediar, 1999.

²³ DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena 2. Imputación delictiva*. Buenos Aires, Aestrea, 1995.

²⁴ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Tipográfica Editora, 1978.

²⁵ NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

²⁶ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

2.1. Elemento intelectual.

Señala Struensee que el dolo es la imagen refleja del tipo objetivo. En otros términos, el dar un concepto de dolo implica una especificación detallada de los elementos psíquicos del autor, pero siempre en relación al tipo objetivo, ya que el contenido de éste determina el del dolo. De ahí que Struensee dice que el dolo del hecho se refiere a aquellos hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior al autor, que han de subsumirse en los elementos conceptuales del tipo objetivo²⁷.

Tal como se lo está conceptualizando, el dolo es el querer el resultado típico. Pero no hay duda de que para poder querer algo, se debe conocer ese algo, motivo por el cual el dolo exige otro elemento: el saber. Por su parte, dice Hassemer que el elemento de cognoscibilidad es útil para deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico. Quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión²⁸.

2.2. Elemento volitivo

Sostiene Welzel que la parte volitiva del dolo exige una voluntad incondicional de realizar el tipo objetivo, de manera que si el querer es condicionado no es todavía dolo. Es distinto el dolo del puro deseo o de la esperanza, de forma tal que el autor debe intentar influir en el mundo real con el saber que tiene, 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 él²⁹.

Es necesario hacer una ponderación de ambos elementos que integran el dolo, que deben existir al tiempo de la comisión del hecho, con lo cual el llamado *dolus antecedens* es irrelevante; esto es, si no está presente en el momento del hecho queda como un simple deseo del autor. Es irrelevante, como es lógico, el llamado dolo *subsequens*, o sea cuando

²⁷ STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*, traducción Marcelo Sancinetti. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

²⁸ HASSAMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, en "Anuario de Ciencias Penales", Tomo 43, 1990.

²⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal, Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1956.

el sujeto tiene plena representación y voluntad de realizar el hecho, pero una vez que se ha consumado el tipo penal.

3. Clases de dolo

Estos elementos del dolo se pueden dar con distintas intensidades. La combinación de sus variantes nos permite diferenciar tres clases de dolo, a saber: dolo directo o de primer grado, dolo indirecto o de segundo grado y dolo eventual. Las mismas se contraponen a las dos formas distintas de imprudencia: la consciente y la inconsciente³⁰.

Según el entendimiento del lenguaje cotidiano, imprudencia y dolo son opuestos contradictorios, es decir, que se excluyen recíprocamente³¹.

En resumen, concluye Roxin que, por dolo directo se entiende lo que el sujeto persigue; el dolo indirecto abarca todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad, y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad³².

Siguiendo a Maurach y Zipf, se puede decir que actúa con dolo directo el autor que está interesado en lograr el resultado típico y con dolo indirecto, quien calcula que es inevitable el resultado típico; o sea, obra con dolo directo el autor que está consciente de realizar con su acción los elementos del tipo objetivo³³. También actúa con dolo, pero en este caso indirecto, el autor que acepta las consecuencias que conlleva la realización del tipo. El sujeto que pone una bomba en un barco, a los efectos de matar a su esposa y cobrar la herencia, no hay duda que tiene dolo directo en cuanto a ese resultado, y dolo indirecto de segundo grado en cuanto a las demás muertes que produzca su accionar. De modo que

³⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³¹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

³² ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³³ MAURACH, Reinhart - GÖSSEK, Karl H. - ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Obra traducida por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

el resultado querido va unido causal y necesariamente al otro. Nótese que esta segunda clase de dolo es casi igual al primero³⁴.

De ahí que la voluntad de actuar en ambos casos es idéntica, tan solo se diferencia en la representación del resultado. Aquellas consecuencias que no se representan como necesarias, no cuentan para la fundamentación del dolo indirecto.

La distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada intención (o propósito) o utiliza expresiones equivalentes, como por ejemplo para engañar, y en otros casos, mediante el requisito de actuar a sabiendas o de actuar de mala fe, que al menos excluye el dolo eventual³⁵.

El problema se da cuando se pretende diferenciar el dolo eventual y la culpa consciente. Bien analizado el problema, se puede decir que el concepto de dolo eventual es equívoco, de modo que para empezar a poner orden en el asunto es necesario afirmar que, en el dolo, lo eventual es con respecto al resultado. Por ejemplo, quien dispara a una persona para dejarla inepta para la lucha, pero está de acuerdo con el efecto letal del disparo, actuará con dolo eventual, ya que la voluntad de actuar es incondicional, dado que de lo contrario no habrá ni siquiera dolo; por lo tanto, lo único eventual es el resultado. Ahora bien, según se asiente la determinación del dolo eventual en la dirección de la voluntad o en el saber del autor, se aplicará la teoría del consentimiento o la de la probabilidad, que han dividido las opiniones hasta el presente, con distintos matices³⁶.

Una descripción lo más exacta posible del dolo eventual es necesaria no sólo para delimitarlo de las restantes formas del dolo, sino sobre todo para diferenciarlo de la

³⁴ DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena 2. Imputación delictiva*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1995.

³⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³⁶ DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena 2. Imputación delictiva*. Buenos Aires, Aestrea, 1995. p. 103.

imprudencia consciente, distinción que en la mayoría de los casos posee importancia decisiva para la punibilidad³⁷.

Para caracterizar las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como saber y querer (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal. A ese respecto, el requisito intelectual (saber) y volitivo (querer) están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre sí. En el caso del dolo directo, en el lado del saber basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado. En cambio, en el dolo indirecto (de segundo grado) el saber es todo lo exacto que es posible. Y finalmente, en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base, pero, en cualquier caso, el mismo se distingue del dolo directo en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que respecto del dolo indirecto (de segundo grado) también el saber relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límites, aproxima mucho, haciéndolos ya apenas distinguibles, el dolo eventual a la imprudencia consciente³⁸.

En este aspecto, Roxin defiende la opinión de que la realización del plan constituye la esencia del dolo: un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Lo anterior es evidente el dolo directo y en el dolo indirecto (de segundo grado), pero puede servir además como directriz en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente.

Por lo tanto, los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última o la finalidad única de quien actúa. Por otro lado, los resultados indeseados cuya producción

³⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

del sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable, han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual³⁹.

3.1. Dolo directo o de primer grado

Existe acuerdo sobre que el dolo directo es la persecución dirigida a un fin del resultado típico. Cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe dolo directo, aun cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como posible. No obstante, la representación de la posibilidad ha de alcanzar el grado que haga posible un riesgo jurídicamente relevante y por tanto una imputación del resultado⁴⁰.

Cada vez se impone más la opinión de que la intención no debe significar el motivo, la finalidad última del sujeto, sino que la intención típica concurre aun cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines de otra índole del sujeto. Por tanto, intencional es en todos los casos también aquello que se realiza de propósito como medio para ulteriores fines. Tampoco hace falta que la intención típica sea la única finalidad que persiga el sujeto⁴¹.

Señala Lescano que, en el ámbito de la voluntad, nos encontramos frente al dolo directo cuando la acción o el resultado típico constituyen el objetivo perseguido por el sujeto: quiere matar a otra persona y lo mata⁴².

3.2. El dolo indirecto o de segundo grado.

En sentido estricto, éste abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el

³⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴² LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

sujeto, ocasionándolas conscientemente. Este tipo de dolo, representa un querer la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias⁴³.

Manifiesta Roxin que la delimitación entre el dolo indirecto (de segundo grado) y el dolo eventual es sencilla: cuando falta la intención y el sujeto no está seguro de si una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, no existe en ningún caso dolo indirecto (de segundo grado), sino a lo sumo dolo eventual, que habrá que distinguir aún de la imprudencia consciente⁴⁴.

El dolo indirecto, también llamado dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, abarca los resultados no queridos directamente por el autor, pero que aparecen unidos de modo necesario e ineludible al resultado comprendido en la intención del sujeto⁴⁵.

3.3. El dolo eventual.

La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho Penal. Roxin, para responder esta cuestión ha de recurrir a la diferencia material que existe entre dolo e imprudencia que se caracteriza señalando que el dolo es realización del plan, mientras que la imprudencia consciente es sólo negligencia o ligereza. Para Roxin, esta delimitación es materialmente correcta, porque es la que mejor responde a la considerable diferencia de punibilidad entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocido por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente, aunque sólo sea para

⁴³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁵ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo, en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta decisión por la posible lesión de bienes jurídicos es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición⁴⁶.

La separación del dolo y la imprudencia es una delimitación según el tipo de injusto y confirma así la ubicación del dolo típico en el tipo mismo. Quien produce conforme a un plan un resultado típico realiza un tipo de delito distinto que quien no ha incluido en sus cálculos el resultado y lo produce por negligencia o ligereza. El que se pueda delimitar, como intenta demostrar los finalistas, la actuación dolosa eventual como final, del hecho realizado con imprudencia consciente como actuación no final, depende de cómo se entienda el concepto de finalidad. Si se parte de un concepto normativo de finalidad, en el que la finalidad se presenta como realización conforme a un plan de un tipo de delito, entonces ello se corresponde con la doctrina defendida por Roxin. Si por el contrario se adopta un concepto de finalidad ontológica, que se fije en el puro saber causal, entonces debería contemplarse también la imprudencia consciente como acción final⁴⁷.

La delimitación entre dolo e imprudencia expresa sin embargo no sólo una diferencia de injusto, sino también una diferencia importante de culpabilidad, que justifica la distinta punición de ambas formas de conducta; pues quien se decide, aunque sea sólo para un caso eventual, en contra del bien jurídico protegido denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía, aunque se negligentemente, en la no producción del resultado. Esta trascendencia del dolo tanto desde el punto de vista del injusto como desde el de la culpabilidad confirma la idea alcanzada anteriormente de que las realidades jurídicas a menudo pueden ser relevantes desde el punto de vista de distintas categorías del delito⁴⁸.

⁴⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

Sostiene Roxin, que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así, sea de buena o de mala gana, a la eventual realización de un delito; se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo. Al respecto debe distinguirse entre la confianza y una mera esperanza. Quien confía, a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación, en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto deja que las cosas sigan su curso. La distinción expuesta vale no sólo para el caso más común en la práctica en que el sujeto no sabe si puede evitar un menoscabo del objeto de la acción típica, sino igualmente en caso de duda sobre otras circunstancias⁴⁹.

4. El delito culposo.

Según un criterio tradicional, quien obra con culpa y con ello causa un perjuicio a otro se expone a enfrentar las reacciones de la ley penal. En este aspecto, responderá cuando, incumpliendo al deber de ser cuidadoso, provoca un resultado sin que hubiese obrado con el fin de ocasionarlo. El obrar imprudente es aquel que no está dirigido a causar el perjuicio que sufrió un bien jurídicamente protegido; efecto que el autor hubiese podido evitar de haber seguido las reglas de precaución impuestas para la protección de aquél. En la aprehensión de lo que es el delito imprudente no es determinante la mera provocación del resultado, sino que la circunstancia decisiva es el incumplimiento de las reglas de cuidado que da lugar a la lesión. Se prohíbe esa particular forma de actuar. Siendo así, la acción no se identifica por el mero uso del verbo causar, pues en este caso el verbo no es

⁴⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

el núcleo del tipo porque el resultado no es parte de la conducta propiamente dicha, sino una consecuencia de que ella haya sido descuidada⁵⁰.

En los tipos de imprudencia, las acciones se prohíben porque el resultado se produce a raíz de una particular forma de llevar a cabo las primeras (imprudente, negligente, imperita). En el delito culposo el resultado debe ser la consecuencia directa de la infracción del cuidado exigible.

En este sentido, las clasificaciones de los delitos culposos -en consciente e inconsciente- están referidas a la posible representación del hecho por parte del agente. Se puede decir que, si se representó las posibles consecuencias de su acción, y no obstante confió en poder evitar los efectos dañosos, se trata de un caso de culpa consciente; y al revés, cuando ni siquiera pasó por su mente la imagen de lo que podía ocurrir, el supuesto es de culpa inconsciente⁵¹.

5. Antecedentes históricos.

La mayor parte de la discusión acerca del problema del dolo se centra en las teorías del denominado periodo clásico del Derecho penal, que se remonta a inicios del siglo XIX. No obstante, se hace necesario hacer referencia al Derecho penal de la Edad Antigua, la Edad Media y la Edad Moderna, ya que se constata la primacía durante dichas épocas del concepto de dolo vinculado al estado mental de la intención de producir un resultado típico.

5.1. La subjetividad en el Código de Hammurabi.

Una primera mención del elemento subjetivo puede encontrarse en la ley de las XII Tablas. A lo largo del Derecho de Roma, este elemento, concebido como intención

⁵⁰ TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

⁵¹ TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

orientada hacia un crimen, fue exigido en aquellos delitos que resultaban castigados con pena pública⁵².

Al respecto, se puede señalar que, con el desarrollo de las sociedades, la responsabilidad penal objetiva dejó de ser la regla. Es lo que precisamente ocurrió con los babilonios a partir del año 2270 a.C., en quienes surgió la preocupación sobre los aspectos subjetivos de la responsabilidad. Dicha preocupación dio lugar más adelante a la elaboración del Código de Hammurabi, que fue un conjunto de leyes de Mesopotamia, que data del siglo XVIII a.C. y que fue plasmado en una estela de piedra por el Rey de Babilonia, Hammurabi. El Código contenía 282 leyes, que establecían reglas de conducta y sanciones, cuya finalidad fue homogeneizar jurídicamente el reino⁵³. Si bien el Código no efectuaba una distinción entre ramas del Derecho, varias de sus leyes estaban dedicadas al Derecho penal, las cuales que se trataban de normas escritas y públicas, que describían las conductas que trasgredían la ley, así como las sanciones que su comisión implicaba, las que iban desde penas pecuniarias, pasando por castigos físicos, hasta la pena de muerte.

Existían en el Código de Hammurabi una serie de leyes que establecían una sanción homogénea al delito cometido (ojo por ojo, hueso por hueso, diente por diente). Ahora bien, el Código de Hammurabi no se limitaba a establecer normas basadas en la ley del talión, sino que preveía otro tipo de sanciones, como las penas pecuniarias.

Si bien de la lectura de las 282 leyes que contenía el Código de Hammurabi no encontramos una mención expresa al dolo, sí existen regulaciones en torno a elementos subjetivos del delito.

El primer elemento es la valoración del juramento del acusado de no haber actuado con conocimiento de causa y, por ende, intencionalmente, caso en el cual el Código de Hammurabi permitía la aplicación de una pena pecuniaria. Así, la ley 206 disponía que si, durante una riña, un hombre golpea a otro y lo hiere, entonces el primer hombre deberá jurar que no ha herido a sabiendas y pagará la atención del médico⁵⁴.

⁵² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal, tomo V: La culpabilidad*, 4ª edición actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964.

⁵³ Disponible en: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>

⁵⁴ Disponible en: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>

El segundo elemento es la mención a conductas imprudentes como infracciones sancionadas por el Código de Hammurabi. Es el caso de la ley 267 que establecía que, si el pastor ha sido negligente y ha ocasionado una enfermedad en el establo, el pastor que ha ocasionado el daño de la enfermedad, reparará el establo, completará el ganado mayor y menor y lo dará al propietario ⁵⁵.

El Código de Hammurabi constituyó así un primer antecedente de la valoración de los elementos subjetivos de la conducta de quien infringía una norma del Estado.

5.2. La conducta voluntaria

En el antiguo Derecho privado romano el término *dolus* significaba engaño o artificio, pero luego se fue encaminando hacia una nueva acepción, en el sentido de intención encaminada hacia un delito, surgiendo entre los jurisconsultos romanos fórmulas tales como *dolus malus* o *sciens dolo malo*.

Dado que la virtud tiene que ver con las afecciones y las acciones, y, dado que en las acciones voluntarias se producen elogios y censuras y, en cambio, indulgencia para las contrarias e incluso, a veces, compasión, quizás sea necesario definir lo voluntario y lo involuntario. También será útil para los legisladores con vistas a los honores y castigos. Desde luego, parece que son involuntarias las acciones que se producen a la fuerza y por ignorancia, y forzoso es aquello cuyo inicio es externo siendo de tal clase que en ello no colabora el sujeto agente o paciente⁵⁶.

En el libro *Ética para Nicómaco*, Aristóteles hacía referencia a la voluntariedad de las acciones como presupuesto de la responsabilidad y concluía: *las acciones, cuyos principios están en nosotros, también dependerán ellas de nosotros y serán voluntarias. Y en favor de esto parecemos testificar cada uno de nosotros en particular y también los propios legisladores: en efecto, éstos castigan y exigen reparación a cuantos cometen*

⁵⁵ Disponible en: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>

⁵⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 1ª ed., Alianza Editorial. Madrid. 2001

*malas acciones (si es que no lo hacen a la fuerza o por una ignorancia de la que no son ellos culpables), mientras que a quienes realizan buenas acciones les conceden honores*⁵⁷.

A fin de llegar a tal afirmación, Aristóteles sostuvo que una acción es involuntaria si se produce a la fuerza o por ignorancia. Es forzoso aquello cuyo inicio es externo y en lo cual no colabora el sujeto agente o paciente. Todo lo que se produce por ignorancia es no-voluntario, pero es involuntario lo que se da con aflicción y con arrepentimiento. En efecto, el que ha realizado cualquier acción por ignorancia, sin que sienta disgusto por su acción, no la ha realizado voluntariamente ya que, desde luego, no era consciente, pero tampoco, involuntariamente, ya que ciertamente no siente disgusto⁵⁸. La calificación de involuntario no suele aplicarse cuando alguien ignora lo que le conviene, pues no es la ignorancia que se da en la elección la responsable del acto involuntario (sino del vicio), ni la ignorancia en general (pues los hombres reciben reproches por ésta, desde luego), sino la que se refiere a los casos particulares, es decir, la ignorancia de las circunstancias en las que se produce la acción y en relación con las cosas en que se produce. Porque en éstos hay compasión y perdón, ya que quien obra ignorando alguna de estas circunstancias lo hace involuntariamente⁵⁹. La elección, que es lo que dirige nuestra acción es distinta al deseo. En esa línea, Aristóteles proponía que el deseo tiene que ver con el fin, mientras que la elección lo es de aquello que conduce al fin. Citaba entonces el ejemplo de que los seres humanos tenemos deseo de estar sanos, pero elegimos aquello por lo que sanamos⁶⁰. La elección lo es de algo voluntario, aunque no todo lo voluntario es objeto de elección. Se trata entonces de algo que se ha deliberado previamente. Aristóteles se preguntaba entonces si los hombres deliberan acerca de todo y si todo es objeto de deliberación. Respondía indicando que deliberamos acerca de las cosas que dependen de nosotros y son realizables, pero no deliberamos acerca de todas las cosas humanas. No hay deliberación sobre las ciencias exactas y autosuficientes, pero sí sobre todas aquellas cosas que se producen por agencia nuestra y no siempre de la misma manera. Entonces

⁵⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I^a ed., Alianza Editorial. Madrid. 2001.

⁵⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I^a ed., Alianza Editorial. Madrid. 2001.

⁵⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I^a ed., Alianza Editorial. Madrid. 2001.

⁶⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I^a ed., Alianza Editorial. Madrid. 2001.

la deliberación se da en aquellas cosas que suceden por lo general, pero que es incierto cómo van a resultar y en aquellas en las que es indefinido el resultado⁶¹.

A partir de dichas premisas, Aristóteles concluye con la siguiente argumentación: *El hombre es el inicio de las acciones, que la voluntad se refiere a las cosas que son realizables por uno mismo, y que las acciones son con vistas a otra cosa. No sería, por tanto, objeto de deliberación el fin, sino lo que conduce a los fines, ni tampoco, claro está, los hechos particulares. El objeto de la deliberación y el de la elección son el mismo, sólo que ya ha sido determinado previamente lo que se elige, puesto que aquello que se elige es lo que ha sido seleccionado como consecuencia de la deliberación. Como el fin es objeto del deseo y, en cambio, las cosas que conducen al fin son objeto de deliberación y elección, las acciones referentes a éstos se dan conforme a elección y son voluntarias. Y las actividades de las virtudes se dan en éstas; por consiguiente, también la virtud depende de nosotros; e igualmente el vicio. En efecto, en lo que depende de nosotros el actuar, también depende el no actuar, y en lo que hay un no, también hay un sí. De tal manera que, si depende de nosotros el obrar cuando es bueno, también dependerá de nosotros el no obrar cuando es malo. Y si el no obrar, cuando es bueno, depende de nosotros, también depende de nosotros el obrar cuando es malo. Y si depende de nosotros realizar buenas y malas acciones, e igualmente el no realizarlas (y esto era el ser buenos o malos) , entonces dependerá de nosotros el ser virtuosos o viciosos⁶².*

Según Hruschka, la obra de Aristóteles y su recepción en la Edad Media y en la Edad Moderna son la fuente de la actual concepción de dolo como conocer y querer la realización de un tipo delictivo, aunque será recién con Kant que el concepto de *dolus malus* se diluye y la conciencia de la antijuridicidad se desprende del concepto de dolo⁶³.

5.3. El dolo en las distintas etapas del Derecho Romano.

Si bien no se puede afirmar que el origen del elemento subjetivo del delito se produce en Roma, lo cierto es que el antecedente directo de un concepto de dolo podría

⁶¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I^a ed., Alianza Editorial. Madrid. 2001.

⁶² ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I^a ed., Alianza Editorial. Madrid. 2001.

⁶³ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.

encontrarse en el Derecho romano tardío, en el que se plantea un concepto restringido de dolo, que lo limitaba a las conductas de intención directa. Al respecto, Jescheck y Weigend sostienen que, a diferencia del Derecho común, que conservó la idea de la responsabilidad por el resultado, el concepto de dolo se remonta al Derecho romano tardío y fue uno de sus grandes aportes⁶⁴. Por su parte, Mezger entiende que, en el Derecho romano, el dolo como voluntad contraria a la ley constituyó la base de la culpabilidad y de la pena⁶⁵.

Según Jiménez de Asúa, en las sociedades arcaicas de Grecia y Roma primó la responsabilidad objetiva⁶⁶. Era entonces irrelevante el elemento intencional del delito.

El origen de Roma, simbolizado en la victoria de Rómulo frente a Remo el año 753 a.C., dio lugar a dos siglos de Monarquía. El año 509 a.C. se fundó la República, gobernada por los patricios, jefes de familias notables, que eran elegidos por la asamblea de plebeyos para ocupar cargos públicos, el Senado y la magistratura. Durante los cinco siglos de duración de la República, se produjo un proceso de reformas encaminado a un cierto reconocimiento de los derechos de los plebeyos y a la limitación del poder de los magistrados mediante la consignación escrita y pública de las leyes. Medio siglo después, entre los años 451 y 450 a.c, los plebeyos obtuvieron una nueva conquista; diez hombres sabios elegidos entre los romanos redactaron la Ley de las Doce Tabas, que se convirtió en la primera ley escrita de Roma. Hasta entonces habían sido los jueces patricios quienes aplicaban la ley, basándose en las normas no escritas de la costumbre, lo que permitía todo tipo de arbitrariedades⁶⁷.

En el año 149 a.C. se promulgó la *Lex Calpurnia de Repetundis*, norma que estableció en Roma el primer tribunal criminal permanente. La expansión de Roma y las reformas de Cayo Octavio, quien se convertiría posteriormente en el emperador Augusto, dieron lugar al inicio del Imperio Romano en el año 27 d.C., el cual llegó a dominar territorios que iban desde España hasta el Medio Oriente. Luego de una época de oro, se sucedieron tiempos caracterizados por el asedio de los bárbaros y, finalmente, en el año 395 d.C., el

⁶⁴ JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, Parte General*. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete. Editorial Comares, Granada, España, 2002.

⁶⁵ MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal, tomo V: La culpabilidad*, 4ª edición actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964.

⁶⁷ Disponible en: <http://www.historia-roma.com/>

emperador Teodosio decidió la división del imperio en dos, uno en occidente prontamente derrotado por las invasiones bárbaras (año 476 d.C.) y otro en oriente, Bizancio.

Entre los años 527 d.C. y 565 d.C., Justiniano gobernó el Imperio Romano de Oriente y llevó a cabo la compilación y codificación del Derecho romano de los siglos anteriores en el *Corpus Iuris Civilis*, que contenía, entre otros libros, las Institutas y el Digesto⁶⁸. En las Institutas de Justiniano se hacía referencia explícita a los elementos subjetivos del delito. En efecto, el Título I del Libro IV titulado de las obligaciones que nacen de un delito, se regulaba el delito de robo y se hacía referencia al conocimiento e intención como elementos subjetivos del mismo: *El que toma las cosas a préstamo y las emplea en un uso distinto de aquel para el cual le fueron prestadas, no comete robo si no lo hace sabiendo que es contra la voluntad del propietario, y que éste, si lo supiese, no lo permitiría. Pero si se ha creído cierto del permiso, no hay crimen: distinción muy justa, porque no hay robo sin intención de robar*⁶⁹.

Asimismo, en el Título III del Libro IV, referido a la Ley Aquilia, se expresaba la necesidad de que mediara dolo o fraude para sancionar la muerte de un esclavo o de un cuadrúpedo: *Es evidente que de la misma manera que no se está obligado, según el primer capítulo, por la muerte del esclavo o del cuadrúpedo, sino en cuanto han sido muertos por dolo o fraude, así en el capítulo tercero está uno obligado por cualquier daño, cuando hay dolo o fraude*⁷⁰.

Existe evidencia entonces de que el origen del dolo como elemento del delito se produce en el Derecho romano tardío; V. Liszt sostuvo hace más de un siglo que el Derecho Romano, en su último estado de evolución, elevó el dolo del agente a característica esencial del delito; mientras que corresponde, enteramente, a la concepción germánica, la responsabilidad por actos fortuitos⁷¹.

⁶⁸ ORTOLAN, Joseph. *Historia de la legislación romana*. Obra traducida por Melquiades Pérez Rivas. Ed. Leocadio Lopez, Madrid, 1869.

⁶⁹ ORTOLAN, Joseph. *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Obra traducida por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Ed. Leocadio Lopez, Madrid 1879.

⁷⁰ ORTOLAN, Joseph. *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Obra traducida por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Ed. Leocadio Lopez, Madrid 1879.

⁷¹ LISZT, Franz V. *Tratado de Derecho penal. Tomo II*. Traducción de la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid, 1999.

En la misma línea, Antón Oneca manifiesta que frente a la responsabilidad por el daño, típica de los pueblos primitivos, el Derecho penal romano destacó el elemento subjetivo, hasta el punto de que en algún caso se castigaron los actos preparatorios y se equiparó en la penalidad el homicidio intentado y el consumado⁷².

Por su parte, Lorenzo afirma que el dolo en el Derecho romano fue identificado con la mala intención o malicia en la realización del hecho ilícito, superando así la concepción del ilícito penal como mera causación objetiva de resultados. Como observa esta autora, en Roma la ley penal era concreción de la ley moral, el fundamento de la pena era ético y su función básicamente retributiva, por lo que, además de la capacidad genérica de obrar, se exigía un intenso vínculo anímico entre el hecho y el autor, puesto que sólo bajo ese presupuesto el sujeto estaba en condiciones de captar en su conciencia la inmoralidad en la que fundamentalmente consistía el delito⁷³. En consecuencia, señala Antón Oneca que, en el desarrollo del Derecho romano, el dolo no se limitó a ser un elemento más del delito, sino que llegó a ser concebido como fundamento de la pena⁷⁴.

Lo cierto es que durante mucho tiempo el Derecho Romano no asumió la problemática de aquellos hechos no intencionales que no debieran ser imputados como culpa, ya que son equiparables a los directamente perseguidos por el autor, sino que se limitó a plantear un concepto estricto de dolo identificado con la intención directa del autor.

Un aporte decisivo del Derecho Romano a la teoría del dolo lo constituye entonces el instituto del *dolus ex re*, según el cual, el dolo como elemento interno del delito se deriva a partir de la génesis externa y la forma del delito. Podría ser visto como un antecedente de las teorías normativas del dolo. Al respecto, Ragués I Vallés anota que ya se observan en el Digesto y en textos de los glosadores intentos de ampliar el concepto de dolo más allá de la estricta intención, ensanchando las fronteras del antiguo dolo romano⁷⁵. En el mismo sentido, Hruschka aprecia en las normas de Justiniano referencias al *dolus ex re*; en este

⁷² ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. Ed. Akal, Madrid, 1986.

⁷³ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁷⁴ ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. Ed. Akal, Madrid, 1986.

⁷⁵ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

sentido, manifiesta que si algo ha sucedido con dolo se deduce de lo sucedido. Conviene que se pruebe el dolo a partir de los indicios externamente perceptibles⁷⁶.

Según sostiene Hruschka, dicho método de prueba del dolo fue conocido como tal hasta el siglo XIX. Añade que Weber lo describió en 1825 como aquel dolo que, sin que el delincuente lo reconozca y sin que sea necesaria su confesión, ya puede deducirse de forma segura a partir de la clase y el modo de comisión del delito y de las circunstancias externas de la acción concreta⁷⁷.

5.4. Período Clásico.

Hasta el siglo XIX, se observa que la discusión de la ciencia jurídica penal estuvo marcada fundamentalmente por dos elementos. En primer lugar, la dogmática se abocó a la elaboración de un concepto estricto de dolo, que estuviera restringido a los casos de intencionalidad directa (dolo de primer grado). En segundo lugar, se planteó el problema de cómo tratar aquellas conductas que lesionan un bien jurídico, pero cuya voluntad no está dirigida de forma directa a lograr dicha lesión, aunque valorativamente merecerían la misma respuesta estatal que se otorga a los casos de intencionalidad directa. Al respecto, se plantearon teorías que, desde el punto de vista conceptual, ampliaban el concepto del dolo más allá de la estricta intención. En esa línea, en el siglo XVIII destaca la elaboración de la figura del dolo eventual que defiende una relación subjetiva del autor con el resultado aun cuando este no fuera perseguido intencionalmente.

Por otro lado, el desarrollo hasta el siglo XIX estuvo básicamente dominado por enfoques psicológicos del dolo. Así lo demuestra la práctica jurídica en Roma y en la Edad Media, que tuvo como objeto central probar la intencionalidad -la malicia, el ánimo- del autor del delito doloso. Asimismo, la teoría del dolo eventual, tal y como fue propuesta por Böhmer, se mantiene dentro de los parámetros del enfoque psicológico.

⁷⁶ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.

⁷⁷ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.

Sin embargo, existieron al menos un par de intentos de normativización. Por un lado, la figura del *dolus ex re* recogida en el Digesto del emperador romano Justiniano, la cual, frente a los problemas de prueba que evidenciaba la versión psicológica, proponía derivar el dolo a partir de la génesis externa y la forma del delito. Por otro lado, la teoría del dolo indirecto, que, a diferencia de la propuesta del dolo eventual, que es más bien de orden conceptual y subjetiva, proponía imputar el resultado que, según la experiencia, suele seguirse de la conducta realizada por el autor. Esta teoría fue opacada por la corriente que, con un fuerte sesgo psicológico, planteó a nivel conceptual la solución del dolo eventual.

Actualmente, el concepto de dolo y su contenido están ligados a su ubicación sistemática dentro de las categorías del delito. Mientras que originariamente fue dominante la opinión de que sólo los elementos objetivos pertenecían al tipo, actualmente se considera que, también, hay un tipo subjetivo y que éste se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo⁷⁸.

En la teoría del delito clásica de V. List y Beling dolo e imprudencia eran considerados como las dos formas posibles de culpabilidad. El ilícito se agotaba en el proceso externo, es decir, objetivo, de la causación de un resultado penalmente relevante por medio de una acción humana.

Hasta la aparición del finalismo era pacífica la doctrina que situaba al dolo en la culpabilidad, sea como forma o especie de ella -de acuerdo con el psicologismo-, sea como elemento -en la concepción normativa-. La teoría finalista pretendió romper estos esquemas, trasladando el dolo, a través de la acción, al tipo, para constituir su aspecto subjetivo, a la par que redujo la culpabilidad a una pura reprochabilidad, cuyos presupuestos se limitan a la imputabilidad -capacidad de culpabilidad- y a la posibilidad de comprensión de lo injusto⁷⁹. Con el surgimiento de la teoría finalista el dolo quedó consolidado como un elemento del ilícito.

En la moderna teoría de la imputación objetiva se exige como primer presupuesto del ilícito, la creación de un riesgo no permitido mediante la violación de un deber de

⁷⁸ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

⁷⁹ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

cuidado. De este modo, el elemento central de la imprudencia, la violación de un deber de cuidado, se muestra también como un elemento del ilícito.

El primer enfoque analítico, es decir, el sistema causalista, había adoptado el concepto romano de dolo malo que comprendía tanto el aspecto objetivo de la conducta típica, cuanto la conciencia de su antijuricidad; pues el dolo no consistía en la simple intención, sino en algo más: querer algo que se sabe malo o ilícito⁸⁰. Es decir, el dolo estaba compuesto de dos elementos: la intención de realizar el hecho y el conocimiento de su carácter ilícito.

A partir de Frank se produjo en la dogmática alemana el desmembramiento conceptual de dolo, cuando se advirtió que el parágrafo 59 del Código Penal Alemán de 1870 no requería la conciencia de la antijuricidad, pues solamente aludía a un error sobre circunstancias del hecho⁸¹.

Este enfoque concibe al dolo como *vorsatz* –intención- que no es decisivo para la culpabilidad, puesto que existen casos como el estado de necesidad en que, no obstante existir dolo, entendido como intencionalidad, queda excluido de culpabilidad⁸².

Si el dolo ya no contenía el conocimiento de la ilicitud y si, además, existían hechos dolosos inculpables, el dolo ya no podía seguir teniendo una posición dominante en la culpabilidad como una de sus especies. Lo decisivo será la reprochabilidad, juicio sintético de valoración que recaerá sobre diversos elementos, uno de los cuales será el dolo.

El paso final, o sea, el traslado del dolo al tipo del injusto, quedando en la culpabilidad la conciencia de la ilicitud junto a la capacidad psíquica, lo dio Welzel cuando reparó en la dificultad sistemática de colocar en un mismo plano la valoración y el objeto valorado. Se llega así a un concepto de dolo natural, carente de valor, que consistía en conocer y querer la realización del hecho típico⁸³.

⁸⁰ VIDAL, Humberto S. *Teoría clásica del dolo, en Doctrina Penal*, año 3., Buenos Aires, Depalma, 1980..

⁸¹ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

⁸² LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

⁸³ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

En los últimos años se ha dejado de lado el paradigma ontológico-naturalista de las estructuras lógico-objetivas que había imperado hasta los años 70, para intentar la construcción de un derecho penal orientado a las consecuencias, es decir, a los fines y valoraciones político-criminales, que implica un retorno al neokantismo y una renormativización de las categorías del delito⁸⁴.

En el funcionalismo radical o sistemático de Jakobs se redefine el dolo sobre la base del elemento cognitivo, pues, salvo el dolo directo donde también sigue teniendo relevancia el elemento volitivo, lo decisivo será la representación y no la voluntad; por ello, el dolo eventual es convertido en dolo de peligro, para el cual basta que el agente haya obrado con conciencia de la peligrosidad de la acción en sí mismo, aunque no acepte sus consecuencias, con lo cual, prescinde del elemento volitivo. Desaparece la idea de una culpa consciente, con representación, diferente del dolo eventual. La culpa queda reducida a la inconsciente, sin representación, y sólo se da en caso de error evitable⁸⁵.

5.5. La evolución histórica del dolo eventual en la Argentina.

Carlos Tejedor fue uno de los primeros que se ocupó del tema del dolo y su definición influyó en la sanción del primer Código Penal de 1986. Entendía que dolo es el propósito deliberado de llegar a un resultado perjudicial al cometer el delito; o, en otros términos, la dirección de nuestra libertad e inteligencia hacia el fin propuesto. Cuando esta intención no existía, el agente solo es responsable de una falta o culpa, que lo sujeta a una indemnización según las leyes⁸⁶.

Asimismo, Tejedor puso de manifiesto que, no pudiendo el legislador penetrar en el fuero interior del culpable para hallar la intención criminal, toma por base la manifestación exterior del crimen, el crimen realmente ocurrido (art. 6°). Pero no se atiene exclusivamente al resultado material y fortuito, como se ha hecho muchas veces, sino que toma también en cuenta el elemento moral (art. 7°). Como el hombre, sin embargo, guiado por la ley de la causalidad, no puede ignorar las consecuencias de su actor (art. 8°), responde de los

⁸⁴ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

⁸⁵ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

⁸⁶ TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

resultados, porque debía haberlos previstos a menos de exención o prueba en contrario (art. 9)⁸⁷.

De este último concepto podemos extraer, si bien no lo menciona expresamente, una posible definición del llamado dolo eventual, por cuanto al efectuar el análisis y crítica del artículo en cuestión va más allá de la simple exteriorización de la voluntad criminal de la conducta típica ocurrida, ampliando de esa forma los efectos del delito realmente ocurrido, ya que incorpora esta concepción de responsabilidad por la previsión de los actos que tiene el agente en el resultado que a la postre se verifica; salvo la prueba en contrario.

En este aspecto, pocos doctrinarios de la época intentaron dar un concepto del dolo y mucho menos del dolo eventual. Ni siquiera lo mencionaron. Hubo que esperar hasta Soler, que fue quien esbozó con seriedad un concepto de dolo.

La cuestión del dolo, y más precisamente la presunción del mismo, trajo innumerables problemas, lo cual había merecido largas discusiones y posturas reflejadas en las exposiciones de motivos del parlamento que, en vez de arrojar claridad sobre el tema, reputaban más problemas. La solución a esto arrojó como resultado su supresión, lo que se vio reflejado en el Código Penal de 1921-1922 que para nada habla de la voluntad criminal, ni del dolo, ni de su presunción. Como consecuencia de este silencio, los penalistas argentinos no profundizaron el tema del dolo, hasta que Ramos y Soler pretendieron edificarlo dogmáticamente⁸⁸.

Según Jiménez de Asúa, fue Soler quien hizo la más acabada construcción del dolo, valiéndose de la fórmula del artículo 34, la que establecía que hay imputabilidad cuando el sujeto, en el momento del hecho tenía las condiciones subjetivas adecuadas para hacer presumir la posibilidad de representarse la criminalidad de su acto o de dirigir sus acciones. En consecuencia, para determinar el concepto de dolo dentro de la técnica de nuestro Código, nos veremos precisados a proceder de un modo indirecto y eliminatorio; cuando el sujeto, pudiendo comprender la criminalidad de su acto o dirigir su acción (siendo

⁸⁷ TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

⁸⁸ TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

imputable), ha obrado con imprudencia, etcétera, hay culpa; cuando el sujeto ha efectivamente comprendido la criminalidad de su acto o dirigido su acción, hay dolo⁸⁹.

Jiménez de Asúa, puso de manifiesto su preocupación y la inquietud en materia de codificación penal existente en nuestro país, lo cual trajo como resultado la aparición de varios proyectos que pretendieron reemplazar el Código de 1922. El primero de ellos resultó ser el Proyecto de Coll-Gómez de 1937, cuyo artículo 4° se refería al delito doloso que establecía que el delito es doloso cuando el resultado de la acción u omisión que lo constituye responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo. El segundo fue el Proyecto de 1941 de José Peco, que en su artículo 7° también daba una definición del dolo, al expresar que el delito es doloso cuando el autor ejecuta un acto típicamente antijurídico, con conciencia, voluntad y representación del resultado que se quiere o ratifica⁹⁰.

Respecto al dolo eventual, Jiménez de Asúa entendía que había *dolus eventualis* cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya reproducción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere, ante todo⁹¹. Este autor decía que era de difícil construcción con la pura teoría de la voluntad. Si el querer el resultado fuese el carácter propio del dolo, en esta especie en que se quiere de una manera subordinada y de segunda fila, la infracción intencional resultaba dudosa. Por eso puede afirmarse que la teoría de la representación es la que pone las bases del dolo eventual.

En este sentido, Soler en el Proyecto de Código Penal en 1960, en el artículo 19 del mismo, hizo referencia al dolo, y también al dolo eventual. Dicha normativa expresaba que obra con dolo el que quiso de modo directo el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción⁹².

Jiménez de Asúa advertía lo arduo que era establecer la frontera que separa el dolo eventual de la culpa consciente, por cuanto una y otra constituyen los respectivos extremos

⁸⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal, tomo V: La culpabilidad*, 4ª edición actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964.

⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal, tomo V: La culpabilidad*, 4ª edición actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964.

⁹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal, tomo V: La culpabilidad*, 4ª edición actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964.

⁹² SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora, 1978.

del dolo y de la culpa. La dificultad radica en que también en la llamada culpa consciente, el sujeto se representa como posible el efecto. La diferencia está en que no lo acepta, como en el dolo eventual y, por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con representación, el autor espera de su habilidad que el resultado no sobrevenga.

En su forma más simple, la doctrina dominante coincide con la caracterización del dolo como saber y querer, es decir, que el dolo tiene un aspecto de conocimiento y otro de voluntad, toda vez que para querer realizar algo siempre es necesario poseer ciertos conocimientos. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos presuponen un conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es la finalidad tipificada, ésta es lo que da sentido a la unidad de conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad⁹³.

⁹³ TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

CAPITULO 2: Las teorías clásicas sobre la delimitación entre dolo e imprudencia.

Dentro de la concepción clásica del dolo se habían desarrollado distintas teorías para explicar su contenido, a través de sus dos componentes: el conocimiento (elemento cognoscitivo o intelectual) y la voluntad (elemento volitivo), asignando preponderancia a uno u otro⁹⁴.

1. Teorías del dolo indirecto.

Señala Guzmán Brito que, en el siglo XI se produjo en Italia el redescubrimiento del Derecho Romano Justiniano, conservado en los libros compilatorios que en el siglo VI el emperador Justiniano había mandado componer⁹⁵.

Se denomina *mos italicus* a la forma del estudio del Derecho que dominó la ciencia jurídica durante por lo menos cuatro siglos de la Edad Media y en la que destacaron dos escuelas, la de los glosadores y la de los comentaristas, cuya influencia se extendería por Europa hasta inicios del siglo XVI.

La escuela de los glosadores fue fundada por Irnerio y su sede principal fue la Universidad de Bolonia⁹⁶ donde se profundizó el estudio de las leyes de Justiniano. Siguiendo a Guzmán Brito, la escuela de los glosadores se sustentó en cuatro fundamentos: un fundamento político que dictaba que el Derecho era uno como era el Imperio Romano; un fundamento dogmático que establecía que el *Corpus Iuris* de Justiniano era Derecho vigente; un fundamento filosófico que dictaba que el pensar filosófico partía de premisas (teológicas) que se imponían al espíritu que debía confirmarlas a través del instrumento de la razón; y un fundamento científico que implicaba la adopción del método usado por el pensamiento escolástico, que estaba inspirado en la gramática, la retórica y la dialéctica. De acuerdo a la explicación de Guzmán Brito, la glosa -género literario cultivado por los glosadores- tenía como finalidad la interpretación del texto, para aclarar el sentido de una

⁹⁴ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Ed. Advocatus, 2005.

⁹⁵ GUZMAN BRITO, *Mos italicus y Mos gallicus*, en revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. 2. 1978.

⁹⁶ ORTOLAN, Joseph. *Historia de la legislación romana*. Obra traducida por Melquiades Pérez Rivas. Ed. Leocadio Lopez, Madrid, 1869.

palabra o frase; y el conjunto de estas aclaraciones o diversos elementos de un mismo texto, proporciona el sentido total de ese texto⁹⁷.

Con relación a la concepción del dolo de los glosadores, se trataba de una concepción restringida que limita el dolo a los casos de intención directa. En ese sentido, se encuentra similitud con la concepción del Derecho Romano, según la cual el dolo se limitaba estrictamente a los casos de intención directa, *animus occidendi, dolus malus*⁹⁸.

El fin de la escuela de los glosadores dio lugar al surgimiento de la escuela de los comentaristas -también denominados post glosadores-, que en el siglo XIII utilizaron el método dialéctico-escolástico; convirtieron en derecho científico los materiales de los ordenamientos consuetudinario y municipal y, a diferencia de los glosadores, cuyo método exegético partía del texto aislado, prefirieron asumir conjuntos de materias, procediendo a aplicar una metodología conducente a una verdadera reelaboración, cuyos resultados se vierten en obras que llevan el nombre de comentarios⁹⁹.

A diferencia de los glosadores, la escuela de los comentaristas atendió a necesidades político-criminales y probatorias para intentar ampliar el concepto de dolo. Se planteó así por primera vez una teoría del dolo indirecto¹⁰⁰. Al respecto, se sostenía que, político-criminalmente, se tenía por evidente que existían hechos no intencionales que, no obstante, no podían ser imputados como culpa, sino que eran equiparables a los directamente perseguidos por el autor. Y, probatoriamente, consideraban estos juristas que existían considerables dificultades para acreditar en el proceso penal la existencia de un *animus occidendi*¹⁰¹.

El principal representante de esta teoría fue el jurista alemán Benedikt Carpov, en el año 1635, ejerciendo gran influencia en Alemania por lo menos hasta fines del siglo XVIII. Los rasgos básicos de esta doctrina se conservan hasta la actualidad prácticamente en la

⁹⁷ GUZMAN BRITO, *Mos italicus y Mos gallicus*, en revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. 2. 1978.

⁹⁸ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

⁹⁹ GUZMAN BRITO, *Mos italicus y Mos gallicus*, en revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. 2. 1978.

¹⁰⁰ MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

¹⁰¹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

dogmática de los delitos calificados por el resultado. Esta teoría ha sido resucitada sobre todo por Puppe, que ve en ella el antecedente histórico más importante a favor de un concepto normativo de dolo¹⁰².

Lo que pretende esta teoría es imputar al dolo ciertos sucesos no directamente queridos por el autor pero que, conforme al curso natural de las cosas, cabe esperar que se produzcan como consecuencias de la acción efectivamente perseguida. Carpzov planteó que, para imputar el dolo no debía exigirse necesariamente la representación actual de los posibles efectos del acto. En su obra *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* (Nueva práctica de los asuntos criminales en el Imperio Sajón), se planteó como primera pregunta si, para la pena del homicidio, siempre se requiere la intención de matar, y luego sostuvo que quien se inmiscuye en algo ilícito debe ser vinculado a todo aquello que se sigue de su intención y de su voluntad, cuando se trata claramente de la causa habitual y tiende a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que el autor consideró probable o pudo considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder¹⁰³.

La doctrina de Carpzov, según señala Ragués i Vallés, distingue entonces dos formas de dolo. Por un lado, el *dolus directus*, que es aquél en el que existe una auténtica intención del sujeto con respecto al resultado causado, y, por otro lado, el *dolus indirectus*, en el que, sin querer el autor no quiere directamente un resultado, pero tal consecuencia está ligada a su acción que, según el curso normal de las cosas, se derivan habitualmente resultados como el efectivamente acaecido¹⁰⁴.

En efecto, lo que se busca es ampliar el estrecho ámbito reservado para el dolo por los juristas del Derecho Romano. En efecto, en el Derecho Romano el dolo se limitaba estrictamente a los casos de intención directa (*animus occidendi, dolus malus*). Esta fue también la concepción del dolo de los glosadores. La doctrina medieval de los postglosadores, en cambio, se caracterizó por intentar ampliar este concepto, básicamente en virtud de necesidades político-criminales y probatorios. Político-criminalmente se tenía

¹⁰² PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁰³ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹⁰⁴ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

por evidente que existían hechos no intencionales que, no obstante, no podían ser imputados como culpa, sino que eran equiparables a los directamente perseguidos por el autor. Y probatoriamente consideraban estos juristas que existían considerables dificultades para acreditar en el proceso penal la existencia de un *animus occidendi*¹⁰⁵.

Estas dos necesidades, básicamente prácticas, habrían conducido a los post-glosadores a la elaboración de diversas doctrinas tendientes a una mayor objetivación del concepto de dolo que vendrían a superar otros intentos anteriores, demasiados extremos, como la doctrina procesal del *dolus praesumptus*, elaborada sobre todo por los glosadores para poder aplicar en la práctica su estricto concepto material de dolo o la doctrina del *versari in re illicita*, tomada del derecho canónico y considerada por los historiadores como el primer intento material de ampliar el concepto romano de dolo¹⁰⁶.

El primer antecedente importante de la teoría del dolo indirecto tal como lo concibiera Carpazov es la doctrina Bartoli, del siglo XIV, debida a Bartolus. Según ella, todas las consecuencias del hecho querido por el autor que, según un juicio objetivo, se derivan de él necesaria o probablemente, deben imputarse como dolosas. Esta teoría sería complementada luego por Baldus, quien agregaría la exigencia de que el autor debe ser consciente de las consecuencias necesarias o probables (no deseadas) del hecho intencionalmente perseguido. Así complementada por Baldus, la doctrina de Bartoli se impondría en Italia incluso hasta bien avanzado el siglo XVI¹⁰⁷.

Pero la idea de un dolo indirecto surge y se desarrolla fundamentalmente en España, y no en Italia. En efecto, la doctrina Bartoli no acudió nunca al argumento de que las consecuencias accesorias del hecho eran indirectamente queridas por el autor, sino que elaboró un concepto de dolo de puesta en peligro, directamente emparentado con lo que

¹⁰⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁰⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁰⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

luego se conocería como dolo eventual, según el cual la voluntad abarca eventualmente, no indirectamente, las consecuencias no deseadas¹⁰⁸.

Para la doctrina Bartoli la relación entre autor y resultado no deseado es directa, y se da a través de la conciencia del autor acerca de la necesidad o probabilidad de que se produzca la consecuencia no querida. La teoría del dolo indirecto no exige una relación subjetiva directa entre autor y resultado no deseado; no requiere que el autor se represente la posibilidad, probabilidad o necesidad de esa consecuencia accesorio. Basta que el autor quiera directamente el resultado pretendido y que el resultado no querido, según un punto de vista objetivo, sea una consecuencia necesaria o probable de la acción, de acuerdo al curso natural de las cosas¹⁰⁹.

Para esta teoría lo que justifica que un resultado no directamente deseado se le impute al autor como doloso es la existencia de una voluntad indirecta, en tanto ese resultado sea el producto del curso ordinario de las cosas. Pero, como destaca Ragués i Vallés, lo que fundamentalmente caracteriza a la concepción de esta teoría es su particular acentuación del aspecto objetivo, a tal punto que llega incluso a prescindir de una efectiva relación cognitiva entre autor y consecuencia accesorio¹¹⁰.

Este es precisamente el pensamiento del jurista español Covarruvias, quien, apoyándose en Tomás de Aquino, se refería así a una voluntad indirecta del autor con relación al resultado no querido, pero objetivamente previsible. Como puede apreciarse con toda claridad, lo que hace Covarruvias es tomar la doctrina Bartoli tal como ésta había sido concebida por Barolus, sin el complemento subjetivista de Baldus y con el agregado de la idea (ausente en el pensamiento de Bartolus) de que la previsibilidad objetiva de la consecuencia accesorio permite hablar de una voluntad indirecta del autor respecto a esa consecuencia. Esta insistencia de Covarruvias en una voluntad indirecta (él nunca habló de

¹⁰⁸ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁰⁹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹¹⁰ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

dolo indirecto) es lo que le permitió ser reconocido como el verdadero fundador de la teoría del dolo indirecto¹¹¹.

Esta concepción intenta normativizar la voluntad como forma de imputación jurídico-penal. En esta línea, Puppe había afirmado que el pensamiento normativo fundamental (de la teoría del *dolus indirectus*) consistía en que el autor es plenamente responsable por las consecuencias de su actuar, que él conoce, y que no puede sustraerse de esa responsabilidad con el argumento de que él no perseguía intencionalmente esas consecuencias o que en algún sentido no las había asimilado en su voluntad¹¹².

Para Pérez Barberá, estas interpretaciones pro-normativistas de la teoría del *dolus indirectus* cabe reprocharles un exceso de optimismo. En lo que atañe estrictamente a la cuestión de la voluntad, en dicha teoría no se encuentra más que un intento de ampliar el concepto de voluntad de forma tal que puedan imputársele al autor como queridas ciertas consecuencias que, en verdad, él no perseguía intencionalmente. En tal sentido, la teoría del *dolus indirectus* no se diferencia en nada de la teoría tradicional de la voluntad en versión débil elaborada en torno al dolo eventual, que justamente pretende imputado al autor como voluntarias ciertas consecuencias no deseadas por él, a través de una ampliación ad hoc del significado estricto de voluntad¹¹³.

En realidad, en el único punto que se aparta esta teoría con las posteriores teorías del dolo es el referido al conocimiento del autor, no a su voluntad, más allá de que Puppe reinterpreta esta teoría sosteniendo que, según la teoría del *dolus indirectus*, el autor es plenamente responsable por las consecuencias de su actuar, que él conoce¹¹⁴.

En síntesis, para esta teoría, dolo es voluntad, pero ésta puede presentarse tanto directa como indirectamente. Se presenta directamente cuando el autor persigue intencionalmente el resultado, e indirectamente cuando el autor no quiere o no desea una determinada consecuencia, pero tal consecuencia está tan ligada a su acción que, según

¹¹¹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹¹² PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

¹¹³ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹¹⁴ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

el curso ordinario de las cosas, desde un punto de vista objetivo puede decirse que la consecuencia se sigue inmediatamente de la acción. Una versión de esta teoría exige que el autor se haya representado la consecuencia no querida -Baldus-; otra, en cambio, no exige tal representación efectiva -Carpzov-¹¹⁵.

En el siglo XVIII, Böhmer acuñó la expresión dolo eventual (*dolus eventualis*), que entiende como sinónimo del dolo indirecto. Sin embargo, como bien refiere Ragués i Vallés, la teoría de este autor adoptó un aspecto mucho más psicológico, al defender una relación subjetiva del autor con el resultado. No era suficiente entonces para Böhmer la existencia de un conocimiento general de la peligrosidad de la conducta por parte del autor, sino que este debía haber previsto efectivamente el resultado y sólo en estos casos se afirma que dicho sujeto no puede dejar de quererlo¹¹⁶. Es decir que la primigenia formulación del dolo eventual efectuada por Böhmer consiste en una subjetivización de la antigua teoría del dolo indirecto, que es justamente la propuesta de la teoría de la voluntad.

Sin embargo, el desarrollo de teorías que giran en torno a los postulados del dolo indirecto ha continuado. Así, por ejemplo, a inicios del siglo XX, algunos autores postularon las teorías objetivas del dolo. Es el caso de Klee, citado por Ragués i Vallés, para quien existe dolo cuando el sujeto ha condicionado un riesgo de producción del resultado y ha sido consciente de aquellas circunstancias del hecho cuya concurrencia, según la opinión general, engendra un peligro de dicha producción. Para afirmar si existe o no un peligro que fundamente el dolo, lo determinante no es la opinión subjetiva del autor, sino el juicio general por medio de la ciencia y la experiencia¹¹⁷.

En términos generales, la tesis del dolo indirecto ha merecido al menos cuatro clases de reacciones en la doctrina. En primer lugar, existen aquellos que han alzado su voz crítica a esta tesis. Por un lado, según Laurenzo se cuestiona a la teoría del dolo indirecto que, desde el punto de vista psicológico, la mera previsión del resultado no es suficiente para considerar el resultado como querido. Al respecto, la misma autora señala que los autores de la teoría del dolo indirecto darían la razón a dichos críticos, ya que con su teoría no se

¹¹⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹¹⁶ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹¹⁷ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

intentaba establecer un nexo psicológico entre el sujeto y el resultado, sino sentar las bases de su responsabilidad moral y jurídica. Se elabora en realidad un criterio normativo que relaciona resultado no intencional y voluntad. Se trata de una teoría que imputa o atribuye normativamente el elemento subjetivo al sujeto, no pretendiendo hurgar en la mente del individuo a fin de descubrir el correspondiente elemento ontológico. El criterio normativo utilizado por los defensores de la teoría del dolo indirecto consistía en el deber de evitar el resultado, lo que permitiría hacer responsable a título de dolo a quien voluntariamente no se abstenía de realizar la acción que podía producirlo, reprochándosele el no haber querido evitar el resultado cuando podía y debía hacerlo. Algunos autores consideran la teoría del dolo indirecto como el precedente de la teoría de la probabilidad¹¹⁸.

Por otro lado, se cuestiona a la teoría del dolo indirecto que la previsibilidad del resultado no implica necesariamente que el autor lo haya previsto, de donde se considera que se sigue una objetivación del dolo. Al respecto, Lorenzo sostiene que en efecto ésta era una debilidad de la teoría, pero en la aplicación de la tesis se observa que la exigencia de la mera previsibilidad, en lugar de auténtica previsión, se debió más a una confusión de planos que a la convicción de que el conocimiento no fuese necesario para calificar una conducta como dolosa. En concreto, da la impresión de que las referencias a la previsibilidad del resultado apuntaban antes a la prueba del dolo que a su fundamento¹¹⁹.

En segundo lugar, están quienes encuentran en la teoría del dolo indirecto un instrumento de limitación de la primitiva teoría del *versari in re illicita*. Al respecto, Ragués i Vallés afirma que el dolo indirecto y el *versari in re illicita* son doctrinas distintas, ya que las tesis de Covarrubias y de Carpzov sólo incluyen en el dolo del sujeto los resultados que según la experiencia suelen seguirse de un acto inicial, no los que se producen por mero azar como sí ocurre en el caso del *versari in re illicita*¹²⁰. Lorenzo valora positivamente la doctrina del dolo indirecto y alude a que los autores coinciden en señalar el efecto beneficioso del *dolus indirectus* como medio para limitar la primitiva versión puramente objetivista del *versari in re illicita*¹²¹. De la misma idea son Rodríguez Devisa y Serrano Gómez cuando apuntan que la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable

¹¹⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹¹⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹²⁰ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹²¹ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

progreso frente al *versari in re illicita*, porque redujo la imputación a título de dolo a sólo aquellas consecuencias que se derivaban esencialmente, y no accidentalmente, por la acción del sujeto¹²². Con más detalle, Puppe explica que, en el dolo directo, la voluntad de ningún modo se refiere, ni directa ni indirectamente, a aquello que se sigue por casualidad y, en consecuencia, la doctrina de Carpzov se esfuerza por distinguir entre efectos colaterales de la lesión querida, meramente casuales y aquellas otras lesiones que se siguen de ella inmediatamente y *per se*¹²³.

En tercer lugar, están quienes entienden que la polémica surgida alrededor de la figura del dolo indirecto es clara expresión del debate entre concepciones psicológico-naturalistas y concepciones normativas de los elementos subjetivos del delito. Es opinión de un sector de la doctrina que el espíritu del dolo indirecto está presente hoy en el juicio de previsibilidad de la imputación objetiva y en las máximas de experiencia que se emplean para la determinación procesal del dolo¹²⁴.

Finalmente, están quienes entienden que la propuesta del dolo indirecto -y, específicamente, la teoría de Carpozov- plantea por primera vez la posibilidad de que no se exija la presencia de conocimiento efectivo en la conducta del autor doloso. El único punto respecto del cual la teoría del *dolus indirectus*, en la versión de Carpzov, se aparta radicalmente de todas las concepciones posteriores sobre el dolo es el referido al conocimiento del autor, no a su voluntad. Se hace referencia a la afirmación de que una de las circunstancias que permite equiparar la relación sujeto-hecho a una relación voluntaria se da cuando, pese a la ausencia de conocimiento efectivo de la consecuencia accesoria, no obstante puede decirse, desde un punto de vista objetivo, que el autor pudo o debió conocer esa consecuencia porque ella, según el curso normal de las cosas, se seguía inmediatamente de la acción¹²⁵.

¹²² RODRIGUEZ DEVESA, José María, SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, Parte general*. Ed. Dykinson, Madrid. 1993.

¹²³ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

¹²⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹²⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

2. Teorías de la voluntad

2.1. Tesis fuerte de la voluntad: teorías contrarias al dolo eventual.

Feuerbach criticó duramente la teoría del *dolus indirectus*. Ya antes de Feuerbach, desde mediados del siglo XVIII, es posible detectar en Alemania la formulación de una serie de teorías acerca de la delimitación entre *dolus* y culpa que, sea acentuando el elemento de la voluntad, sea acentuando el de la representación, limitan al máximo el ámbito del dolo, circunscribiéndolo por lo general únicamente a los casos de intención directa de cometer el hecho o, a lo sumo, también a aquellos en los que el autor prevé como seguras ciertas consecuencias de su acción¹²⁶.

Para esta etapa de la evolución de la dogmática penal no era absolutamente evidente que lo que hoy se denomina dolo eventual debiera constituir una forma de dolo. Al contrario, existía un acalorado debate entre quienes pretendían imputar al dolo (eventual o indirecto) las consecuencias meramente posibles de una acción de las cuales el autor era consciente, y quienes, por el contrario, consideraban que tal representación de consecuencias sólo posibles o incluso probables o bien no configuraban criminalidad alguna o bien, en todo caso, eran imputables a título de imprudencia¹²⁷.

Feuerbach afirma que dolo es una resolución de la voluntad que tiene por fin la lesión del derecho, con conciencia de la ilegalidad de lo querido. Tan importante es para Feuerbach la idea de la voluntad como intención que ésta impregna incluso su definición de imprudencia. Ella, según este autor, es una resolución ilegal de la voluntad a favor de una acción u omisión, ante lo cual la lesión del derecho se origina conforme a las leyes de la naturaleza, sin la intención de la persona¹²⁸.

Con anterioridad al siglo XIX, el Derecho natural, impulsado por los humanistas, había sido la fuente básica del derecho positivo. A inicios del siglo XIX, la ciencia orientaba

¹²⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹²⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹²⁸ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

su mirada hacia el Derecho Positivo como objeto de conocimiento. Según Mir Puig, fue Anselm Von Feuerbach (1775-1833) con su obra y con el Código penal que redactó para Baviera en 1813 quien inició la ciencia penal liberal del siglo XIX¹²⁹.

Desde el siglo XVIII, la vinculación entre delito y pecado se fue diluyendo. Refiere Lorenzo que las fundamentaciones puramente morales del dolo paulatinamente fueron dejando paso a otras basadas en los fines y función del Derecho Penal¹³⁰. Fue el caso de Feuerbach para quien la pena debía cumplir una función preventivo general negativa en tanto coaccionaba psicológicamente a los ciudadanos. Al respecto, sostiene que el objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas, el objetivo de su aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal¹³¹.

Respecto al dolo, Feuerbach retoma la clásica identificación entre dolo e intencionalidad, ya que -desde su perspectiva de la pena- la previsión del resultado era condición general de la culpabilidad penal. Como la esencia de la responsabilidad penal residía en un defecto de la motivación, el mayor grado de culpabilidad debía coincidir con el nivel más elevado de rebelión de la voluntad, esto es, con las situaciones en las que el autor se planteaba como fin la realización del resultado antijurídico¹³².

En el art. 39 del Código bávaro de 1813 elaborado por Feuerbach, se define el dolo antijurídico, el cual establece que se cometerá un crimen con dolo antijurídico si una persona se ha propuesto la producción del crimen resultante de su acción como fin e intención de esta acción suya, y para ello ha sido consciente de la antijuridicidad y de la punibilidad de esta decisión. Feuerbach sostiene que un crimen puede ser cometido por dolo, que es una determinación de la voluntad que tiene como fin una lesión antijurídica, como también por culpa, la que define como una determinación ilícita de la voluntad para una acción u omisión, de la que surge la lesión jurídica, conforme a las leyes de la naturaleza, sin la intención de la persona. A partir de ello, establece Feuerbach distintos

¹²⁹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed B de F, Buenos Aires, 2003.

¹³⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹³¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹³² LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

niveles de punibilidad subjetiva. Sostiene que la regla es que el crimen por dolo es siempre más punible que el crimen por imprudencia, a lo que añade que el dolo se determina siempre por la existencia de un impulso sensual que impulsa a la voluntad a querer el acto. Según el grado de peligrosidad de dicho impulso se determina la mayor o menor pena del delito doloso. Dicho grado de peligrosidad, para Feuerbach, depende de su intensidad, de su firmeza y de su ámbito¹³³.

Señala Ragués i Vallés que fue Feuerbach quien colocó la discusión de la imputación dolosa en términos psicológicos como representación y voluntad del sujeto¹³⁴. Evidencia de ello es que Feuerbach sostiene que un crimen que se haya cometido por impulsos interiores, bajo incitaciones externas débiles, es más punible que otro al que el hombre haya sido determinado por fuertes estímulos externos accidentales¹³⁵. Asimismo, en el art. 42° del Código bávaro de 1813, sostiene Feuerbach que a un criminal doloso que, por error o ignorancia sobre ciertos hechos, no conociera alguna característica de su acción que aumente su punibilidad en forma tal que cometa un crimen más grave que el que quería cometer, se le imputará el hecho con dolo antijurídico sólo hasta donde estaba fundado en su intención¹³⁶.

Para Ragués i Vallés, fue Feuerbach quien dio fin a la era del dolo indirecto¹³⁷. Por Su parte, Puppe va más allá y sostiene que el descrédito del dolo indirecto de Feuerbach se presenta como un desvío histórico respecto de la doctrina sobre el dolo, ya que desde entonces se está a la búsqueda de un fenómeno descriptible y comprobable en la psiquis del autor, que se puede caracterizar como voluntad, aunque no sea precisamente voluntad en el sentido psicológico del lenguaje cotidiano¹³⁸. Feuerbach sostuvo que la teoría de los canonistas atribuía a la voluntad del sujeto cosas que éste realmente nunca quiso cuando

¹³³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹³⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹³⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹³⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹³⁷ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹³⁸ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

una intención indirecta es algo impensable¹³⁹. Al respecto, Pérez Barberá denomina a este tipo de tesis como contrarias al dolo eventual y cita los casos de Stubel, para quien los supuestos de dolo eventual son realmente casos de imprudencia o jurídicamente irrelevantes, y Grolmann, para quien el dolo se limita a los casos de intención directa hacia el resultado¹⁴⁰.

Sin embargo, como refiere Lorenzo, Feuerbach no mantuvo una concepción estricta de la intención, ya que elaboró las teorías del dolo indeterminado y de la culpa dolo determinado, que se acercaban a la propuesta del dolo indirecto¹⁴¹.

Feuerbach sostiene que el dolo tiene dos clases según que el resultado ilícito sea el objetivo inmediato y exclusivo de la comisión, o que la intención del criminal se haya dirigido a varias lesiones jurídicas de una misma clase o género. Aquél se llama dolo determinado (*dolus determinatus*), y éste, dolo eventual o indeterminado (*d. indeterminatus s. eventualis*)¹⁴².

Según Feuerbach, el dolo indeterminado sería distinto al dolo indirecto y cita como ejemplo el caso de quien quiere vengarse de un hombre y dispara contra él, no exactamente para matarlo ni tampoco para asustarlo, sino con la general e indeterminada intención de dañarlo resultándole indiferente cuál sea el resultado que provoque su acción. Al respecto, Mezger sostiene que se trata de una fórmula superada en el siglo XX ya que significa un querer indeterminado, de modo que puede darse una responsabilidad jurídico-penal por acción dolosa respecto de este o aquel resultado¹⁴³.

En cuanto a la culpa dolo determinado, Feuerbach señala que hay casos en que el dolo y la culpa se encuentran en la misma acción, especialmente cuando un criminal haya tenido por fin, un determinado resultado antijurídico hacia el que haya dirigido la acción, pero haya tenido lugar otro que haya previsto o podido prever como consecuencia posible

¹³⁹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹⁴⁰ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁴¹ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁴² FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹⁴³ MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

de su acción. Aquí hay dolo con respecto al fin que efectivamente quiso; hay culpa con relación a cualquier efecto que sin intención del autor haya producido una acción dirigida a otro fin antijurídico. Se puede llamar, pues, a una lesión que tenga por causa una determinación de la voluntad de esa naturaleza, una culpa determinada por dolo¹⁴⁴.

Al respecto, Ragués i Valles entiende que la culpa dolo determinado constituyó un criterio de imputación a aplicar en los casos en que el sujeto, en la comisión de un delito-base doloso, hubiera causado además un ulterior resultado lesivo previsto como posible, pero no querido¹⁴⁵. Se trata de delitos calificados por el resultado.

Respecto de estas figuras propuestas por Feuerbach, Pérez Barberá concluye que dicho autor extendió el dolo a casos en que no existe una intención directa de cometer el hecho. Pero no llegó a considerar dolosos a aquellos supuestos que hoy usualmente se encuadran en el llamado dolo eventual (en los cuales la acción voluntariamente perseguida es, por lo general, jurídico-penalmente irrelevante)¹⁴⁶.

Va mucho más allá Hruschka, para quien Feuerbach abogó por el establecimiento de una presunción de dolo. Sostiene que, en 1801, Feuerbach esbozó que, dado que en cualquier acción humana la intención es la primera explicación; dado que, de acuerdo con la naturaleza del espíritu humano y con la experiencia, la actuación intencionada es la regla; y dado que la causación de una determinada consecuencia mediante una acción querida sin que dicha consecuencia sea objeto del querer es solo una excepción que se basa en presupuestos que no son habituales, el efecto antijurídico provocado por las acciones de una persona debe entenderse como fin de la voluntad mientras no aparezcan razones concretas que permitan sostener lo contrario¹⁴⁷.

Manifiesta Hruschka que el Código Penal Bávaro de 1813, elaborado por Fauerbach contiene en el artículo 43 una redacción que aparenta constituir un retorno a la responsabilidad objetiva de la antigüedad al expresar que cuando se haya probado un

¹⁴⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

¹⁴⁵ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

¹⁴⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁴⁷ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.

hecho ilícito cometido por una persona, legalmente se considera que dicha persona ha actuado con dolo antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no puede obtenerse la certeza o la probabilidad de lo contrario¹⁴⁸.

2.2. Tesis débil de la voluntad. El componente de la actitud interna como correctivo.

Esta teoría tiene como objetivo básico intentar ofrecer una fundamentación dogmática a la decisión político-criminal de ampliar el ámbito del dolo más allá de la intención, más allá incluso de la previsión de consecuencias necesarias. Esta teoría de la voluntad (conocida luego sobre todo con el nombre de teoría de la aceptación, de la aprobación o del consentimiento) y de la representación son, pues, las primeras auténticas teorías del dolo eventual¹⁴⁹.

La usual consideración de la teoría de la voluntad en el periodo clásico como dominante o mayoritaria no remite a la versión extrema. Cuando se habla de la teoría de la voluntad de este período histórico, se hace referencia a una concepción sumamente heterogénea que configura una tesis débil de la voluntad. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque dicha versión se preocupa por dejar expresamente en claro que no hay voluntad sin representación, con lo cual, en el fondo, sienta las bases para las formulaciones eclécticas realmente mayoritarias, sintetizadas en la usual definición de dolo como saber y querer de la realización del tipo¹⁵⁰.

Y, en segundo lugar, porque ella, para cumplir con el cometido de ampliar el ámbito del dolo más allá de la intención directa acude a dos procedimientos; o bien una interpretación amplia del término querer (para justificar la imputación al dolo de ciertas consecuencias ligadas necesariamente a la acción, pero no estrictamente queridas por el autor; dolo indirecto o de segundo grado), o bien a elementos del ánimo, de la actitud interna

¹⁴⁸ HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.

¹⁴⁹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁵⁰ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

o emocionales (para justificar la imputación al dolo de ciertas consecuencias posibles de la acción, tampoco estrictamente queridas)¹⁵¹.

Entre esos elementos emocionales cuentan, ya para este período, los muy conocidos conceptos del consentir el resultado, aprobarlo, aceptarlo, o estar de acuerdo con él, entre otros. En efecto, tanto estas expresiones, empleadas para afirmar el dolo, cuanto aquellas que se utilizan para negarlo y afirmar, en su caso, la imprudencia (consciente), como, por ejemplo, la voluntad de evitar la consecuencia representada como posible, o la creencia (o confianza) en la no producción del resultado, o el contar con un desenlace favorable, o el rechazo interno del resultado, provienen de la doctrina y, fundamentalmente, de la jurisprudencia de este período clásico¹⁵².

3. Teorías de la representación

3.1. Tesis débil de la representación. El componente de la actitud interna como correctivo.

Franz V. Liszt sostiene que dolo es la previsión del resultado de la acción, o la representación de la causalidad del hacer o del omitir. El dolo se excluye siempre que falte tal representación, pero también sólo si falta esa representación. Para Franz Liszt la teoría de la voluntad es imprecisa, pues no es el resultado sino sólo el movimiento corporal lo que puede ser querido. En lo que respecta al objeto de la representación, V. Liszt deja en claro que aquél se limita al curso causal puesto en marcha, y no abarca la antijuricidad de la acción. Con esta definición, parecería que Liszt se inclina a favor de una teoría fuerte de la representación, pues, de acuerdo con tal definición, lo único decisivo para excluir el dolo es la ausencia de la representación de la relación causal desencadenada por la acción. Pero enseguida precisa Liszt su propio correctivo para la tesis fuerte, acudiendo a un elemento emocional como correctivo¹⁵³.

¹⁵¹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁵² PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁵³ LISZT, Franz V. *Tratado de Derecho penal. Tomo II*. Traducción de la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid, 1999.

Para este autor existe dolo eventual cuando el autor se ha representado el resultado como posible, pero bajo la condición de que su representación como segura no lo hubiese inhibido de actuar. Eso es, cuando, como bien puede decirse, el autor ha aprobado el resultado¹⁵⁴.

3.2. La teoría de la probabilidad. Probabilidad representada subjetivamente.

Para esta teoría actúa dolosamente quien se representó a la consecuencia de su acción, no directamente perseguida, al menos como probable. Solo para este tipo de casos (consecuencias representadas, pero no queridas) se aplica esta teoría de la probabilidad del período clásico. Para los casos de intención directa respecto del resultado existe coincidencia general entre estos autores en el sentido de que allí no interesa el grado de probabilidad con que el sujeto se representó ese resultado. Mediando intención, cabe afirmar el dolo aun cuando esa probabilidad sea ínfima¹⁵⁵.

Según este punto de vista, la conceptualización del dolo eventual y su delimitación con la imprudencia depende ciertamente del grado de probabilidad con que el autor se representa la consecuencia que realiza el tipo. Pero lo que caracteriza fundamentalmente a esta versión de la teoría es que, para imputar una consecuencia al dolo, exige un grado relativamente alto de probabilidad. Aquí, el correctivo por medio del cual se impide que el mero actuar en situación de duda (esto es; el actuar con la representación de la simple posibilidad de realización del tipo) pueda imputarse ya al dolo, se establece no en función de un componente emocional, sino de la característica del peligro representado por el autor; a mayor probabilidad, mayor entidad del peligro. Y sólo la representación de un peligro de cierta entidad puede imputarse al dolo. Esto conduce a que se postule una simple diferencia de grado, es decir, cuantitativa, entre el dolo y la imprudencia, y a la opinión de que el límite entre una y otra categoría es impreciso o difuso¹⁵⁶.

¹⁵⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁵⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁵⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

3.3. Teoría de la probabilidad. Probabilidad atribuida objetivamente.

En esta teoría corresponde agrupar aquellas teorías de este período que imputan al dolo únicamente las consecuencias que son el producto de una serie de circunstancias fácticas (que el autor se ha representado) que, desde un punto de vista objetivo, puede decirse que configuran un peligro de una determinada entidad, es decir, de una entidad tal que, objetivamente, no pueda ser posible sostener que el autor no se representó la realización del tipo. Toda tesis que distingue entre dolo eventual e imprudencia según la entidad del peligro representado constituye una teoría de la probabilidad¹⁵⁷.

Entre la teoría de la probabilidad subjetiva y la teoría de la probabilidad objetiva, existen dos diferencias fundamentales. Por una parte, mientras que para la primera lo que interesa es el grado de probabilidad o entidad del peligro que el autor se representa, conforme a las circunstancias fácticas también por él representadas; para la segunda lo decisivo es el grado de probabilidad o entidad del peligro que objetivamente cabe predicar a partir del conjunto de circunstancias fácticas que el autor se ha representado.

Por otra parte, la teoría de la probabilidad subjetiva se autoexcluye para los casos en los que el autor obra deliberadamente, con intención directa de realizar el tipo. La teoría de la probabilidad objetiva, por el contrario, enfatiza que su tesis se aplica también aun en los supuestos en los que el autor actuó con dicha intención directa. Para esta versión de la teoría no cabe afirmar el dolo si, objetivamente, el peligro creado es ínfimo, por más que el autor haya perseguido intencionalmente la realización de ese peligro.

3.4. La teoría de la posibilidad.

Esta tesis contempla la representación de la realización del tipo como posible. Fundamenta ya la imputación a título de dolo; ni componentes emocionales ni ciertas

¹⁵⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

características del peligro o de la manera en que esa posibilidad es representada entrarían aquí en consideración¹⁵⁸.

Solo hay imprudencia si el autor no cree en la posibilidad del resultado contrario a derecho que quizá se ha representado. Por tal motivo, Schroder y Schimidhauser, niegan tajantemente la posibilidad de que exista una imprudencia consciente¹⁵⁹.

La teoría de la posibilidad no es una teoría de la probabilidad que contenta con menos probabilidad, pues parte de supuestos opuestos a los de las teorías clásicas de la probabilidad. Para éstas últimas se trata siempre de conocimiento; dolo e imprudencia constituyen, ambas, supuestos de conocimiento o representación; lo que varía es el valor (el grado) que el autor le asigna a la posibilidad de que lo representado se realice. Para la teoría de la posibilidad, por el contrario, dolo es siempre un caso de conocimiento e imprudencia siempre un caso de desconocimiento (o error). Así, la diferencia entre ambos conceptos es cualitativa, y no gradual o cuantitativa, pues coincide con la diferencia entre conocimiento y desconocimiento, y por tanto la delimitación no es difusa, sino que puede obtenerse con toda precisión. Conforme a estas premisas, la representación de la posibilidad de realización del tipo (esto es: del peligro) fundamenta ya el dolo, pero debe tratarse de la representación de la posibilidad concreta o específica del peligro. La mera representación de la posibilidad abstracta o general de la peligrosidad de la acción no conduce más allá de la imprudencia¹⁶⁰.

4. Síntesis

El período clásico estuvo caracterizado por una primera larga etapa vivamente polémica acerca de por dónde debían pasar, conceptualmente, los límites del dolo. La discusión era, en tal sentido, estrictamente material. Pues, hasta los primeros años del siglo xx, las teorías del *dolus indirectus*, las versiones fuertes de la teoría de la voluntad y, finalmente, las diferentes versiones débiles de la teoría de la voluntad y de la

¹⁵⁸ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁵⁹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁶⁰ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

representación, no polemizaban solamente acerca de cuál es el criterio (voluntad, representación, probabilidad, etcétera) en el que cabe fundar el concepto y cómo dicho criterio debe formularse, sino, antes bien y fundamentalmente, acerca de si aquello que hoy se encuadra bajo la figura del dolo eventual debía realmente considerarse doloso o, por el contrario, sólo imprudente (prescindiendo desde luego de los casos de irrelevancia jurídico-penal)¹⁶¹.

Recién en la última etapa de este período, una vez que las variantes emocionales de la teoría de la voluntad y de la representación se consolidan como absolutamente dominantes deja de ser tema de discusión qué debe quedar dentro y qué fuera del ámbito del dolo, y pasa a ocupar el primer plano la cuestión acerca de cuál es el criterio determinante para la distinción y cómo han de formularse lingüísticamente unos límites sobre cuyo lugar ya todos están de acuerdo. Al respecto dice Soler, con referencia a la doctrina alemana (sobre la base de la cual construye su sistema), que la tendencia voluntarista, es decididamente dominante, pues aun partidarios de la doctrina de la representación van, en definitiva, a decidirse conforme con la actitud del sujeto ante las posibilidades previstas¹⁶².

¹⁶¹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁶² SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora, 1978.

CAPÍTULO 3: Teorías del conocimiento como criterios delimitadores entre el dolo eventual y la culpa consciente.

Respecto al dolo eventual, de difícil delimitación con la culpa con representación o consciente, ha obligado a la doctrina a laborar varias construcciones del concepto, según se ponga el acento en la esfera del conocimiento del sujeto o en la de su voluntad, denominándose la primera, teoría de la probabilidad o representación, y la segunda, teoría de la voluntad o del consentimiento¹⁶³.

En primer lugar, se analizarán aquellas teorías que ponen el acento en la esfera intelectual del sujeto para diagramar la diferencia estructural entre el dolo eventual y la culpa consciente.

1. Teorías de la estimación conforme a la representación.

En este aspecto, se abordarán las teorías representadas por autores que, sin perjuicio de importantes diferencias en la fundamentación de sus respectivos puntos de vista, tienen en común que encuentran en el enfoque de la llamada teoría de la probabilidad el aparato conceptual que consideran más idóneo para captar la característica definitoria del dolo eventual.

1.1. Primer renacimiento de la teoría de la probabilidad.

Ya se ha visto que la teoría de la probabilidad tuvo su momento de máximo apogeo durante parte del período clásico, y que se manifestó en distintas versiones, una predominantemente subjetiva y otra predominantemente objetiva.

Más allá de que la teoría de la probabilidad fue perdiendo terreno con el surgimiento de las teorías emocionales (tesis débil de la voluntad y de la representación), el pensamiento de la probabilidad estuvo siempre presente de alguna manera tanto en la jurisprudencia de los altos tribunales alemanes como en las distintas propuestas

¹⁶³LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

doctrinarias de ese país, que, si bien no adherían a ella expresamente, sí aceptaban y aplicaban implícitamente sus principales postulados¹⁶⁴.

Sin perjuicio de ello, tras la segunda posguerra, particularmente entre 1950 y 1960, la teoría de la probabilidad volvería a ser adoptada expresamente por algunos autores de prestigio, por lo general para abordar la problemática específica del concepto de dolo eventual y su delimitación con la imprudencia. Entre ellos se encuentran Hellmuth Mayer y Welzel.

1.1.1. La tesis de Mayer

La característica más llamativa de la tesis de Mayer respecto a la teoría de la probabilidad es que desarrolla ésta dentro de un marco teórico propio de la teoría de la voluntad, cuando todas las versiones de la teoría de la probabilidad durante el período clásico se caracterizaron por constituir una variante de la teoría de la representación.

Mayer expone su tesis dentro del capítulo referido a la imputabilidad subjetiva, y al respecto manifiesta que la teoría de la imputabilidad subjetiva trata los presupuestos subjetivos en virtud de los cuales se manifiesta el hecho como obra de la voluntad del autor; agregando que, la imputabilidad subjetiva consiste en que el hecho es obra de la voluntad del autor, esto es, que el autor es dueño o señor de su hecho. Asimismo, Mayer manifiesta, con relación específicamente al dolo, que sólo quien supo y quiso lo que hace puede ser responsabilizado en virtud de la forma más grave de culpabilidad¹⁶⁵.

En lo que respecta al dolo y la imprudencia, Mayer es partidario de la tesis según la cual entre ambas categorías existe sólo una diferencia de grado, no de índole. En la fundamentación de dicha postura aparece el concepto de voluntad cumpliendo un papel preponderante, al manifestar que las formas de culpabilidad -dolo e imprudencia- constituyen niveles o grados del dominio actual de la voluntad sobre el hecho. Por ser

¹⁶⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

¹⁶⁵ MAYER, Hellmuth. *Strafrechts allgemeiner teil*. (Derecho penal, parte general). Kohlhammer. Stuttgart, 1953.

formas de culpabilidad, el dolo y la imprudencia, encuentran su punto de unión en el hecho de que ambos hacen uso del dominio de la voluntad, claro que sólo en distinto grado¹⁶⁶.

Ahora bien, Mayer deja bien en claro que el concepto de voluntad a partir del cual construye toda su dogmática del dolo no es el que se emplea en el lenguaje corriente o en la psicología vulgar, sino, una voluntad en sentido jurídico. Entiende en este sentido que los conceptos coloquiales son sumamente ambiguos, y que el concepto de voluntad dentro del marco de la teoría del dolo requiere, en cambio, una definición científica exacta. De allí que, en su opinión, el derecho penal no puede acudir a un uso indeterminado del lenguaje para acuñar un concepto del cual resultarán consecuencias jurídicas importantes. Así, para definir el dolo emplea este autor el concepto de voluntad consciente, la que describe como aquella que contiene en sí misma tanto el momento del saber cómo el de la decisión¹⁶⁷.

Es con relación al dolo eventual, esto es, puntualmente en el ámbito limítrofe con la imprudencia, donde Mayer adhiere expresamente a la teoría de la probabilidad, pero sin que ello implique abandonar su punto de partida en el sentido de que dolo es voluntad consciente. Mayer lo pone de manifiesto al preguntarse si también actúa dolosamente, esto es, con voluntad consciente, quien quiere una eventualidad representada sólo como posible. Como ya se dijo, la teoría de la probabilidad había sido formulada siempre como una variante de la teoría de la representación. Pero Mayer vincula la teoría de la probabilidad a la teoría de la voluntad argumentando que sólo faltaría el dolo si el autor se representara como totalmente improbable a la auténtica consecución de su meta. Es decir, el autor se tiene que representar el resultado como calculable. Pues, se sigue del concepto de voluntad que nadie puede querer poner el azar a su servicio¹⁶⁸.

Expone Mayer que siempre tiene que afirmarse el dolo si el autor se ha representado como probable al resultado prohibido o a las circunstancias concomitantes decisivas -teoría de la probabilidad-. Probabilidad entendida como más que una simple posibilidad y menos que preponderante probabilidad. Y en lo que se refiere a la distinción entre dolo eventual y culpa los diferencia según el grado de la posibilidad representada. Así, existe dolo eventual

¹⁶⁶ MAYER, Hellmuth. *Strafrechts allgemeiner teil*. (Derecho penal, parte general). Kohlhammer. Stuttgart, 1953.

¹⁶⁷ MAYER, Hellmuth. *Strafrechts allgemeiner teil*. (Derecho penal, parte general). Kohlhammer. Stuttgart, 1953.

¹⁶⁸ MAYER, Hellmuth. *Strafrechts allgemeiner teil*. (Derecho penal, parte general). Kohlhammer. Stuttgart, 1953.

si el autor se representó a la realización del peligro como probable, y existe culpa si el autor se representó ello sólo en un grado menor de posibilidad¹⁶⁹.

Entre los autores argentinos, el que se encuadra dentro de esta tesis de la probabilidad es Núñez, quien pone el énfasis en diferenciar probabilidad de posibilidad. Al respecto, Núñez dice que no se puede decir que el autor haya querido el delito porque su realización se le presenta como posible. Decidirse a actuar frente a la representación de una simple improbabilidad de que ocurra un delito, no implica ya la decisión de aceptar o tomar a cargo esa eventualidad¹⁷⁰.

1.1.2. Tesis de Welzel.

Welzel, convencido de que en el concepto de dolo como voluntad de realización resultan esenciales tanto el elemento volitivo como el cognitivo, en lo que se refiere al dolo eventual, Welzel requiere, además de la representación como posible del resultado por parte del autor, la concurrencia de una determinada actitud interna del sujeto como componente volitivo¹⁷¹.

Para Welzel, si el autor se ha representado una consecuencia accesoria como posible, en la apreciación de aquella actitud habrá que distinguir si cuenta con que se produzca o si, por el contrario, confía en que no acontezca. El contar con la posibilidad de la realización del tipo es el criterio propuesto por Welzel para distinguir dolo de imprudencia¹⁷².

Ahora bien, en orden a darle contenido al criterio, Welzel sostiene, siguiendo expresamente a Mayer, que habrá que admitir que el contar con la posibilidad de realización, se inicia cuando el autor otorga a la realización del resultado más que una simple posibilidad y menos que una preponderante probabilidad, con lo cual, en lo que atañe

¹⁶⁹ MAYER, Hellmuth. *Strafrechts allgemeiner teil*. (Derecho penal, parte general). Kohlhammer. Stuttgart, 1953.

¹⁷⁰ NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino. Parte general*. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1960.

¹⁷¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. (Traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez). Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993.

¹⁷² WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. (Traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez). Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993.

estrictamente al concepto de dolo eventual, adhiere a la teoría de la probabilidad¹⁷³; sin perjuicio de que, en general, este autor, se pronuncia en contra de la teoría de la probabilidad.

En efecto, Welzel entiende que la voluntad de realización no es simplemente una función de la probabilidad representada de producción de un resultado. Quien actúa puede convertir en objeto de su voluntad de realización también algo cuya realización sólo estima posible, pero no probable. Ello, sin embargo, no le impide pronunciarse nuevamente en favor de la teoría de la probabilidad para la delimitación del querer del simple desear, o respecto de las consecuencias accesorias, que es justamente donde debe aplicarse el criterio del "contar con"¹⁷⁴.

Más allá de algunas contradicciones, Welzel conceptualiza al dolo eventual y lo distingue de la imprudencia consciente conforme a criterios propios de la teoría de la probabilidad.

1.1.3. Crítica

La crítica principal que ha recibido esta versión de la teoría de la probabilidad es aquella que apunta a su supuesta inaplicabilidad práctica, pues resultaría imposible establecer un porcentaje exacto de probabilidad a partir del cual pueda hablarse de dolo.

El punto en el que falla esta versión de la teoría de la probabilidad es el referido a quién elige como competente para realizar el juicio de probabilidad correspondiente. Al igual que la teoría de la probabilidad subjetiva del período clásico, las concepciones de Mayer y Welzel parten de un concepto de probabilidad subjetiva, que atiende básicamente a lo que el sujeto se representa como probable.

¹⁷³ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. (Traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez). Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993.

¹⁷⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. (Traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez). Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993.

1.2. Nuevas teorías de la posibilidad.

En el siglo XX, durante los primeros años de la segunda posguerra, dos autores, Schröder y Schmidhäuser, darían nuevo impulso a la teoría de la posibilidad. Para el resurgimiento de esta teoría, dolo es conocimiento e imprudencia desconocimiento o error.

1.2.1. La tesis de Schröder.

Schröder, parte de la convicción de que hay de hecho un concepto firme de dolo e imprudencia, y que por tanto la diferencia entre ambos no puede ser meramente cuantitativa ni debe establecerse conforme a simples consideraciones de merecimiento de pena. Diferenciar ambos conceptos con precisión, en consecuencia, no sólo es posible sino también necesario¹⁷⁵.

Dolo e imprudencia son, para Schröder, realidades psicológicas claramente diferentes que constituyen el objeto del reproche de culpabilidad. Así, el dolo se presenta como un estado de cosas psíquico, como la relación subjetiva entre autor y hecho que debe valorarse conforme a puntos de vista de culpabilidad. Para Schröder el dolo es una forma de culpabilidad¹⁷⁶.

Sostiene Schröder que la teoría de la voluntad es metódicamente frágil, por cuanto, por una parte, pretende extender el concepto de voluntad aun a los casos de consecuencias no queridas, para así poder imputar al dolo las consecuencias necesarias, aunque no perseguidas por el autor, de una acción. Y, por otra parte, porque no responde satisfactoriamente a la objeción evidente de que el autor no puede querer todos los elementos del tipo (por ejemplo: no puede querer que la cosa mueble sea ajena, etcétera)¹⁷⁷.

¹⁷⁵ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁷⁶ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁷⁷ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

De allí que este autor se manifiesta partidario de la teoría de la representación, para la cual, el centro de gravedad de la dogmática del dolo no pasa por los casos de dolo directo de primer grado -así, la teoría de la voluntad-, sino por los supuestos del denominado dolo indirecto de segundo grado, o dolo de consecuencias necesarias; allí, como es sabido, lo que decide es la representación del autor, no su voluntad. Por lo demás, entiende que sólo la teoría de la representación puede hacer ingresar al dolo eventual al sistema del dolo en general sin inconvenientes¹⁷⁸.

Con todo, resalta este autor que no es la representación del autor en sí lo que fundamenta el reproche de culpabilidad propio del delito doloso, sino un acto de voluntad, concretamente, el querer pese a la representación¹⁷⁹. Lo decisivo, en su opinión, no es lo que el autor se representa, sino el hecho de que el autor no reaccione frente a esa representación, y actúe así de modo contrario a la expectativa del orden jurídico¹⁸⁰.

De todo lo expuesto, para este autor, dolo no es ni sólo voluntad ni sólo representación, sino querer la acción en conocimiento de las circunstancias que configuran su carácter prohibido¹⁸¹. Con esta expresión, pareciera que implica abandonar la base propia de la teoría de la representación, aceptada por él. Pero Schröder entiende que dicha base se recupera al destacar como punto neurálgico de la esencia del dolo a la conciencia por parte del autor del carácter prohibido de su acción (tesis del *dolus malus*), lo cual ocurre tanto en los casos de dolo directo de primer grado como en los de dolo directo de segundo grado y eventual¹⁸².

Para este autor, el elemento volitivo debe tomarse en cuenta para poder explicar los casos de dolo directo de primer grado; si hay intención, el grado de probabilidad de realización del resultado es indiferente; esto es, aunque dicha probabilidad sea mínima el

¹⁷⁸ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁷⁹ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁸⁰ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁸¹ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁸² SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

dolo puede afirmarse igual (en esto comparte Schröder la tesis de la aquí denominada teoría de la probabilidad subjetiva). En los demás casos, en los que no se persigue voluntariamente el resultado, lo que decide es la representación del autor¹⁸³.

Schröder sostiene que el problema de delimitación que involucra la conceptualización del llamado dolo eventual es el de la distinción entre dolo e imprudencia, no entre dolo eventual e imprudencia consciente, pues, Schröder rechaza a esta última categoría (al igual que los defensores de la teoría de la posibilidad en el período clásico)¹⁸⁴.

A los efectos de dicha conceptualización, Schröder afirma que lo primero que debe considerarse es si la representación del autor de ciertas consecuencias como meramente posibles, y no como seguras, es suficiente para afirmar el dolo. Tal interrogante es respondido por él afirmativamente; a su modo de ver, la norma jurídico-penal de los llamados delitos de lesión contiene no sólo una prohibición de lesión, sino también una prohibición de puesta en peligro, es decir, junto a la lesión, también la posibilidad de lesión está, en general, penalmente prohibida. En este sentido destaca que lo que interesa, siempre, es el grado de probabilidad, o, en su caso, la seguridad de realización de las consecuencias de la acción que se representa el autor, y no el grado objetivo de esa probabilidad, o la seguridad objetiva¹⁸⁵.

Esta tesis conduce a una equiparación entre dolo de puesta en peligro y dolo (eventual) de lesión. Para Schröder, el dolo de peligro es, al mismo tiempo, dolo eventual de lesión. Ambos son conceptualmente idénticos, porque puesta en peligro es igual a posibilidad de lesión¹⁸⁶. En esta línea, afirma Schröder que lo único relevante para distinguir a su vez entre dolo e imprudencia es el hecho de que el autor se haya representado o no como posible la consecuencia de su acción. Tal fundamental distinción no puede, en su opinión, depender de meras cuestiones emocionales, como lo proponen las teorías del

¹⁸³ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁸⁴ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁸⁵ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁸⁶ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

consentimiento o de la aprobación; todo el ámbito de la duda acerca de la posibilidad de la realización del tipo pertenece al dolo¹⁸⁷.

En lo que respecta a la imprudencia, Schröder pone de manifiesto que toda imprudencia es imprudencia inconsciente, pues toda imprudencia es siempre un caso de error; aún en el supuesto en que el autor confía en que no se realizará un resultado que previamente se ha representado como posible, lo cierto es que, en tal caso, al autor le ha faltado la conciencia de que el resultado disvalioso podría realizarse. Y eso, simplemente, es ausencia de representación. Sólo de esta manera es posible establecer la clara diferencia material que, según su opinión, existe entre dolo e imprudencia; para él dolo es culpabilidad consciente, y el punto de partida para su comprensión sólo puede ser la conciencia de obrar ilícitamente; la imprudencia, por el contrario, según su esencia, está caracterizada por la falta de conciencia de obrar ilícitamente¹⁸⁸.

1.2.2. Tesis de Schmidhäuser

Para la presentación de la posición de Schmidhäuser respecto al problema del concepto de dolo eventual y su delimitación con la imprudencia es necesario distinguir dos períodos diferentes en el pensamiento del autor.

Puede decirse que, la primera época de este autor, está caracterizada por el hecho de que la distinción entre dolo e imprudencia se ubica predominantemente en el aspecto objetivo, esto es, se acentúa fuertemente la característica objetiva del peligro como criterio básico de delimitación.

La segunda época, en cambio, se encuentra caracterizado por un criterio de delimitación de carácter subjetivo, esto es, en la presencia o ausencia de una determinada clase de conocimiento en el momento del hecho.

En lo relativo al primer período, se acentúa el aspecto objetivo como núcleo para la caracterización del dolo eventual. Schmidhäuser toma como punto de partida la tesis central

¹⁸⁷ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁸⁸ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

de Schröder: Aquello que caracteriza al dolo y lo diferencia de la imprudencia es la presencia o ausencia de conocimiento. Dolo es conocimiento, e imprudencia es falta de conocimiento¹⁸⁹. Advierte Schmidhäuser que lo fundamental es determinar qué es lo que desconoce el autor cuando actúa con imprudencia, y correspondientemente qué es lo que conoce cuando actúa con dolo. Para dar respuesta a ello formula la tesis según la cual lo que el autor imprudente desconoce es la peligrosidad concreta de su acción, y ello es precisamente lo que el autor doloso conoce¹⁹⁰.

Ahora bien, respecto de la imprudencia, Schmidhäuser efectúa la siguiente distinción; el autor imprudente puede o bien directamente desconocer la peligrosidad concreta de su acción -imprudencia inconsciente-, o bien, a lo sumo, conocer su peligrosidad abstracta -imprudencia consciente aparente-. A su modo de ver, el fenómeno usualmente denominado imprudencia consciente no es otra cosa que el actuar en conocimiento de la peligrosidad abstracta de la conducta, pero no de su peligrosidad concreta¹⁹¹.

De esta manera precisa Schmidhäuser que quien piensa que es posible que el resultado típico se realice, pero luego, por la razón que sea, niega conscientemente esa posibilidad, es decir, confía en que el resultado no se producirá y actúa, obra sin el conocimiento requerido para el dolo, que es el conocimiento de la peligrosidad concreta de su acción; en tal supuesto sólo se es consciente de la peligrosidad abstracta de la conducta, y ello no alcanza para afirmar el dolo¹⁹². Distinto es el caso en que el autor piensa en la posibilidad del resultado y luego, sin dejar de tener a éste por posible, actúa esperando que de todos modos nada ocurra. Ello constituye, según Schmidhäuser, un supuesto de dolo, pues el autor, conscientemente, ha dejado el resultado librado al azar¹⁹³.

Asimismo, argumenta Schmidhäuser que los supuestos respecto de los cuales la doctrina sostiene que el autor obra con dolo no por el simple hecho de haber tomado por

¹⁸⁹ SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

¹⁹⁰ SCHMIDHAUSER, Eberhard. *Zum begriff der bewussten fahrlässigkeit* (Sobre el concepto de negligencia deliberada). GA. Hamburg. 1857.

¹⁹¹ SCHMIDHAUSER, Eberhard. *StGB Allgemeiner Teil* (Derecho Penal Parte General). GA. Hamburg. 1858.

¹⁹² SCHMIDHAUSER, Eberhard. *StGB Allgemeiner Teil* (Derecho Penal Parte General). GA. Hamburg. 1858.

¹⁹³ SCHMIDHAUSER, Eberhard. *StGB Allgemeiner Teil* (Derecho Penal Parte General). GA. Hamburg. 1858.

posible el resultado, sino antes bien por haberse conformado con él o por haberlo aceptado tal como se lo representó son casos en los que simplemente el autor tiene el conocimiento preciso para el dolo, y por tanto no es necesario agregar a ello ningún elemento volitivo o emocional¹⁹⁴.

Resumiendo, lo que diferenciaba a la teoría de la posibilidad con la de la probabilidad en el período clásico, era que la primera establecía una distinción clasificatoria entre dolo e imprudencia; dolo es conocimiento, imprudencia es desconocimiento; mientras que la teoría de la probabilidad postulaba más bien una diferencia de grado. De allí que, conforme a esto, sea correcto considerar a las tesis de Schröder y Schmidhäuser como una teoría de la posibilidad, pues justamente sostienen esa diferencia de índole o de esencia entre ambas categorías.

Asimismo, la tesis central de la teoría de la posibilidad describe al dolo como conocimiento, y a la imprudencia como falta de conocimiento, o error, respecto de la realización del tipo. Conocer, por su parte, es tener por concretamente posible a la realización del tipo.

Por otro lado, y en lo que respecta a una objeción que se le hace a esta teoría es que amplía demasiado el alcance del dolo, asumiendo para éste el ámbito, o una buena parte de él, que podría corresponder a la imprudencia consciente¹⁹⁵.

1.2.3. La tesis de Zielinski

Zielinski, en lo que respecta al problema conceptual del dolo eventual y su delimitación con la imprudencia, se enrola a una versión auténticamente fuerte de la teoría de la representación, es decir, una tesis según la cual los casos que usualmente configuran la denominada imprudencia consciente son considerados como supuestos dolosos.

Para Zielinski, quien actúa conscientemente de modo imprudente prevé la posibilidad de la producción del resultado, crea conscientemente un riesgo de producción del resultado. Lo que sostiene Zielinski al respecto es que el momento intelectual del dolo

¹⁹⁴ SCHMIDHAUSER, Eberhard. *StGB Allgemeiner Teil* (Derecho Penal Parte General). GA. Hamburg. 1858.

¹⁹⁵ ENGISCH, Karl. *Anmerkung*. En *Neue Juristische Wochenschrift*. München. Berlin. 1955

de puesta en peligro y el de la imprudencia consciente son idénticos, por lo que también son idénticos el delito doloso de puesta en peligro y el delito de imprudencia consciente.

Entiende Zielinski que la imprudencia consciente es dolo eventual; no hay ninguna posibilidad de diferenciar, entre ambas formas de ilícito, en el nivel del ilícito¹⁹⁶. La mera representación de la consecuencia típica como posible fundamenta el dolo -tesis fuerte de la representación-. Imprudencia sólo es imprudencia inconsciente.

1.2.4. La tesis de Jakobs

Uno de los conceptos más importantes que opera como punto de partida en la teoría del ilícito de Jakobs es el de evitabilidad individual. Para explicarlo, Jakobs parte de la tesis según la cual la norma jurídico-penal sólo puede tener efecto a través de la motivación, pues la motivación es el único ámbito influenciado por la norma, y sólo a través de la influencia de la motivación pueden evitarse las consecuencias que el derecho quiere evitar. Sólo un comportamiento de esta clase, un comportamiento evitable, es relevante -en el sentido de que puede conformar una conducta típica- para el derecho penal. Por lo inevitable en sí no se responde penalmente. De allí que, para Jakobs, la evitabilidad es el elemento en común que tienen el delito doloso y el imprudente. Tanto el comportamiento doloso como el imprudente son comportamientos evitables. De la evitabilidad surge el deber de evitar, que es precisamente el deber común que existe tanto en el dolo como en la imprudencia¹⁹⁷.

En lo que incumbe al concepto de dolo eventual y su delimitación con la imprudencia, para Jakobs lo que distingue al dolo de la imprudencia es, respectivamente, la presencia o ausencia de conocimiento, entendido éste como hecho psíquico. Jakobs entiende que es forzoso aceptar tal criterio de delimitación porque, según su opinión, el tenor literal del § 16.1, StGB no deja lugar a otra opción¹⁹⁸. El § 16.1 establece que quien

¹⁹⁶ ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (Traducción de Marcelo Sancinetti). Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

¹⁹⁷ JAKOBS, Günther. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. De Gruyter. München. 1972.

¹⁹⁸ JAKOBS, Günther. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. De Gruyter. München. 1972.

en la comisión de un hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por la comisión culposa permanece intacta¹⁹⁹.

Por tanto, que Jakobs, aunque lo considere incorrecto desde el punto de vista de la sistemática general, acepta que si una persona no se representa la posibilidad de realización del peligro, pese a su evidente magnitud e inminencia, actúa a lo sumo con imprudencia, incluso si los motivos de tal falta de representación gravan al autor, por vincularse, por ejemplo, a su indiferencia frente a la integridad ajena -ceguera ante los hechos-²⁰⁰.

A esta imprudencia basada en la ceguera ante los hechos la denomina Jakobs imprudencia dirigida, y la define como aquel desconocimiento que el propio autor no valora como una carencia de su orientación en el mundo, porque el ámbito material del objeto desconocido carece de interés para él²⁰¹. Por ello es que, para Jakobs, esta distinción legal entre dolo e imprudencia, basada conforme a la existencia o no de conocimiento, constituye un beneficio para los autores que actúan con imprudencia dirigida. Según Jakobs, este beneficio, que coloca al inescrupuloso en mejor situación que al escrupuloso, sólo puede explicarse a partir del interés del legislador de establecer una frontera clara y no complicada entre dolo e imprudencia, en aras de la seguridad jurídica²⁰².

Por su parte, la imprudencia no dirigida -la imprudencia estándar-, a su modo de ver constituye un caso de error. Para Jakobs, ella representa un caso de defecto cognitivo -no conocimiento de la realidad- y por eso es que, por regla, es penada menos severamente que el dolo. En efecto, Jakobs demuestra que, si bien es cierto que tanto lo cognitivo -conocimiento de la realidad- como lo volitivo -interés por observar la norma- son condiciones necesarias equivalentes para el cumplimiento de la norma; pues para que ésta pueda ser observada es necesario que ambas prestaciones se den conjuntamente. Lo cierto es que, en derecho penal, sólo los defectos cognitivos exoneran o aminoran la responsabilidad. Los

¹⁹⁹ STRAFGESETZBUCH (CODIGO PENAL ALEMAN). Traducido por Claudia López Díaz. Colombia. 1999.

²⁰⁰ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²⁰¹ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²⁰² JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

defectos volitivos, en cambio, no sólo no atenúan la responsabilidad sino que, incluso, pueden generarla²⁰³.

Al respecto, Jakobs sostiene que la ignorancia no constituye una base idónea para realizar planes sobre la configuración del mundo; de ahí que la acompañe la amenaza de una *poena naturalis*. En efecto, en los hechos imprudentes, para Jakobs, existe siempre la posibilidad de que también el autor resulte perjudicado, sea porque él mismo es dañado, sea porque lo es algún ser querido para él. Para Jakobs éste es el fundamento de la menor punición del delito imprudente frente al doloso²⁰⁴.

En lo que respecta al dolo no resulta difícil encontrar una explicación de por qué merece pena. Jakobs ofrece la siguiente; mediando conocimiento, resulta más fácil que el autor evite; si el autor, en cambio, no conoce, le resultará más difícil elevar la evitación a motivo de su actuar. Lo que importa es partir de la hipótesis de que el motivo de evitar es dominante. Si esto es así, obviamente que le será más fácil evitar a quien conoce la situación que se debe evitar que a quien la ignora²⁰⁵.

Para Jakobs, la distinción entre dolo e imprudencia no puede ser sino cuantitativa, es decir, la relación es de grado, no de índole. En efecto, negativamente la imprudencia puede definirse como falta de conocimiento; pero positivamente imprudencia es cognoscibilidad, elemento que también está presente en el dolo, sólo que, en éste, la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento y en la imprudencia no; de allí que la distinción sea sólo de grado. Y por eso la imprudencia, con sus elementos positivos, es, frente al dolo, el concepto más general; así como paralelamente el dolo eventual, frente al dolo directo, es el concepto más general²⁰⁶.

Si bien es cierto que la relación entre dolo e imprudencia es para este autor gradual, dentro del dolo no existe, para él, ninguna graduación. Esto no quiere decir que Jakobs abandone la distinción entre dolo directo -de primer y segundo grado- y eventual, que de hecho mantiene, sino únicamente que, en su opinión, a la realización de una consecuencia

²⁰³ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²⁰⁴ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²⁰⁵ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²⁰⁶ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

principal -mediante dolo directo de primer grado- no le corresponde una culpabilidad más grave que a la realización de una consecuencia secundaria -mediante dolo directo de segundo grado o, también, mediante dolo eventual-²⁰⁷.

En cuanto a la imprudencia, Jakobs mantiene la distinción entre imprudencia grave -temeridad- e imprudencia leve o aparente, sin que ello implique considerar a la temeridad como reprochabilidad incrementada. Pero sostiene, al igual que los partidarios de la teoría de la posibilidad del período clásico que la separación de imprudencia consciente e inconsciente carece de sentido. Pues, para este autor, el dolo eventual cubre todo el ámbito en que el autor juzga la realización del tipo como no improbable, y en consecuencia no puede haber ninguna imprudencia consciente cuyo aspecto intelectual coincida con el del dolo²⁰⁸.

Jakobs sostiene, que habrá dolo eventual si el autor, en el momento de la acción juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción²⁰⁹. Jakobs sostiene que este juicio al que se hace referencia debe serlo, válido para el autor²¹⁰. El juicio tiene este carácter si se corresponde con la experiencia válida, y no si es un mero pensar en la posibilidad del resultado, puramente especulativo o sustentado en una excesiva preocupación del autor. Esto último puede constituir a lo sumo imprudencia²¹¹.

Para Jakobs lo decisivo, en definitiva, y siempre en virtud de su interpretación del párrafo 16.1, StGB, es que el autor reconozca, perciba la situación de peligro. Si está ausente ese conocimiento no concurre dolo²¹².

El segundo aspecto importante de la definición de dolo eventual de este autor está constituido por la cuestión de cómo debe determinarse el límite inferior de la probabilidad que surge de ese juicio válido. Jakobs, desde luego, rechaza toda propuesta que pase por establecer un porcentaje fijo de probabilidad. En su opinión, ese límite inferior se establece de acuerdo con la relevancia del riesgo reconocido. Esa relevancia depende, a su vez, de

²⁰⁷ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²⁰⁹ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²¹⁰ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²¹¹ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²¹² JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo²¹³. Tanto la importancia del bien cuanto la intensidad del riesgo se evalúan objetivamente, es decir, con arreglo al juicio jurídico y no al individual²¹⁴. Para que se alcance el límite mínimo necesario de probabilidad el riesgo debe ser tan importante como para que conduzca a la evitación real y no quede, como *quantitatis neglegentia*²¹⁵.

Una objeción que se le hace a la presente tesis está relacionada con la afirmación de Jakobs de que todo caso de ceguera ante los hechos es consecuencia invariable de una falta de interés del autor por los bienes de los otros. Dicha conclusión resulta dudosa. En efecto, la falta de representación de un determinado estado de cosas no tiene por qué derivarse necesariamente de una falta de interés o indiferencia en los bienes de los otros. Ello es posible, pero también lo son otros motivos, como, por ejemplo, la convicción (objetivamente equivocada) de tener razón respecto a la corrección normativa de una acción propia, lo cual no importa necesariamente una falta de interés por el otro²¹⁶.

Otro aspecto que se le objeta a la tesis de Jakobs es la tensión entre lo objetivo y lo individual para la consideración de la seriedad del juicio del autor sobre la no improbabilidad de realización del tipo. Respecto de este problema, resulta llamativo la escasa precisión de la opinión de Jakobs, que oscila entre la individualización y la generalización sin aportar ningún argumento que justifique esa postura oscilante. En opinión de Jakobs, el juicio a través del cual el autor considera no improbable la realización del tipo debe ser un juicio serio lo que ocurre si se trata de un juicio válido para el autor pero según la experiencia válida. La inconsecuencia es manifiesta. Pues, o se toma como parámetro para enjuiciar la seriedad del juicio el propio punto de vista del autor (parámetro individual), o se toma el de la experiencia válida (parámetro objetivo-general)²¹⁷.

²¹³ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²¹⁴ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²¹⁵ JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal* (Traducción de Cancio Meliá y Otros. Civitas, Madrid 1997.

²¹⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

²¹⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

1.2.4.1. La tesis de Jakobs. Segundo período.

Jakobs formula su nueva tesis acerca del problema de la distinción conceptual entre dolo e imprudencia en la que señala que la separación determinante para la cuantía de la culpabilidad pasa no entre el conocimiento de la realización del tipo y su desconocimiento, sino entre la falta de relevancia para la decisión subjetiva de una realización típica conocida o cognoscible y la relevancia para la decisión subjetiva de una realización típica cognoscible; es decir, se trata de la relevancia para la decisión de una realización típica al menos cognoscible versus el error al respecto. Jakobs sostiene que el conocimiento no es más que un indicador de la presencia de indiferencia jurídica²¹⁸.

En este sentido, Jakobs ha sostenido que el elemento volitivo no integra el concepto de dolo, lo cual y con la aceptación de la teoría del riesgo se configura un concepto especial de dolo eventual. De modo que basta para la constatación del dolo el elemento cognitivo o intelectual²¹⁹.

El elemento cognitivo no consiste exclusivamente en la percepción intelectual del riesgo, sino en un juicio que el sujeto realiza sobre la peligrosidad de la situación con la ayuda las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico. En este juicio de peligrosidad, el dato más relevante a tener en cuenta es el bien jurídico amenazado, es decir, la importancia y el peso específico que a cada bien jurídico otorga el ordenamiento penal²²⁰. Estamos frente a una de las teorías normativas del dolo y con ello también a su objetivización.

Es claro que la teoría de Jakobs no aceptan que exista un elemento volitivo. De acuerdo con esta posición es entonces el conocimiento el único elemento del dolo. La pregunta es ¿cuál es el contenido de ese conocimiento? y la respuesta es el riesgo para el bien jurídico.

²¹⁸ JAKOBS, Günther. *Gleichgültigkeit als dolus indirectus (La indiferencia como dolus indirectus en revista para toda la ciencia jurídica)* en Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft. ZStW, Berlin, 2002.

²¹⁹ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

²²⁰ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

Estos elementos, es decir, conocimiento del sujeto y riesgo para el bien jurídico, adoptan a la tesis de Jakobs unas características singulares, que hacen que la misma se separe de las tradicionales teorías de carácter cognitivo²²¹.

La estructura del dolo eventual se basa en cuatro pilares fundamentales. En primer lugar, el conocimiento por parte del sujeto entendido no sólo como acto intelectual de aprehensión sino como juicio válido del mismo sobre la posibilidad de producción del resultado; en segundo lugar, la mayor o menor dificultad objetiva de impedir el resultado lesivo; en tercer lugar, la importancia y amplitud que al bien jurídico amenazado otorga el ordenamiento penal; y, por último, las características del riesgo, es decir, si éste puede considerarse un riesgo al que el sujeto está habituado²²².

El conocimiento del sujeto como juicio válido es el único que debe tenerse en cuenta también para el dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente, quedando fuera toda consideración de la voluntad. Ahora bien, en los supuestos de dolo eventual, la situación es la siguiente: respecto de una acción querida sin condiciones por el sujeto, aparecen una serie de efectos concomitantes cuya materialización sí es eventual. En estos casos no se trata de determinar si el sujeto quería o no quería o a lo que exactamente aspiraba. Antes bien, debemos investigar si el sujeto podía o no conservar el control de la situación, dirigiendo su acción, para lo cual cualquier especulación sobre la actitud interna del mismo resulta superflua. Hasta ahora, las teorías tradicionales de corte cognitivo han defendido la premisa de que era suficiente el conocimiento de la alta probabilidad de producción del resultado lesivo por parte del sujeto para imputar la acción a título de dolo eventual. Jakobs no niega dicha premisa, pero la considera insuficiente. Es preciso algo más que un mero conocimiento de la probabilidad de producción del resultado lesivo: hace falta, además, que este conocimiento se erija en juicio válido para el sujeto en cuestión²²³.

Para Jakobs este juicio significa que el sujeto incluya dentro de su configuración de la situación el dato cierto de la probabilidad de producción del resultado lesivo, o sea, el sujeto no sólo piensa en ello, no sólo lo conoce, sino que este conocimiento forma parte de

²²¹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

²²² JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

²²³ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

la aprehensión global de la situación. Se dice que es obvio que, a lo largo del desarrollo de la situación, el sujeto puede variar su juicio sobre la probabilidad de producción del resultado, teniendo en cuenta datos como la posibilidad de evitación o el grado de peligro²²⁴. Pero es obvio que lo determinante es la formación de este juicio en el momento de la acción. Si el juicio sobre la probabilidad de producción del resultado en el momento de actuar era afirmativo, es decir, si el sujeto tiene el dato cierto de que el resultado se puede producir, entonces habrá actuado con dolo eventual. Se da dolo eventual cuando el sujeto juzga, en el momento de la acción, que la producción del resultado lesivo como consecuencia de su acción es probable²²⁵.

En segundo lugar, es fundamental el aspecto de la evitación del resultado en la teoría de Jakobs, en cuanto se trata de un juicio que se realiza sobre la probabilidad de producción del resultado, en cuanto tiene que ver con la mayor o menor dificultad para evitarlo. Y acá viene un punto importante en la teoría en análisis, habida cuenta de que esta dificultad o facilidad para evitar la producción del resultado lesivo no ha de analizarse desde la subjetividad del agente, es decir, la dificultad o facilidad para evitar el resultado no ha de tratarse como una motivación subjetiva del sujeto para actuar o para omitir la acción que conlleva el resultado lesivo. Por el contrario, la cuestión se centra en determinar si la mayor o menor dificultad de evitación del resultado podía o no actuar como motivación para el sujeto²²⁶. Ahora bien, para determinar este extremo, dependerá de la aprehensión de la situación por parte del sujeto, o lo que es lo mismo, dependerá del juicio que el sujeto eleve sobre la posibilidad de producción del resultado; alguien que sabe que la relación entre acción y resultado no es improbable la omitirá necesariamente, siempre y cuando esté fuertemente motivado a evitar dicho resultado, mientras que un sujeto que desconoce la relación entre acción y resultado puede poner en duda qué sentido tiene abstenerse de realizar la acción²²⁷. En síntesis, el tema está en lo que el sujeto conoce de la situación o lo

²²⁴ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

²²⁵ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

²²⁶ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

²²⁷ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

que cree conocer, y ello es una actividad intelectual en la que no juega ningún papel la actitud interna del mismo ni su voluntad.

Debemos determinar la barrera de la probabilidad, es decir, en qué punto la probabilidad de producción del resultado es tan grave como para permitirnos imputar a título de dolo una acción llevada a cabo en esas circunstancias. El parámetro que nos permite establecer esta barrera será, según Jakobs, la relevancia decisiva del riesgo conocido por el sujeto. Y de esta relevancia del riesgo nos da la medida de la importancia y amplitud que el ordenamiento jurídico penal atribuye al bien jurídico amenazado. Es la valoración legal y no la valoración individual del sujeto la que decide la importancia del bien jurídico amenazado²²⁸.

En consecuencia, se estará en el ámbito del dolo cuando el sujeto realiza una acción, que supone lesionadora del bien jurídico, pero considera al bien jurídico de poco valor, por una parte, o le es indiferente, por la otra. Se afirma que el dolo no quedará excluido cuando en casos de error de prohibición, el sujeto infravaloró el bien jurídico y consideró que una acción lesiva para el mismo no tenía importancia²²⁹.

Pero nuevamente el grado de peligrosidad que fundamenta que un riesgo es relevante no se basa en la subjetividad, sino, en palabras del propio Jakobs, en juicios legales; el riesgo que no es tolerado por el ordenamiento jurídico será relevante, aunque el sujeto lo considere incidental. Vista así la cuestión, un gran número de los riesgos calificados como no tolerados por el ordenamiento penal no se refieren a situaciones particulares de riesgo, como por ejemplo en el tráfico viario, sino que su peligrosidad viene dada por la frecuencia estadística masiva con que estos hechos se producen; son los riesgos habituales²³⁰.

Por último, en cuanto al riesgo habitual, debe decirse que en nuestras actividades cotidianas realizamos acciones que son riesgosas para el bien jurídico, tal como puede ser el tráfico de automotores. Sin embargo, Jakobs diferencia entre estos riesgos habituales y aquellos que no lo son. Se dice que los primeros son aquellos que, a pesar de constituir un

²²⁸ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

²²⁹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

²³⁰ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

grupo de peligros estadísticos, no se muestran como realmente peligrosos desde el punto de vista individual de cada sujeto. Siguiendo el ejemplo de Jakobs: quien conduce con un alto porcentaje de alcohol, crea un peligro estadístico calculable e individual, pero carece de importancia respecto al resultado lesivo por ser ésta una situación habitual para el sujeto²³¹. Riesgos de esta clase no carecen de importancia solamente desde la perspectiva individual; más allá de esto, un sujeto, si quiere desarrollarse en una sociedad como la nuestra, deberá aprender a convivir con estos riesgos y a reaccionar en estas situaciones. Sin embargo, la habitualidad de un riesgo para un sujeto determinado sólo puede esgrimirse cuando se trata de una situación personal, es decir, cuando el que corre el peligro es el sujeto mismo. Obviamente, nadie puede alegar que está acostumbrado a llevar una vida peligrosa, cuando el que está en peligro a consecuencia de una acción es otro²³². Pero si el hábito al riesgo es la consecuencia, por ejemplo, de la participación ajustada a Derecho en el tráfico viario, la creación del riesgo no se incluirá en la responsabilidad del sujeto²³³.

De manera más clara y dicho por Jakobs, 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 absoluta²³⁴. Por ejemplo, si alguien traspasa el límite de velocidad dentro de un límite, límite marcado por lo que generalmente se entiende por excesiva velocidad, tendrá dolo respecto a un tipo de peligro abstracto; sin embargo, quien se salta un semáforo en rojo tiene dolo de lesión respecto de los menoscabos que su acción pueda causar a terceros²³⁵.

En síntesis, para Jakobs concurrirá el dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción.

²³¹ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

²³² DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

²³³ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

²³⁴ JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, (Derecho penal. Parte general. Los fundamentos y la teoría contable), De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

²³⁵ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

1.3. Segundo renacimiento de la teoría de la probabilidad

Cuando hablamos de teoría de la probabilidad nos referimos a aquellos desarrollos teóricos para los cuales la cuestión relativa a la entidad y características del peligro creado resultan dirimentes. Sin perjuicio de ello, para este punto de vista el conocimiento efectivo por parte del autor de las circunstancias conformadoras del peligro es irrenunciable, es decir, ninguno de sus partidarios sostiene que ya no es exigible ese conocimiento efectivo para poder afirmar el dolo²³⁶. Con Herzberg y Puppe, la teoría de la probabilidad cobraría nuevamente un impulso decisivo.

1.3.1. La tesis de Herzberg

Herzberg es señalado como el autor que ha llevado a cabo el intento más serio de lograr una distinción entre dolo e imprudencia ya a nivel del tipo objetivo.

Sostiene Herzberg que, para el concepto de dolo, toda exigencia de una actitud voluntativa o emocional por parte del autor resulta innecesaria. El dolo se agota en la representación, acertada o errónea, de un riesgo calificado de realización típica; es decir, en el sentido de la terminología tradicional, está limitado al conocimiento²³⁷.

Además, Herzberg manifiesta, respecto del elemento cognitivo del dolo, que naturalmente, la cuestión relacionada con el dolo delictivo puede apuntar únicamente a datos mentales o subjetivos en el autor. En el caso del dolo, los únicos datos mentales relevantes son los relativos al conocimiento. En tal sentido, sostiene Herzberg que este énfasis en el aspecto cognitivo y el abandono completo del aspecto volitivo para el concepto de dolo no sólo no implica dejar de lado nociones firmes y consensuadas en esta materia,

²³⁶ KINDHAUSSER, Urs. *Gleichgultigkeit als vorsatz* en AA.VV. Festschrift für Albin Eser. Beck. München. 2005.

²³⁷ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en Juristenzeitung, Tübinga. 1986.

sino, construir un concepto teórico de dolo completamente adecuado a aquello que la praxis de los tribunales efectivamente entiende por dolo²³⁸.

Para Herzberg, el problema de la prueba de elementos volitivos o emocionales no constituye una dificultad menor al momento de plantear la necesidad de un cambio radical respecto al criterio decisivo de distinción entre dolo e imprudencia. Afirma, de hecho, que sólo el acusado, y a veces ni siquiera él, puede saber si se tomó en serio o a la ligera un peligro. Esa información, en cambio, no es accesible para el juez²³⁹.

En este aspecto, se puede decir que la tesis de Herzberg se centra en la distinción entre el peligro cubierto o asegurado a través de la atención humana, el peligro descubierto o no asegurado y el peligro descubierto o no asegurado, pero remoto²⁴⁰.

1.3.1.1. El peligro cubierto o asegurado

Para comprender este postulado, Herzberg pone como ejemplo el supuesto de un capataz de una obra, en construcción, que ordena a uno de sus empleados el cumplimiento de una tarea en un andamio al que le falta la correspondiente protección para las caídas obligatorias según la legislación. De esta manera el capataz pone al empleado en un riesgo no permitido de caída mortal. Este supuesto, dice Herzberg, plantea la cuestión de si un accidente mortal, en caso de que ocurriera, sería imputable al capataz como causado dolosamente o sólo imprudentemente²⁴¹.

Sostiene Herzberg que, en este caso, resulta evidente que el peligro creado se encuentra todavía, de alguna manera, conjurado, pues el aprendiz puede percibir ese

²³⁸ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²³⁹ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁴⁰ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁴¹ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

peligro y compensar exitosamente la falta de protección técnica mediante un cuidado mayor. Esa posibilidad de mayor precaución por parte de la víctima potencial constituye una reserva de protección muy eficiente respecto del peligro²⁴².

Desde luego que el capataz crea un riesgo prohibido; desde la óptica del derecho ese riesgo es ya intolerable y ha de fundamentar, por tanto, alguna clase de imputación. Pero esa consideración jurídica no cambia en absoluto el hecho de que, desde el punto de vista estrictamente fáctico, ese peligro está cubierto o asegurado de una manera eficaz, como lo muestran de hecho las estadísticas, que señalan que el número de accidentes producidos en virtud de la falta de protección suficiente de los andamios es minúsculo²⁴³.

Lo mismo cabe decir de los accidentes producidos en el tránsito vial. Los automovilistas saben que, estadísticamente, el riesgo que tienen de sufrir un accidente, aun llevando a cabo maniobras prohibidas e incluso temerarias, es mínimo, pues cuentan con la atención adicional propia y la de quienes son puestos en peligro para conjurar el riesgo creado. También esos peligros están, por tanto, fácticamente cubiertos o asegurados.

El carácter cubierto o asegurado indica, en consecuencia, un rasgo distintivo del peligro, objetivamente dado y subjetivamente reconocido. Es decir, la situación objetiva de riesgo y su apreciación subjetiva por parte del autor se corresponden. En estos casos, si el autor confía en un feliz desenlace de los hechos, no tendrá una confianza ciega. Pues él ha reconocido la situación de riesgo tal como ésta objetivamente es. Para fundar su optimismo tiene él la sólida razón de su experiencia, que le indica que su propia atención o la de terceros terminarán controlando la situación²⁴⁴.

En casos de peligro cubierto o asegurado, la imputación al autor por el riesgo prohibido creado no podrá ir más allá de la imprudencia. Frente al peligro cubierto o asegurado, una imputación a título de dolo queda completamente excluida, incluso si el

²⁴² HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁴³ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁴⁴ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

autor, al obrar, tenía la mala intención de producir el resultado. Para Herzberg, la imprudencia de ninguna manera constituye un caso de error, como opinan, especialmente, los partidarios de la teoría de la posibilidad. Según Herzberg no sólo en el dolo sino también en la imprudencia, esto es, en los casos de peligro cubierto o asegurado, existe coincidencia entre lo que el autor se representa y la realidad²⁴⁵.

1.3.1.2. El peligro descubierto o no asegurado.

En este postulado, también, Herzberg expone un caso ejemplificativo para su mayor comprensión. El caso consiste en que dos amigos juegan a la ruleta rusa, con revólveres a tambor, de la siguiente manera, cada uno apoya en la sien del otro su revólver y ambos aprietan el gatillo simultáneamente. Si uno de ellos muere, se pregunta Herzberg si el otro actúa dolosa o imprudentemente²⁴⁶.

En el presente caso, dice Herzberg, muestra con toda claridad cómo, tras infringirse la barrera del riesgo jurídicamente protegido, esto es, tras gatillarse los revólveres, no existe ninguna posibilidad de que el cuidado o la atención humana puedan ofrecer reserva de protección fáctica alguna. Se trata de supuestos en los que el peligro queda descubierto o no asegurado²⁴⁷.

Frente a supuestos de peligro descubierto o no asegurado la que queda completamente excluida es la responsabilidad por imprudencia. Así como respecto del peligro cubierto o asegurado ni siquiera la mala intención puede fundar el dolo, cuando se

²⁴⁵ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁴⁶ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁴⁷ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

trata de un peligro descubierto o no asegurado ni siquiera la confianza del autor en el desenlace feliz del suceso puede excluir la imputación a título de dolo²⁴⁸.

1.3.1.3. *El peligro descubierto o no asegurado, pero remoto.*

Sostiene Herzberg que, desde luego, la magnitud y la proximidad del peligro no se vinculan necesariamente con su calidad de descubierto o no asegurado. Pues el autor puede, perfectamente, crear riesgos no permitidos respecto de los cuales no se pueda contar ya con ninguna reserva de protección fáctica a través de la atención o cuidado del propio autor o de un tercero, y, sin embargo, ser el peligro tan insignificante, tan remoto, que no provoca inquietud. Se pregunta Herzberg si, en tales casos, se justifica afirmar el dolo²⁴⁹.

En este sentido, Herzberg sostiene que sería incorrecto identificar lo que él ha caracterizado como peligro descubierto o no asegurado con lo que la dogmática tradicional entiende por peligro concreto. Si esto fuera así, afirma, habría que aceptar que un mero dolo de peligro puede fundar ya un dolo de lesión, pero no es ello lo que ha querido el legislador al establecer delitos de peligro concreto. Lo cierto, sostiene Herzberg, es que un peligro cubierto o asegurado puede ser a la vez concreto, y el conocimiento de ese peligro es lo que permite afirmar la existencia de dolo de peligro. Pero para que se pueda afirmar un dolo de lesión es necesario que ese peligro sea descubierto o no asegurado. Así, conducir en una autopista a gran velocidad detrás de otro automóvil sin guardar la distancia reglamentaria implica crear un peligro ciertamente concreto, pero cubierto o asegurado. De allí que, según este autor, en Alemania, por llevarse a cabo esta conducta, podría -en tanto se den ciertas circunstancias exigidas por el tipo penal- imputarse al conductor del

²⁴⁸ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁴⁹ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

automóvil, que va detrás, el delito doloso de peligro concreto de intervención peligrosa en el tránsito vial (StGB, § 315 b, I, 3), pero no el delito de tentativa de homicidio²⁵⁰.

Concluye Herzberg afirmando que la delimitación entre dolo e imprudencia consciente es un problema del tipo objetivo. Asimismo, agrega que, respecto del dolo, no se trata de que el autor haya tomado en serio un peligro que ha reconocido, sino de que haya reconocido un peligro que debe ser tomado en serio²⁵¹.

1.3.1.4. Crítica.

Algunos autores han sostenido que la concepción de Herzberg no logra una distinción cualitativa, o, mejor dicho, clasificatoria entre dolo e imprudencia. Puppe, por ejemplo, critica a Herzberg porque, en su opinión, su tesis no plantea una distinción cualitativa entre dolo e imprudencia, sino cuantitativa, dado que, para esa distinción, no toma en cuenta una diferencia cualitativa entre un peligro de dolo y un peligro de imprudencia, sino, simplemente, la probabilidad de producción del resultado²⁵².

Se dice que Herzberg se equivoca cuando sostiene que es posible que un peligro concreto puede ser, a la vez, cubierto o asegurado. Pues ello conduciría a equiparar una simple tentativa imprudente de lesión -impune- con un delito doloso de peligro consumado -punible-, lo cual es igualmente contrario a lo querido por el legislador, que se supone no desea que su sistema, para un mismo caso, imponga soluciones normativas diferentes²⁵³.

El sistema de Herzberg, para ser coherente, debería por tanto mantener una clara distinción entre peligro descubierto, peligro concreto y peligro cubierto. Así, sólo el conocimiento del primer tipo de peligro permitiría que se impute dolo de lesión; el

²⁵⁰ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁵¹ HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en *Juristenzeitung*, Tübinga. 1986.

²⁵² PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁵³ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

conocimiento del segundo tipo de peligro permitiría que se impute dolo de peligro; y el conocimiento del tercer tipo de peligro permitiría que se impute imprudencia.²⁵⁴

Como se recordará, según Herzberg, en casos de peligros descubiertos o no asegurados pero remotos, la imputación a título de imprudencia sólo entra en consideración si la producción del resultado es extremadamente improbable o constituye nada más que una desafortunada casualidad. De acuerdo con esto, resalta Puppe que el límite entre dolo e imprudencia queda situado tan por debajo en comparación con lo que usualmente opina la doctrina y la jurisprudencia que el campo del dolo se amplía notablemente, y tendrían que considerarse dolosos casos que normalmente no son más que supuestos de imprudencia²⁵⁵.

1.3.2. La tesis de Puppe

Puppe pretende normativizar el llamado elemento volitivo del dolo, en particular el concepto de consentimiento, y para ello argumenta que, incluso en su acepción originaria, a través de esa palabra se expresa algo que debe ser o que, al menos, está permitido que sea²⁵⁶. Para que el comportamiento del autor pueda ser interpretado como doloso, es necesario que, con respecto a la situación fáctica por él reconocida o aceptada, ese comportamiento tenga un carácter lesivo tal que un autor racional no vacilaría en considerar a cualquiera de esos elementos de la actitud (consentir el resultado, tomarlo en serio, decidirse a su favor, etcétera) como cumplido o realizado²⁵⁷.

Puppe afirma, que esa interpretación normativa del comportamiento del autor como exteriorización de sus máximas de conducta directamente contrarias a las normas jurídicas constituye, también, el parámetro para una correcta diferenciación entre dolo eventual e

²⁵⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

²⁵⁵ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁵⁶ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁵⁷ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

imprudencia consciente. Este es el concepto normativo de dolo común, válido para todas las formas de dolo por igual²⁵⁸.

Con la concepción de Puppe queda claro que la intención no tiene ninguna relevancia para el concepto de dolo en tanto se la entienda como dato psíquico. Pero si se normativiza el concepto de intención en los términos explicados, ella puede jugar un rol importante en orden a indicar la presencia de dolo, pues ella misma es un factor de peligro.

1.3.2.1. Calidad del peligro como criterio diferenciador

En lo que respecta al denominado concepto normativo de dolo, el sustrato fáctico no está conformado por la psiquis del autor. La situación psicológica del autor no es el punto de partida adecuado para la interpretación de su comportamiento como lesión de una norma. Ese material fáctico de partida es, según Puppe, el contenido de la representación del autor, es decir, la calidad del peligro de lesión que él conscientemente ha constituido²⁵⁹.

En este punto Puppe, manifiesta que, respecto del dolo, no se trata de que el autor haya tomado en serio un peligro que ha reconocido, sino de que haya reconocido un peligro que debe ser tomado en serio. Es, pues, la calidad del peligro -reconocido por el autor- lo que decide la distinción entre dolo e imprudencia²⁶⁰. En este sentido, esa distinción, como ha sostenido Herzberg, sería una cuestión ya del tipo objetivo.

Puppe, enfatiza que hay cierta clase de peligros que, por su calidad, permiten que no sólo el autor concreto sino toda persona racional, en caso de conocer tales peligros, pueda confiar válidamente (es decir, no de un modo vago e irracional) en su no realización. Ejemplos típicos de esta clase de peligros serían los que se producen en el tráfico vial. Estos peligros, según su calidad, son peligros de imprudencia. Existen otros peligros, en cambio, que, por su calidad, si son reconocidos por el autor y éste no obstante actúa, únicamente pueden fundamentar una imputación dolosa, pues tal actuación sólo puede

²⁵⁸ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁵⁹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶⁰ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

significar que el autor está de acuerdo con la realización del peligro. Estos peligros, por su calidad, son peligros de dolo²⁶¹.

Pero esto no significa, advierte Puppe, que el dolo pertenezca al tipo objetivo. Desde luego, el dolo sigue siendo, para Puppe, una categoría del tipo subjetivo. Esta autora expresa que un criterio fundamental para la distinción entre peligro de dolo y peligro de imprudencia es el constituido por la magnitud del peligro. Pero a la vez aclara que este criterio no puede cumplir en soledad el cometido de determinar cuál es la calidad de ese peligro²⁶². Ello es así, especialmente, porque se trata de un concepto vago. Es cierto que esa vaguedad, según Puppe, está justificada, porque una mayor precisión del concepto conduciría a los análisis de la teoría tradicional de la probabilidad, considerados inadecuados por esta autora. Agrega Puppe, que un concepto impreciso no puede asumir en plenitud la difícil tarea de delimitación entre una y otra modalidad delictiva²⁶³.

De allí que Puppe sostenga que el criterio decisivo para la determinación de la calidad dolosa del peligro es la cualidad prototípicamente lesiva de un proceso frente al cual toda persona, orientada de acuerdo a parámetros racionales y válidos para la generalidad, si emprende u omite la acción prohibida o mandada -respectivamente- estará comunicando una toma de posición respecto del resultado que sólo puede ser interpretada como de aceptación²⁶⁴. Así, actúa dolosamente quien hace caso omiso de la función de llamada que tiene el prototípico significado lesivo de su conducta lo cual ocurre cuando la situación de peligro es tan evidente a los sentidos que salta a la vista²⁶⁵.

Por eso, según esta autora, también en el ámbito del dolo, y tal como ocurre con la imprudencia, debe orientarse la determinación del peligro que lo caracteriza conforme al parámetro del hombre medio, o del autor que obra racionalmente. De esta manera, habrá peligro de dolo si el comportamiento del autor, conforme a parámetros racionales, describe el empleo de una estrategia idónea para la realización del resultado típico²⁶⁶. Y para que tal

²⁶¹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶² PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶³ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶⁴ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶⁵ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶⁶ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

estrategia o método idóneo pueda predicarse es necesario que el grado de probabilidad, sea con respecto a la realización del peligro, sea con relación a ciertas circunstancias dadas ya al momento de la acción, pueda calificarse de alto o de relativamente alto²⁶⁷.

Así, sostiene Puppe que esta condición de la idoneidad del método o estrategia para realizar el tipo es lo que permite fundamentar por qué en determinadas ocasiones la intención en sentido estrictamente psicológico basta para afirmar el dolo, o por qué en otras basta para ello que el autor conozca ciertas consecuencias ligadas directamente a la meta perseguida; ello será así si tal intención o tal conocimiento hacen aparecer al comportamiento en cuestión como un método idóneo para la realización del tipo. Esa caracterización genérica es, además, lo que justifica que no se tomen en cuenta ciertos descargos del autor, como, por ejemplo, que no quiso determinada consecuencia directamente vinculada a su acción. Es este concepto genérico de dolo el que fundamenta que pueda imputarse dolo en cualquiera de sus formas tradicionales. O mejor expresado, ninguna de esas formas adquiere, por así decirlo, de sí mismas la legitimidad necesaria para fundar imputaciones dolosas. Estas serán legítimas si pueden reconducirse a ese requisito común, si pueden ser reconocidas como estrategia o método válido de realización del tipo²⁶⁸.

Puppe, resalta que ella no pretende imputar al autor el conocimiento en sí del peligro de lesión, debido a la prototípica cualidad lesiva de ese peligro. Para Puppe, ese conocimiento es un presupuesto fáctico-psicológico del dolo. Sólo la calidad prototípica del peligro se decide según puntos de vista objetivos. En esto último reside, por tanto, el núcleo normativo de la teoría de Puppe, cuyo fin es normativizar únicamente el elemento volitivo del dolo, no así el cognitivo²⁶⁹.

En efecto, la construcción teórica de esta autora apunta fundamentalmente a demostrar que ni a la voluntad del autor, entendida como dato psíquico, ni a ninguna actitud interna respecto de la realización del resultado (consentirla, aprobarla, tomarla en serio, menospreciarla, etcétera) les corresponde papel alguno en el concepto de dolo. Y en este

²⁶⁷ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶⁸ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁶⁹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

sentido sostiene que no es al autor a quien compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al derecho²⁷⁰.

Es decir, Puppe deja bien en claro que también para ella, al igual que para Herzberg, el conocimiento estrictamente intelectual que posee el autor de las circunstancias que conforman el peligro es irrenunciable. El conocimiento no se normativiza ni se objetiviza, sino que es tratado como el dato empírico u ontológico que es. De hecho, Puppe sostiene expresamente que dolo es conocimiento. Para esta autora, el conocimiento de la magnitud del peligro no indica dolo, en el sentido de la teoría de la probabilidad, sino que él es el dolo²⁷¹.

Lo decisivo para Puppe es la representación de una determinada clase de peligro por parte del autor. Si el peligro representado, por su magnitud y otras características, es de una cualidad tan típicamente lesiva -esto es, prototípicamente lesiva- que según parámetros objetivos puede decirse que sólo aceptando el resultado una persona racional, emprendería la acción prohibida u omitiría la conducta mandada, ese peligro es un peligro de dolo, y su representación por parte del autor fundamenta una imputación dolosa. Pues, el actuar conociendo esos factores significa, objetivamente, el empleo de una estrategia idónea para la producción del resultado.

Al respecto aclara Puppe que el autor debe conocer tantos factores que sean necesarios como para calificar al peligro como peligro de dolo. Pero no se requiere que el autor mismo valore al peligro como un método idóneo para la realización del tipo, pues eso es una cuestión de derecho, no una cuestión de hecho. Pero si al autor le falta esa representación del peligro, por el motivo que sea, podrá decirse que actuó con ceguera ante los hechos, pero no con dolo²⁷².

De esta manera, expresa Puppe que si el autor no llega a representarse el peligro, actúa sin dolo, cualesquiera sean los motivos -incluso completa indiferencia por la integridad ajena- que lo conduzcan a ese desconocimiento²⁷³.

²⁷⁰ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁷¹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁷² PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁷³ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

En cuanto al peligro de imprudencia, éste tiene lugar cuando el autor se representa un peligro cuyas características objetivas no permiten predicar de él una cualidad prototípicamente lesiva. La representación por parte del autor de un peligro tal conduce únicamente a una imputación imprudente, pues, objetivamente, el actuar conociendo esta clase de peligro no implica la exteriorización de una estrategia idónea para realizar el resultado típico²⁷⁴.

Con respecto a los indicios que han de tomarse en cuenta para enjuiciar objetivamente la calidad del peligro, Puppe se esfuerza en aclarar que no sólo la magnitud del peligro o el grado de probabilidad de producción del resultado constituyen indicios válidos. Absolutizar el valor de estos datos cuantitativos, sea identificándolos directamente con el concepto de dolo, sea tomándolos como únicos indicios respecto de su presencia, es precisamente, según esta autora, uno de los principales errores que cabe reprochar a la teoría tradicional de la probabilidad²⁷⁵.

Tomando en cuenta todos estos indicios es cómo podrá enjuiciarse normativamente la calidad del peligro. Se trata de un juicio objetivo de valor sobre el peligro. La representación por parte del autor de las circunstancias fácticas que conforman ese peligro es un dato ontológico de naturaleza psíquica que debe verificarse empíricamente y caso por caso según las características del autor y de las circunstancias pertenecientes al supuesto de hecho.

Para Puppe, la imprudencia no constituye un caso de error, sino de conocimiento correcto de una determinada clase de peligro. En cuanto a la llamada imprudencia inconsciente, señala Puppe que ella no consiste en que los factores que constituyen el peligro no permitido le sean desconocidos al autor, sino únicamente en que el autor no ha extraído de esos factores la debida conclusión respecto de la posibilidad de su realización en un resultado. Es decir, lo único inconsciente para el autor es que él, debido al peligro, podría causar el resultado, pero no el peligro no permitido en sí²⁷⁶.

²⁷⁴ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁷⁵ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁷⁶ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

Una consecuencia importante del sistema de Puppe es el abandono de la distinción tradicional entre diferentes formas de dolo -dolo directo, indirecto y eventual-. La autora pretende, en efecto, configurar un concepto unitario o genérico de dolo²⁷⁷.

Para Puppe, el dolo eventual es la forma general del dolo. Él contiene los elementos que fundamentan el específico ilícito doloso frente al imprudente. Dolo directo de primer y de segundo grado se comportan por lo tanto como casos especiales respecto del dolo eventual. De allí que aquellos deban contener los elementos conceptuales de este último²⁷⁸.

La objeción latente contra este punto de vista, basada en el hecho de que la ley en numerosas ocasiones exige una determinada intención por parte del autor, es respondida por Puppe de la siguiente manera. En ocasiones, esos elementos de la intención no pertenecen al ilícito -porque no es su función describir el hecho-, sino a la culpabilidad, pues simplemente caracterizan una motivación o ánimo determinados del autor. En consecuencia, en tanto elementos de la culpabilidad, su exigencia por parte de la ley no perturba en absoluto el concepto unitario de dolo. Es el caso de ciertos elementos subjetivos exigidos por la ley para la configuración de algunos tipos calificados de homicidio (el matar por odio, por ejemplo, o para ocultar otro delito, etcétera). En tales supuestos, continúa Puppe, dichos elementos subjetivos pueden entenderse en su sentido psíquico, pues pertenecen a la culpabilidad, categoría en donde tal consideración empírica, conforme a su sentido cotidiano, es no sólo permitida sino necesaria²⁷⁹.

En otros casos, en cambio, la ley describe el hecho mismo mediante esos elementos subjetivos, y por tanto pertenecen éstos al ilícito. Aquí la objeción adquiere relevancia, pues se trataría de supuestos en que la ley, para considerar consumado el tipo doloso correspondiente, exige más (precisamente, la concurrencia de una intención determinada por parte del autor). Respecto de estos casos dice Puppe que el empleo en la ley de términos como intención u otros similares (de los cuales se infiere la exigencia de un dolo

²⁷⁷ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁷⁸ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁷⁹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

directo de primer grado) se funda en que el lenguaje natural no dispone de otros vocablos que representen lo que dolo en rigor significa para el Código Penal²⁸⁰.

Sostiene Puppe, que el legislador en lugar de emplear conjunciones finales como para, o sustantivos como intención podría haber redactado esos tipos diciendo, simplemente, el que con dolo... Pero ello hubiera sido completamente antinatural, y por eso es que ha evitado expresarse de ese modo. De allí que, para esta autora, en tales ocasiones el concepto de intención debe entenderse en términos objetivos, esto es, debe ser interpretado normativamente, y ciertamente del mismo modo normativo en que es interpretado el concepto de voluntad²⁸¹.

En síntesis, para Puppe dolo es el conocimiento por parte del autor de un conjunto de circunstancias fácticas de características tales que, desde un punto de vista objetivo, puede afirmarse que el actuar, conociendo tales circunstancias, implica la puesta en práctica de un método o de una estrategia idónea para la producción del resultado típico. Esa puesta en práctica implica la creación de un peligro, que en este caso es denominado peligro de dolo.

A su vez, imprudencia es para Puppe el conocimiento por parte del autor de un conjunto de circunstancias fácticas de características tales que, desde un punto de vista objetivo, no puede afirmarse que el actuar, conociendo tales circunstancias, implica la puesta en práctica de un método o de una estrategia idónea para la producción del resultado típico. Esa puesta en práctica también implica la creación de un peligro, que en este caso es denominado peligro de imprudencia.

1.3.2.2. Crítica

La principal objeción que merece el punto de vista de Puppe es que no es correcto distinguir entre peligro de dolo y peligro de imprudencia del modo en que esta autora lo hace. Pues es cierto que puede haber peligros prototípicamente imprudentes, pero no es cierto que pueda haber peligros prototípicamente dolosos. En efecto, un peligro que Puppe

²⁸⁰ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁸¹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

denominaría de dolo, esto es, un peligro de entidad considerable, puede fundar tanto un reproche doloso como un reproche imprudente. Todo depende de las demás circunstancias que conformen el caso. Pero si un peligro no tiene esa entidad, es decir, es de entidad menor, ese peligro sólo puede fundar un reproche imprudente (suponiendo que ha traspasado la barrera del riesgo permitido)²⁸².

Puppe habría dejado en claro que dolo es el conocimiento de una serie de circunstancias que, miradas en sí mismas, es decir, objetivamente, conforman un peligro tal que permiten afirmar que el actuar conforme a ese conocimiento implica adoptar una estrategia o método idóneo para la realización del resultado típico. Lo cierto es que, conforme a la lógica del sistema de Puppe, también la imprudencia podría definirse como la creación de un peligro tal que, objetivamente, pueda ser tenido como método idóneo para la producción del resultado típico; esto es el resultado imprudente. El dolo es el conocimiento de lo que hace falta para que haya dolo, y la imprudencia es el conocimiento de lo que hace falta para que haya imprudencia²⁸³.

Además, definir la imprudencia, como hace Puppe, exclusivamente en términos negativos (es decir, caracterizándola como el conocimiento de circunstancias que miradas objetivamente no permiten afirmar que el obrar del autor, conforme a ese conocimiento, constituye una estrategia o método idóneo para la realización del resultado típico), pasa por alto que no sólo la realización de un delito doloso, sino también la de un delito imprudente requiere un comportamiento idóneo para producirla, sobre cuyas características Puppe no brinda ninguna pista²⁸⁴.

Puppe, pese a que ha abandonado la distinción tradicional entre diferentes formas de dolo, ha mantenido la diferenciación, también tradicional, entre diversas manifestaciones de imprudencia. En efecto, esta autora sostiene, como se ha visto, que lo que caracteriza a la imprudencia inconsciente no es el desconocimiento por parte del autor de las circunstancias fácticas que conforman el peligro no permitido, sino su falta de conciencia

²⁸² PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

²⁸³ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

²⁸⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

de que debido a esas circunstancias podría producirse el resultado típico, es decir, su indebida conclusión respecto de las posibles consecuencias del peligro creado con su comportamiento²⁸⁵.

Siguiendo esta lógica, cabe decir entonces que en los casos de imprudencia consciente el autor sí extrae una conclusión adecuada respecto de las consecuencias posibles de su conducta. Sin embargo, tanto en un caso como en el otro el comportamiento del autor es reprochable a título de imprudencia. De allí que deba seguirse que la conciencia del autor respecto a las consecuencias posibles que pueden derivarse del peligro que él conoce resulta completamente irrelevante en orden a la justificación del reproche por imprudencia. Si en esa conciencia se basa la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente, y esa conciencia es irrelevante, entonces la distinción misma entre imprudencia consciente e inconsciente es irrelevante. Su mantenimiento por parte de Puppe, sobre la base de este criterio, resulta, pues, criticable²⁸⁶.

Dentro del sistema de Puppe, entonces, debería estar claro que el mero conocimiento de un peligro de imprudencia, sin interesar en lo más mínimo si se es consciente o no de las consecuencias posibles de ese peligro, es suficiente para imputarle al autor la realización típica como imprudente en caso de que ésta se produzca²⁸⁷.

2. Teorías de la representación como forma especial de conocimiento

Esta teoría está constituido por aquellos puntos de vista que sostienen, que dolo es únicamente representación o conocimiento y para distinguir entre dolo eventual e imprudencia consciente, entienden que el dolo eventual se caracteriza no por mediar la representación de una determinada probabilidad o posibilidad de realización del tipo, sino por constituir una clase especial de conocimiento, distinta a la clase específica de conocimiento propia de la imprudencia consciente.

²⁸⁵ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

²⁸⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

²⁸⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Los autores más representativos de este enfoque son Schmidhäuser y Frisch.

2.1. Tesis de Schmidhäuser.

Como se adelantó, la segunda época de este autor está más enfocada desde un aspecto estrictamente subjetivo, más concretamente en la conciencia del autor acerca de la ilicitud o antijuridicidad de su conducta. Desde el comienzo debe tenerse en claro que, para él, la conciencia de la antijuridicidad, ciertamente, forma parte de la culpabilidad, pero en tanto como elemento integrante del dolo²⁸⁸. Es decir, para Schmidhäuser la falta de conciencia de la antijuridicidad excluye el dolo. Por ello debe tenerse presente que, en el contexto de su teoría, la discusión acerca de la conciencia de lo ilícito es una discusión que atañe directamente al contenido del dolo.

Schmidhäuser deja en claro que su interés central en materia de dolo se ha desplazado de las características del peligro conscientemente percibido a las características de la conciencia que percibe.

Es importante prestar atención a la fundamentación que lleva a cabo Schmidhäuser respecto a cierto cambio terminológico respecto a su primer tesitura, porque ello contribuye a introducir más adecuadamente la modificación material que tiene lugar en su concepción durante este segundo período. El cambio en cuestión se refiere a la propuesta de Schmidhäuser de reemplazar el término dolo por dolosidad.

La fundamentación de la opción a favor de la palabra dolosidad, comienza con el argumento de que el término dolo, tal como se lo emplea en la dogmática penal, tiene el vicio de ser una mera creación conceptual jurídico-abstracta²⁸⁹.

En el caso concreto del dolo, de lo que se trata, según Schmidhäuser, es de determinar en qué medida el concepto general de dolo como saber y querer la realización

²⁸⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁸⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

del tipo realmente es tomado en la doctrina y en la jurisprudencia²⁹⁰. Según Schmidhäuser la respuesta no da muchas soluciones al respecto. Basta tener en cuenta los casos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual, en los cuales el autor no quiere el resultado, en el sentido usual que tiene la palabra querer en el lenguaje ordinario, para advertir que aquel extendido concepto jurídico-abstracto de dolo no es el que, en verdad, se aplica en la práctica jurídica²⁹¹.

Otro cambio metodológico que presenta la nueva tesis de Schmidhäuser lo constituye el método correcto para la determinación del concepto de dolo, método que, para él, sin dudas debe ser el teleológico²⁹². Este autor, en efecto, entiende que el método teleológico, según él ya usual, incluso en aquella época, para la interpretación de los tipos de la parte especial del derecho penal, debe aplicarse del mismo modo en la parte general.

Según Schmidhäuser, esto concretamente significa que no se debe preguntar aisladamente sobre el dolo por un lado, y la imprudencia, por el otro, como si fueran entidades estructuralmente diferentes. Antes bien, debe apreciarse a uno y a otra como dos conceptos paralelos, homogéneos, ubicados sistemáticamente en el mismo lugar (para Schmidhäuser, la culpabilidad), mediante los cuales se agotan las formas posibles de criminalidad (un delito o es doloso o es imprudente) y cuya principal diferencia, la única de hecho que puede extraerse estrictamente del texto de la ley, radica en el distinto merecimiento de pena; el delito doloso constituye, por regla, la forma más grave de criminalidad, y el imprudente, la más leve. Y es precisamente esta diferencia en la consecuencia jurídica, en la diferente entidad del castigo en uno y otro caso, lo que debe orientar, teleológicamente, la tarea de la determinación conceptual de ambos²⁹³.

Respecto a esto último, se puede decir que el fin inmediato de todo precepto de la parte especial del derecho penal es la imposición de una pena determinada, de allí que sea usual interpretar los tipos penales particulares partiendo de la clase y entidad de la pena

²⁹⁰ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁹¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁹² SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁹³ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

amenazada, es decir, se interpreta la norma de conducta teniendo muy presente las características de la sanción, de forma tal de lograr una interpretación homogénea que integre lo más posible a la sanción con sus condiciones de aplicación²⁹⁴.

Y de la misma manera debe procederse, según Schmidhäuser, con relación a los conceptos de la parte general; no es posible, por ejemplo, obtener conceptos adecuados de dolo e imprudencia si, en lugar de partirse del diferente merecimiento de pena de uno y otro, se acude a conceptos ajenos al derecho penal. Esto último es precisamente lo que sucede, dice Schmidhäuser, con el concepto mayoritario de dolo, anclado en concepciones que, por tomar como punto de partida la idea coloquial de dolo en lugar de atender a su específica función jurídico-penal, ponen en un primer plano al elemento volitivo, el cual jurídico-penalmente resulta irrelevante²⁹⁵.

Siguiendo estas observaciones metodológicas, Schmidhäuser llega a la conclusión de que el límite que separa el hecho doloso del imprudente debe determinarse conforme a la existencia o no de conocimiento, o, a contrario sensu, de error. Pues todo error jurídico-penalmente relevante repercute directamente en la vivencia particular del autor, que, en virtud de ese error, cree que puede actuar tal como se dispone a hacerlo, cuando en realidad ello no le está permitido²⁹⁶.

Schmidhäuser resalta que el conocimiento o desconocimiento que importa es el referido al carácter antijurídico del hecho, y no al hecho en sí, porque sólo el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta puede inhibir al autor de la ejecución de ese comportamiento, y es el actuar en contra de ese conocimiento lo que torna a la dolosidad una forma más grave que la imprudencia²⁹⁷.

Y si esa diferencia cognitiva es suficiente para comprender por qué una forma de culpabilidad es más grave que la otra, entonces está claro que la voluntad no juega ningún

²⁹⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁹⁵ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁹⁶ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁹⁷ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

papel respecto de este problema. La voluntad, para Schmidhäuser, no cumple función alguna ni para el concepto de dolo -o de dolosidad- en sí, ni para distinguir a aquél de la imprudencia²⁹⁸.

Schmidhäuser entiende que la voluntad, como tal, forma parte de la acción. Es en ese elemento donde la voluntad encuentra su lugar sistemático, y por supuesto tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes²⁹⁹.

Conforme a ello, Schmidhäuser entiende que, en todo caso, en lo ilícito el hecho punible imprudente no se diferencia del doloso, pues lo ilícito es, siempre, la acción objetivamente contraria al deber, tanto en el hecho doloso como en el imprudente. En lo que respecta a ese conocimiento o desconocimiento de lo ilícito, en lo cual se agota según Schmidhäuser la cuestión relativa a la distinción entre hecho doloso e imprudente, ya no resulta determinante en este segundo período la calidad del peligro (concreto o abstracto) percibido por el autor, sino el hecho de que éste simplemente sea consciente de la posibilidad concreta del peligro y de su antijuridicidad³⁰⁰.

En efecto, así como anteriormente enfatizaba Schmidhäuser que lo decisivo para el dolo era el conocimiento de la posibilidad de un peligro objetivamente concreto (y antijurídico), ahora sostiene que lo que importa es el conocimiento de la posibilidad concreta de un peligro antijurídico³⁰¹. La diferencia, aunque parezca sutil, es importante. Porque si el énfasis se coloca en las características objetivas del peligro, resulta indispensable analizar con detalle cuáles son esas características del peligro que deben tomarse en cuenta y, asimismo, proporcionar criterios que justifiquen por qué ellas son relevantes, tal como de hecho proceden quienes centran su atención en la calidad objetiva del peligro.

En lo referido a cómo debe ser el conocimiento o la conciencia que se requiere para el dolo, para Schmidhäuser el autor, al momento del hecho doloso, debe disponer de una

²⁹⁸ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

²⁹⁹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

³⁰⁰ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tübinga. 1968.

³⁰¹ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Über aktualitat und potentialitat des unreschtsbewusstseins (Sobre la actualidad y potencialidad de la inconsciencia)*. Mohr. Tübinga. 1968.

conciencia actual respecto de tal hecho y de su carácter antijurídico³⁰². Para este autor, la conciencia actual respecto del hecho que se exige para el dolo es, precisamente, una conciencia espontánea, la cual se caracteriza por relacionarse directamente con las cosas mismas, libre de todo lenguaje que opere como mediador³⁰³.

Schmidhäuser concluye manifestando que para el actuar doloso cabe exigir conciencia actual tanto del hecho como de lo ilícito, y en tal sentido no es necesario que dicha conciencia, en ambos ámbitos, sea reflexiva, sino que basta la simple conciencia espontánea³⁰⁴. Por otro lado, según Schmidhäuser, la conciencia del hecho es segura cuando el autor se representa como seguras las circunstancias fácticas ya dadas o espera como seguro el acontecer futuro del suceso típico. Y es insegura cuando el autor supone como concretamente posibles las circunstancias fácticas en cuestión, sea las ya dadas al momento del hecho, sea las que pueden ocurrir posteriormente. La ley, aclara Schmidhäuser, exige a veces conciencia segura del hecho, esto es, exige dolo directo de segundo grado, y a veces una determinada intención (dolo directo de primer grado). Pero cuando la ley nada dice, esto es, cuando no exige nada más que el simple dolo (la simple dolosidad), basta entonces la mera conciencia insegura del hecho, el mero tener como concretamente posible. Pues ello es dolosidad³⁰⁵.

En resumen, para Schmidhäuser hay dolosidad siempre que el autor tenga a las circunstancias del hecho o al proceso fáctico futuro por concretamente posible (no importa si lo considera poco probable); y hay imprudencia siempre que el autor no tenga por posible a las circunstancias del hecho o al proceso fáctico futuro, sea porque ni siquiera ha pensado en ello (ésta es la imprudencia inconsciente inequívoca), sea porque, más allá de que haya pensado en un primer momento en esas circunstancias, luego, conscientemente, haya excluido la posibilidad concreta de su existencia o de su futura producción (ésta es la imprudencia consciente aparente).

³⁰² SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Über aktualität und potentialität des unrechtsbewusstseins* (Sobre la actualidad y potencialidad de la inconsciencia). Mohr. Tübinga. 1968.

³⁰³ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Über aktualität und potentialität des unrechtsbewusstseins* (Sobre la actualidad y potencialidad de la inconsciencia). Mohr. Tübinga. 1968.

³⁰⁴ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Über aktualität und potentialität des unrechtsbewusstseins* (Sobre la actualidad y potencialidad de la inconsciencia). Mohr. Tübinga. 1968.

³⁰⁵ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Derecho Penal. Parte General)*. Mohr. Tübinga. 1968.

Schmidhäuser enfatiza que la presencia de la conciencia, determina no sólo el límite respecto de la imprudencia, sino que proporciona ya el concepto de lo doloso mismo. En lo que respecta a la imprudencia, Schmidhäuser insiste en que ella debe considerarse conceptualmente desde dos puntos de vista; frente a la falta de culpabilidad y frente al dolo. En el primer punto, la imprudencia exige posibilidad de conciencia del hecho y de lo ilícito (conciencia potencial); y en el segundo punto falta de conciencia actual. Ahora bien, respecto a la imprudencia consciente, Schmidhäuser sostiene que no existe en verdad tal imprudencia consciente. En estos casos, manifiesta este autor, puede ser que el sujeto piense o se represente en algún momento la posibilidad concreta de existencia o de producción de las circunstancias de hecho típicamente relevantes; pero así como es posible tener súbita y espontáneamente conciencia actual de esas circunstancias fácticas en el momento exacto del hecho (con lo cual corresponde afirmar el dolo), del mismo modo es posible, súbita y espontáneamente, en el momento exacto del hecho suprimir esa conciencia actual. En tal caso, por tanto, no se es consciente ya de la posibilidad concreta de existencia o producción de esas circunstancias, y por eso hay imprudencia, por más irracional que pueda haber sido tal supresión de la conciencia sobre dicha posibilidad³⁰⁶.

2.1.1. Crítica.

Se pone en cuestionamiento de esta teoría, que Schmidhäuser considera que un mero suceso singular y fortuito constituye una regularidad empírica, sin ninguna base experimental que lo avale. El cree, en efecto, que del hecho de que en ciertos casos se pudiera constatar una represión de la conciencia, puede inferirse que ello es lo que necesariamente ha de ocurrir en todos los supuestos similares que tengan lugar, con lo cual transforma una mera proposición singular o bien en una proposición empírica general de carácter estadístico, lo que usualmente se denomina regla de experiencia. O bien en una proposición empírica general de carácter causal, esto es, en una ley causal natural. En efecto, que una persona en el momento exacto de decidirse a cometer una infracción a las normas del tránsito reprima su conciencia acerca de la posibilidad concreta de un resultado disvalioso es algo que, ciertamente, en determinados casos concretos puede ocurrir. Pero no es algo que, hasta ahora, se haya comprobado que ocurra en muchos casos, o en la

³⁰⁶ SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Derecho Penal. Parte General)*. Mohr. Tübinga. 1968.

mayoría de ellos -no vale como regla de experiencia-, ni, mucho menos, que ocurra en todos los casos -no vale como ley causal natural-. La hipótesis de la represión (o asunción) espontánea y repentina de la conciencia al momento del hecho no es más que una hipótesis empírica singular, respecto de la cual no existen pruebas de que se confirme en muchos casos, o en la mayoría de ellos, o en todos los casos. Debería, por tanto, someterse a prueba (empírica) en cada supuesto concreto³⁰⁷.

2.2. La tesis de Frisch.

Frisch sostiene que hay dos cuestiones que él considera fundamentales; por un lado, la referida, al fundamento psíquico del dolo, y por el otro, la del objeto o punto de referencia de ese fundamento psíquico, todo lo cual debe ser establecido conforme a un método teleológico o funcional, que tome como punto de partida aquello que ha de considerarse la razón del castigo doloso³⁰⁸.

Respecto del fundamento psíquico, Frisch entiende que, sin perjuicio de ciertas dificultades, en general contiene un núcleo firme, derivado incluso de la misma ley -§ 16.1, StGB- en el cual el dolo contiene como mínimo un momento intelectual, éste es el conocimiento, que constituye desde siempre, según su opinión, una característica específica de este concepto³⁰⁹. Frisch, por tanto, identifica directamente dolo con conocimiento.

De acuerdo con la metodología propuesta por Frisch lo primero que corresponde es determinar por qué un hecho doloso se castiga más severamente que uno imprudente. Para este autor, el método a seguir para arribar a esa *ratio legis* ha de ser de naturaleza teleológico-funcional. En este sentido, Frisch rechaza aquellas concepciones que sostienen que la razón del castigo más intenso del dolo se asienta en la mayor culpabilidad que el autor manifiesta en tales casos. Pues, según su opinión, de ninguna manera puede ser fructífero un parámetro que se basa en uno de los conceptos de la teoría del delito más

³⁰⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁰⁸ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³⁰⁹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

necesitados de precisión (el de culpabilidad), y sobre cuya naturaleza se han propuesto las más diversas interpretaciones³¹⁰.

Para Frisch lo decisivo es que, en tanto se entienda al problema del dolo como una cuestión plenamente normativa, es necesario partir de los principios básicos de la aplicación de pena estatal. Y, en estricto sentido, si se acepta dicho punto de partida resulta que no sólo el concepto y los límites del dolo deben determinarse funcionalmente de acuerdo con esos principios básicos atinentes a la pena, sino todo concepto jurídico-penalmente relevante, como el de la culpabilidad. De acuerdo con ella, el autor que actúa dolosamente tiene que ser siempre un autor que, a través de su hecho, realiza en medida acentuada esos fundamentos básicos de la aplicación de pena estatal. Y dado que, en su opinión, la ley exige previamente el elemento del conocimiento como constitutivo del dolo, lo que este método pretende es, en definitiva, determinar cuándo contiene el momento del conocimiento la realización de aquellos fundamentos básicos en una medida especial. Así, el concepto de dolo, como concepto funcional debe abarcar estados de cosas que remitan a un acentuado merecimiento o necesidad de pena³¹¹.

De esta manera, del aspecto teleológico puede inferirse que el conocimiento que se exige es aquel que, en la situación *ex ante*, ofrece con toda claridad puntos de mira altamente favorables para la protección de bienes jurídicos. De modo que si el autor, pese a tener ese conocimiento, actúa y comete el hecho, éste (el hecho), aparece como especialmente conmovedor del derecho, y aquél (el autor), como peligro singular para los bienes jurídicos. Pero, aclara Frisch, que no se trata de algún tipo de conocimiento específico (como, por ejemplo, un tener por posible la producción del resultado), sino del conocimiento normal de un objeto determinado. Lo decisivo, pues, se encuentra en el objeto del conocimiento, no en el conocimiento en sí³¹².

En lo que respecta a ese objeto, éste estará constituido por aquello que el autor tiene que conocer para que se pueda y se deba considerar su comportamiento como regido por parámetros contrarios a los que orientan la conducta querida por la norma, y en tal medida especialmente conmovedor del orden jurídico. En tal sentido, resulta para Frisch

³¹⁰ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³¹¹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³¹² FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

evidente que una conducta que se presenta como decisión consciente contra los parámetros que la generalidad considera correctos conmueve siempre más el orden jurídico que aquella que sólo se sustenta en una falta de cuidado³¹³.

Frisch sostiene que toda conducta típicamente relevante se caracteriza básicamente por constituir un riesgo o peligro concreto de producción del resultado típico, enjuiciado esto desde un punto de vista *ex ante*. La mera peligrosidad abstracta de una conducta no es suficiente. En cuanto al parámetro conforme al cual se emite aquel juicio de peligro concreto, afirma Frisch que se trata de un juicio objetivo. El punto de vista del autor queda reservado para la determinación de si ese riesgo concreto es imputado a título de dolo o de imprudencia. Es decir, según un parámetro objetivo se decide la cuestión de si hay o no conducta típica. Y según un parámetro subjetivo se decide la cuestión de si aquélla es imputable como dolo o como imprudencia³¹⁴.

Ahora bien, Frisch se pregunta si ese juicio objetivo *ex ante* debe efectuarse conforme a los conocimientos ontológicos y nomológicos disponibles para la generalidad o según los conocimientos concretos del autor. Al respecto, Frisch manifiesta que para aquellas conductas de sujetos que desempeñan un rol especial (profesionales, por ejemplo), sobre el cual se tienen determinadas expectativas, debe efectuarse ese juicio objetivo conforme al estándar cognitivo que toda persona que ocupe ese rol debería tener. Para las conductas que son desempeñadas más allá de cualquier rol especial, esto es, conductas que se llevan a cabo por el solo hecho de vivir en sociedad, lo que vale en cambio es el estándar cognitivo (ontológico y nomológico) general, esto es, el válido para todos ³¹⁵.

En cuanto a la cuestión relativa a la entidad propia del riesgo relevante, Frisch sostiene su conocida tesis de que debe tratarse de un riesgo jurídico-penalmente ya no tolerado, tolerabilidad que se establece no en función de la magnitud en sí del riesgo, sino de acuerdo a una previa ponderación entre el interés social por realizar la conducta riesgosa de que se trate y el interés (también social) de proteger el bien jurídico puesto en peligro³¹⁶.

³¹³ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³¹⁴ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³¹⁵ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³¹⁶ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

2.2.1. El conocimiento.

Al analizar este punto Frisch toma en cuenta, en primer lugar, la conocida objeción en contra de las teorías puramente cognitivas, según la cual éstas deberían conducir a castigar como autor doloso a aquel que percibió el riesgo creado, pero confió en la no producción del resultado. Frisch entiende que esta objeción sólo sería plausible si por conocimiento se entendiera la mera captación intelectual de un estado de cosas. Pero ésta no es la noción de conocimiento que Frisch considera correcta. Para él, esa noción es básicamente ambigua y por tanto es necesario precisar su significado para la conceptualización del dolo³¹⁷.

Frisch sostiene que, en la dogmática del dolo, el concepto de conocimiento es un concepto funcional, pues tiene precisamente la función de separar aquellos casos en los que una pena mayor es legítima de otros en los que debe aplicarse una pena menor. Tal conocimiento debe concebirse, por tanto, tomándose en cuenta las razones del castigo doloso. Así, podrá decirse que el conocimiento constituye el sustrato psíquico que caracteriza al dolo en tanto y en cuanto él coloque al autor en una situación de merecimiento respecto del castigo doloso. Para Frisch el conocimiento es, antes que nada, captación del objeto en la conciencia. Entre el estado de cosas relevante como objeto del dolo y el autor debe existir, pues, una relación psíquica o anímica³¹⁸.

Ahora bien, este requisito ontológico mínimo se justifica porque sólo si el autor ha captado en su conciencia un riesgo jurídicamente ya no tolerado puede sostenerse que aquél actuó en contra del parámetro establecido por la ley y que, de esa manera, llenó las exigencias propias de la ratio del castigo doloso. Es decir, sólo el que conoce el riesgo prohibido puede merecer una pena mayor; y a la inversa; sólo es legítima una pena mayor si se aplica contra aquel que sabe que se ha decidido en contra de lo establecido por la ley. De allí que Frisch sostenga, incluso, que el concepto de conciencia aquí empleado es, en tal sentido, completamente normativo³¹⁹.

³¹⁷ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³¹⁸ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³¹⁹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

Según Frisch, esto implica que, para poder afirmar que el autor obró con conocimiento, es necesario que éste haya percibido el objeto no sólo en tanto entidad fáctica, sino también y fundamentalmente en tanto portador de aquella dimensión de disvalor que lo convierte en típicamente relevante y lo conecta así con la *ratio* del castigo doloso. Objeto del conocimiento como sustrato psíquico del dolo del autor es, pues, también esa dimensión valorativa³²⁰.

Por eso afirma Frisch que debe diferenciarse claramente entre representación, conciencia y conocimiento (o saber). Pues para los dos primeros basta aquel requisito mínimo de la captación intelectual del objeto. Pero el conocimiento (o el saber) no se contenta con eso; quien conoce un estado de cosas, quien sabe algo sobre un estado de cosas se ha conformado respecto de él un juicio³²¹.

Es precisamente en este aparato conceptual en el que Frisch se basa para fundamentar algunas de sus principales conclusiones respecto del problema de la delimitación entre dolo e imprudencia. Pues sólo puede decirse que alguien actúa en contra de lo establecido por la ley si, respecto de la realidad del estado de cosas prohibido una persona se dice, para sí, "esto es así". Si falta ese "esto es así", si falta el conocimiento, afirma Frisch que no puede de ninguna manera sostenerse que esa persona actuó en contra de la ley, salvo que justamente aquello que resulta de ese no-conocimiento sea también objeto de punición (imprudencia; el autor se representa las circunstancias que conforman un peligro concreto, pero no se dice para sí "esto es un peligro concreto", sino que se dice, por cualquier motivo, "nada puede pasar"); en tal caso el merecimiento de pena será ciertamente menor³²².

Pero para que haya dolo es necesario que el autor parta, para sí, de enjuiciar a su propia conducta como un riesgo concreto para el bien jurídico, esto es, como un riesgo ya no tolerado por la norma; no basta, pues, que considere a su conducta simplemente como de alguna manera peligrosa, es decir, que perciba en su conducta nada más que una

³²⁰ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³²¹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³²² FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

peligrosidad general. Como se ve, para Frisch es decisivo el punto de vista del autor en lo que respecta a la valoración o apreciación del peligro³²³.

Por intermedio de esta forma específica de conocimiento es como Frisch establece qué caracteriza al dolo y lo distingue especialmente de la imprudencia; si el autor percibió las circunstancias fácticas conformadoras de un riesgo concreto relevante para la norma, pero falta aquella toma de postura personal de "ver a ese peligro así para sí", sea porque el autor niega el peligro ("esto no puede pasar"), sea porque confía en que el peligro no se realizará ("esto no pasará"), el dolo queda excluido³²⁴.

También se excluye el dolo si aquella toma de postura falta no porque el autor, como en los dos casos acabados de mencionar, haya tenido una toma de postura personal diferente respecto del peligro, sino porque directamente no ha tomado ninguna postura en absoluto, sin interesar si esta ausencia se debe a una total indiferencia por parte del autor respecto de la norma (ceguera ante los hechos) o a otras razones más atendibles, como el hecho de que, por la rapidez con la que sucedieron los acontecimientos, a aquél no le fue posible reflexionar. Corresponde igualmente negar el dolo si el autor ha obrado suponiendo la existencia de un presupuesto fáctico de una causa de justificación, siendo indiferente si tal presupuesto objetivamente existía o si el autor lo supuso erróneamente. En ambos casos sucede exactamente lo mismo, que, ante la falta de conocimiento del peligro típicamente relevante, y tanto respecto del aspecto teleológico-racional como del axiológico-racional, no existe por parte del autor una decisión en contra de los parámetros valorativos establecidos por la norma ni tampoco, justamente por esa falta de conocimiento, un mayor poder de evitación. Las normas permisivas están construidas, según Frisch, en función de posibilidades, probabilidades o riesgos, al igual que los tipos de las normas prohibitivas, y por tanto son aplicables a la representación de circunstancias extra típicas las mismas conclusiones a las que se llegó respecto de elementos típicos (siempre que se trate de presupuestos de causas de justificación, pues las causas de exculpación se rigen por otros criterios)³²⁵.

³²³ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³²⁴ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³²⁵ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

2.2.2. Irrelevancia de elementos volitivos

Para Frisch no es necesario, junto al conocimiento, ningún elemento de naturaleza volitiva o emocional para caracterizar el dolo. Al respecto, Frisch divide los tradicionales requisitos supuestamente voluntativos exigidos por las concepciones tradicionales para el concepto de dolo en dos grupos. Por un lado considera a aquellas concepciones que requieren que el autor se haya tomado en serio la posibilidad del resultado, o que se haya conformado con ella; y por el otro se refiere a los enfoques que requieren todavía más del lado volitivo, una aprobación o consentimiento del resultado por parte del autor, o una manifiesta indiferencia respecto de aquél³²⁶.

Respecto al primer grupo, entiende Frisch que, con el concepto de conocimiento propuesto por él, que se centra en la necesidad de que el autor tome postura personalmente en favor del riesgo relevante ya no tolerado por la norma, toda exigencia (volitiva) adicional de que el autor se tome en serio la posibilidad de realización del peligro o se conforme con ella, etcétera, deviene superflua, pues ello viene dado o está incluido ya en aquel concepto de conocimiento, entendido como conocimiento de la dimensión típicamente relevante del actuar³²⁷.

En cuanto al segundo grupo, acepta Frisch que su concepto de conocimiento no incluye ni requiere una aprobación o consentimiento del resultado, por lo que una exigencia tal no es que sea superflua, en el sentido de que ya está contenida en el concepto de conocimiento (como sí sucede en cambio con el primer grupo), sino que es directamente innecesaria, pues una decisión en contra del bien jurídico puede darse perfectamente aunque no haya una aprobación o una indiferencia manifiesta en relación con el resultado. Aprobación, consentimiento, indiferencia, etcétera, son para Frisch nada más que motivos puramente contingentes (pues también otros motivos pueden entrar en consideración), en virtud de los cuales alguien puede decidirse en contra del bien jurídico, y por tanto no es necesario que estén presentes para que esa decisión tenga lugar ³²⁸.

³²⁶ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³²⁷ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³²⁸ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

Para Frisch, tales elementos volitivos o emocionales pueden ser, a lo sumo, nada más que indicadores (indicios fácticos) de que está dado o no el dato normativo decisivo en que el dolo consiste (el conocimiento tal como él lo caracteriza), pero no deben confundirse con ese dato normativo en sí, esto es, con el auténtico criterio del dolo³²⁹.

2.2.3. El dolo eventual.

Especificado de la manera en que se ha detallado más arriba el objeto del conocimiento, entiende Frisch que no es necesario ni conveniente intentar solucionar los problemas de delimitación entre dolo e imprudencia por medio del lado subjetivo, a través de una forma especial de conocimiento, tradicionalmente denominada dolo eventual.

Según Frisch, del lado subjetivo sólo queda establecer si el autor conoció ese riesgo en su dimensión relevante. La particularidad reside no en el concepto, sino en el objeto del dolo³³⁰. Vistas las cosas así, resulta para este autor evidente que el establecimiento de una forma especial de dolo como dolo eventual deviene superflua. Sea, por la precisión lograda en el aspecto objetivo, esto es, respecto del objeto del dolo, sea porque ningún elemento volitivo o emocional es necesario, junto al conocimiento, para caracterizar al dolo.

En este sentido entiende Frisch que tradicionalmente aquello que se conoce como dolo eventual es la auténtica forma básica del dolo. En ella se encuentra comprendido qué constituye, lisa y llanamente, el actuar doloso³³¹.

2.2.4. Crítica.

Küper, sostiene que, en sustancia, el método de Frisch no es otra cosa que un regreso al principio de proporcionalidad en la forma del principio de culpabilidad, pues todos

³²⁹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³³⁰ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

³³¹ FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

los argumentos empleados por Frisch respecto de la *ratio* del mayor castigo doloso son reconducibles a simples diferencias de ilícito en función de diferencias de culpabilidad³³².

La crítica principal que ha recibido la tesis de Frisch por parte de la doctrina dominante es que pese a los nuevos conceptos y a la modificación de la sistemática todo queda, por así decirlo, como antes. No es necesario adentrarse demasiado en la obra de Frisch para advertir rápidamente que, en efecto, los requisitos materiales que exige este autor para caracterizar al dolo y distinguirlo de la imprudencia no difieren en nada de los que postula la formulación mayoritaria a través de la idea del tomarse en serio.

Con su concepto de conocimiento como "ver así para sí", en el sentido de que sólo conoce quien materializa una toma de postura personal respecto del objeto del conocimiento, todo lo que hace Frisch es trasladar la actitud interna de realizar un juicio serio sobre la posibilidad del peligro del elemento volitivo (donde tradicionalmente se la ubica) al cognitivo. Y ello importa sólo una reformulación conceptual artificiosa, que no modifica en absoluto la coincidencia material³³³. No es correcta, tampoco, la usual afirmación de que Frisch sostiene un concepto de dolo puramente cognitivo, liberado de elementos volitivos o emocionales. Estos elementos son simplemente adscriptos por Frisch al concepto de conocimiento.

La tesis de Frisch, en lo que atañe estrictamente a la cuestión de la delimitación entre dolo e imprudencia a partir de su concepto de dolo, no difiere, entonces, de la sostenida por la doctrina dominante bajo las fórmulas del tomarse en serio el resultado, el conformarse con él, etcétera. Lo correcto es, en definitiva, considerar a la tesis de Frisch como una variante más de la opinión sostenida por esa doctrina mayoritaria.

Por su parte, Puppe sostiene que resulta cuestionable la posición de Frisch en el sentido de que el juicio de valor sobre la índole del riesgo o peligro deba quedar en manos del autor. Pues ello no es una cuestión de hecho sino de derecho, y por tanto es el derecho, a través del juez, el que debe concretar esa valoración sobre el peligro, conforme a parámetros objetivo-generales³³⁴. Dejar esa valoración en manos del autor implica la

³³² KUPER, Wilfried. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Zur monographie von Wolfgang Friesch. GA. Heidelberg. 1987

³³³ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³³⁴ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

adopción de la más extrema concepción psicológicas respecto del dolo, pues según tal punto de vista no sólo es necesario partir de un determinado conocimiento del autor (y el conocimiento es un hecho tan psíquico como la voluntad), sino que además la propia valoración de lo conocido termina dependiendo exclusivamente del arbitrio subjetivo del sujeto. Todo ello resulta, desde luego, incompatible con el punto de partida supuestamente normativo de Frisch.

CAPÍTULO 4: Teorías de la voluntad.

Bajo esta rúbrica se exponen todas aquellas teorías que parten del convencimiento de que, sin la presencia de algún elemento de tipo voluntario, no resulta posible caracterizar al dolo eventual, y en especial no resulta posible diferenciarlo de la imprudencia consciente. Sus partidarios -que conforman sin duda la opinión dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia- han recurrido por lo general a datos psíquicos que constituyen, básicamente, una toma de postura del autor frente a las consecuencias posibles de su hecho; ser indiferente respecto a ellas, estar de acuerdo con ellas, aceptarlas resignadamente, tomarlas en serio, etcétera.

La teoría de la voluntad exige que el autor se haya representado el resultado lesivo como probable y que en su esfera interna lo haya consentido. No habría dolo, sino imprudencia consciente, si el autor, en caso de haberse representado el resultado como seguro, hubiera renunciado a actuar.

El problema de esta posición, sostenida por Frank, es descifrar la actitud interna del autor, para cuya captación por terceros no suele haber indicios objetivos. En este sentido, Frank estableció unas fórmulas con el fin de que se entendiera, no como caracterización directa del dolo eventual, sino como medio de conocimiento para su constatación.

La primera fórmula parte de la pregunta de cómo habría actuado el sujeto si hubiera estado seguro desde un principio de la producción del resultado realizador del tipo. Si se llega a la conclusión de que el mismo habría actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que afirmar el dolo; si se llega a la conclusión de que

habría omitido la acción en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que negar el dolo³³⁵.

Al respecto, señala Roxin que es correcto que hay que apreciar en todo caso el dolo cuanto el sujeto habría actuado también en caso de conciencia segura de la producción del resultado; pues entonces se ha decidido, dado el caso, por la producción del resultado y se ha resignado a él. El caso inverso, en el que el sujeto no habría actuado en caso de resultado seguro sólo permite, contra la opinión de Frank, una conclusión altamente insegura en relación con la negación del dolo eventual, como lo muestra el caso de la barraca de tiro al blanco que Roxin cita para aclarar su opinión. El caso es el siguiente: un muchacho apuesta a que puede acertar de un disparo a una bola de cristal que sostiene en la mano una señorita de una barraca de tiro al blanco en la feria. El mismo cree que, en caso de fallar, podrá desaparecer sano y salvo entre el bullicio de la feria. El tiro da en la mano de la señorita³³⁶.

Aquí, es seguro que el sujeto no habría actuado en caso de conocimiento seguro del fallo, pues en tal caso sólo habría conseguido de su disparo riesgos y no ganancias. No obstante, hay que apreciar dolo eventual, toda vez que el sujeto había incluido el fracaso en los cálculos de su plan, porque las perspectivas de éxito tenían para él más valor que el riesgo de fallar.

Por otro lado, la segunda fórmula de Frank se describe de la siguiente manera: Si el sujeto dice, “sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, yo actúo en todo caso”, entonces su culpabilidad es dolosa. Pues esta fórmula se puede entender plenamente en el sentido de que el sujeto actúa dolosamente aun cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado³³⁷.

³³⁵ FRANK, Reinhard. *Vorstellung und wille in der modernen doluslehre*, en *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft*. ZStW, Berlin, 1890.

³³⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³³⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

Un intento de objetivar la configuración del dolo eventual es la teoría de la probabilidad, para la cual la definición del dolo depende del grado de probabilidad del resultado advertido por el autor con el conocimiento que dispone de la situación.

Así, se afirma el dolo cuando el sujeto consideró sumamente probable que se produjese el resultado y pese a ello no desistió de proseguir su comportamiento. En cambio, si el grado de probabilidad no es elevado, nos encontramos ante la culpa consciente y no frente al dolo, pues en tal caso el agente no tenía necesariamente que contar con el resultado. La decisión en favor de la probable lesión de bienes jurídicos establece la diferencia en el dolo eventual y la culpa con representación, justificando el más severo castigo del primer³³⁸.

Roxin expresa que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así, sea de buena o de mala gana, a la eventual realización de un delito, se conforma con ella³³⁹.

De este modo lo que importa no es la actitud interna del autor, de difícil captación segura, sino que, a pesar de conocer el grave peligro de realización del resultado como consecuencia de su obrar, el sujeto ha querido seguir actuando, implicando ello su conformidad con el resultado, lo que encierra una dimensión volitiva a lo que no se debe renunciar.

Para algunos autores, esta teoría resulta preferible porque aporta datos objetivos al juicio sobre el dolo y responde a la idea sobre que lo que la norma prohíbe, no es tanto la producción de resultados lesivos, sino la realización consciente y aceptada de conductas altamente peligrosas para los bienes jurídicos³⁴⁰.

³³⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³³⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³⁴⁰ LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Advocatus, 2005.

Los que están convencidos de que dolo es sólo conocimiento han tratado de especificar qué clase de conocimiento es el que caracteriza al dolo eventual y lo diferencia del conocimiento propio de la imprudencia consciente o, en su caso, han caracterizado a la imprudencia en general como un supuesto de ausencia de ese conocimiento. Quienes, en cambio, creen que lo que caracteriza al dolo eventual es la presencia de un determinado elemento de tipo voluntativo, han procurado no sólo caracterizar ese elemento, sino también -y especialmente- demostrar que sin su concurrencia la caracterización del dolo eventual (y con ello su distinción de la imprudencia consciente) se torna imposible.

Finalmente, quienes acentúan el papel que juega la clase de peligro objetivo creado por la acción en la definición de dolo eventual o, simplemente, de dolo, han intentado describir las características específicas que debe poseer ese peligro para fundamentar, o en su caso excluir, una imputación a título de dolo³⁴¹.

Más allá de estas diferencias, lo característico de las teorías agrupadas en este apartado es que ninguna de ellas presta atención a los problemas que la prueba de esos elementos que ellas consideran que son características del dolo puede presentar en el proceso penal, y a las eventuales consecuencias que ello puede traer aparejado para el mismo ámbito conceptual. De esa preocupación parten otras teorías, más recientes, referido a la acentuación del aspecto procesal. Algunas de estas últimas tienen también pretensiones materiales, pero parten de la problemática procesal³⁴².

1. Teoría de la aprobación o del consentimiento.

Esta teoría que en su forma actual apenas se diferencia de su versión clásica, es la que ha adoptado y aplica la jurisprudencia alemana desde hace más de un siglo, en casi todos los casos que, a su entender, deben ser resueltos mediante la figura del dolo eventual. Los presupuestos básicos de la versión actual de la teoría de la aprobación o del consentimiento son prácticamente los mismos que los de su versión antigua; por lo que se puede decir que ella se caracteriza básicamente por exigir enfáticamente la presencia del

³⁴¹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁴² PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

llamado elemento volitivo para poder afirmar el dolo, además por cierto de la representación del autor, a la que considera presupuesto necesario de la voluntad³⁴³.

La discusión principal en la jurisprudencia se centra en aclarar si el aceptar, aprobar o consentir la realización del tipo, representada sólo como posible, importa exigir que el autor internamente desee esa realización (esto es, que al menos no le resulte desagradable) aunque no la persiga directamente; o si, antes bien, basta con que el autor se conforme con la consecuencia típica, es decir, la acepte aunque le resulte desagradable y, en tal medida, no la desee³⁴⁴.

1.1. El caso de la correa de cuero.

Un caso paradigmático en relación a este tema lo constituye el famoso caso de la correa de cuero (BGHSt, t. 7, pp. 363y ss., sentencia del 22/4/55. causa 5, StR 35/55). Pues en la sentencia dictada en el dicho caso se especifican, con especial detalle, los requisitos para el dolo eventual que surgen de la aplicación de la teoría de la aprobación o del consentimiento. En este fallo, que se refiere a un caso de homicidio cometido por varios coautores, se dice expresamente que los acusados, para actuar con dolo, tienen que aprobar y querer la muerte de una persona. En tal sentido, se sostiene que el homicidio doloso requiere la voluntad de provocar, mediante la acción, la muerte de la persona atacada, y para ello es suficiente el dolo eventual. Para el dolo eventual, por su parte, según esta sentencia es necesario que los acusados cuenten con la pérdida de la vida humana mediante su acción y la aprueben, lo cual sucede cuando se reconoce al resultado desde el principio como posible, se lo incluye dentro del marco de la resolución de la voluntad y, no obstante ello, se actúa³⁴⁵.

El hecho al que se hace mención es el siguiente:

³⁴³ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁴⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁴⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

"El acusado K, que al momento del hecho tenía casi veinte años de edad, había conocido en diciembre de 1953 al productor de seguros M, que tenía tendencias homosexuales. Entre M y K se generó una relación de amistad con ocasionales contactos impúdicos. Muchas veces M le había obsequiado dinero a K. Durante el transcurso del mes de diciembre de 1953, el acusado K trabó amistad con el acusado J. Ambos se les ocurrió la idea de conseguir de parte de M el dinero necesario para el alquiler de una habitación y para comprarse un traje cada uno. Con este fin, se propusieron proceder con violencia contra M, incapacitarlo de toda posibilidad de resistencia y luego, con tranquilidad, tomar de su departamento los objetos deseados con el objeto de emplearlos para sus propios fines. Al momento de pensar cómo podían impedir la resistencia de M, se les ocurrió al principio la idea de dejarlo inconsciente haciéndole tomar pastillas para dormir sin que él lo advirtiera. Pero, tras haberlo intentado en vano, propuso K estrangular a M con un cinturón de cuero y luego atarlo y amordazarlo. J estuvo de acuerdo. Ambos acusados advirtieron que una estrangulación así podría provocar no sólo una pérdida de conocimiento, sino también graves lesiones e incluso la muerte de M. En ocasión de una visita el día 8 de febrero de 1954, K quiso, en presencia de J, llevar a cabo el hecho; pero no tuvo la valentía para hacerlo y le entregó el cinturón a J, que tampoco hizo nada. Sin embargo, los acusados no abandonaron su plan definitivamente. J desaconsejó la idea de estrangular a M con el cinturón de cuero, pues los acusados advirtieron el peligro de que, por ello, M no sólo podría quedar inconsciente sino incluso morir. Por eso propuso J atontar a M golpeándolo con una bolsa de arena, con lo cual K estuvo finalmente de acuerdo. Ambos tuvieron en cuenta que la bolsa, al momento del embate contra la cabeza de M, se adaptara a la forma de su cráneo, para que no se produzca ninguna lesión seria. En la noche del 15 de febrero de 1954 los acusados visitaron a M. J tenía la bolsa de arena en el bolsillo de su pantalón. K, por propia decisión y sin que J lo supiera, llevó consigo, por si acaso, el cinturón de cuero. Los acusados le pidieron a M que les permitiera esa noche pernoctar en su casa, a lo que M accedió. K durmió en la habitación de M, y J en otra habitación. Alrededor de las cuatro de la mañana, J, en presencia de K, golpeó a M violentamente en su cabeza dos veces. Pero los golpes no tuvieron el efecto esperado, sino que despertaron a M. Ante un nuevo golpe, la bolsa de arena se rompió. M se levantó de la cama y se trabó en lucha cuerpo a cuerpo con J. Entretanto, K corría hacia el pasillo y buscaba el cinturón de cuero. Luego se acercó por detrás a M —quien hasta ese momento no había percibido que también K era uno de sus atacantes— y por la espalda le echó el cinturón de cuero por sobre su cabeza. Pero, al principio, el cinturón quedó apretando solo el mentón de M. J, por su parte, para

apoyar el proceder de K con el cinturón de cuero, que ya había advertido, presionó las manos y brazos de M hacia abajo, y así fue éste nuevamente arrojado sobre la cama. Allí, K volvió a rodearle la cabeza con el cinturón, mientras J sujetaba sus brazos. Esta vez, el cinturón apretaba el cuello de M; ambas puntas del cinturón quedaron entrelazados en cruz sobre su nuca. Los acusados tiraron de cada una de las puntas del cinturón con suma violencia, hasta que M dejó caer sus brazos y se precipitó sobre la cama. Acto seguido, los acusados comenzaron a atar a M. Cuando éste se reincorporó, J se arrojó sobre su espalda y lo empujó hacia abajo. K, nuevamente, comenzó a estrangular a M con el cinturón, colocándolo de tal manera sobre su cuello que ajustó una de sus puntas con la hebilla, que ceñía fuertemente el costado izquierdo del cuello de M. K tiró otra vez del cinturón hasta que M dejó de moverse y de emitir todo sonido. Cuando J advirtió esto, le gritó a K: ¡basta! Ante ello, K dejó de tirar del cinturón. Ambos acusados ataron a M y luego tomaron de entre sus ropas una serie de objetos. Al finalizar observaron a M, y en ese momento tuvieron dudas acerca de si éste aún vivía. Intentaron revivirlo, pero fue en vano. Luego dejaron el departamento³⁴⁶.

El tribunal de jurados condenó a K y J por homicidio cometido con dolo eventual, argumentando que los acusados se representaron como posible el resultado de muerte y eran conscientes de la peligrosidad de la acción emprendida (de allí que en un primer momento hayan desistido de emplear el cinturón de cuero), y que aprobaron o consintieron ese resultado, pues actuaron con la voluntad de cumplir a toda costa su propósito de despojar a M de ciertos objetos, sin que les importe en absoluto qué pudiera sucederle a la víctima. Finalmente, sostiene este tribunal que, aunque ese resultado pudiera no haber sido en absoluto agradable para los acusados, de todos modos, es claro que lo quisieron para el caso de que se produjera.

Es necesario, entonces, que el resultado se haya aceptado, aunque sea resignadamente y aprobado, o se haya estado de acuerdo con él. Los autores, dice el fallo, no se apartaron de la comisión del hecho por haberse representado el resultado; pese a ello quisieron el hecho. Actuaron, en fin, con dolo eventual. En este sentido, aclara la sentencia que la representación de otro resultado como posible, además de la muerte de la víctima, no sólo no excluye el dolo eventual, sino que es uno de los requisitos básicos de

³⁴⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

esta forma de dolo. Por lo demás, en lo que hace al objeto de la representación, se deja en claro que una representación del curso del suceso en todas sus particularidades, una representación concreta en relación al disparo mortal, no se requiere ni para el dolo eventual ni para el dolo directo. Decisivo es, que el autor se haya representado al resultado que realmente se produjo como una consecuencia posible de su acción y, para el caso de que se produjera, que haya estado de acuerdo con él como un fenómeno concomitante no evitable de una acción dirigida a otro fin. El elemento esencial del dolo eventual de homicidio consiste, pues, en la aprobación de la muerte de una persona, representada también como posible³⁴⁷.

El fallo, como se ve, adhiere plenamente a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria del período clásico; la tesis débil de la voluntad. Queda claro que la representación de la consecuencia típica como posible constituye un presupuesto ineludible para la afirmación del dolo eventual, pero que a ella debe agregarse la aceptación, aunque sea resignada, aprobación o consentimiento del autor respecto de esa consecuencia, como elemento volitivo. La prueba del elemento cognitivo resulta de las características objetivas del suceso. Aquí, por ejemplo, se trata de un caso de robo con armas, frente a lo cual el tribunal sostiene que los ladrones, al llevarlas consigo, sin dudas se representaron el tener que utilizarlas y que como consecuencia de ello se produzca la muerte de una persona. La prueba del elemento volitivo, por su parte, surge del hecho de que los autores, pese a haberse representado a la consecuencia típica como posible, no obstante, actuaron.

El Tribunal Supremo, respecto a este caso, sostuvo que el conocimiento de las consecuencias posibles de una acción y la aprobación de esas consecuencias son dos presupuestos obvios o sobreentendidos del dolo eventual, y que no es cierto que el tribunal de jurados haya prescindido del requisito volitivo ni que las circunstancias del caso impidan hablar de un querer o de una aprobación del resultado. Admite el BGH que esas circunstancias demuestran que la muerte de M era altamente indeseable para los acusados, pero, afirma, la aprobación del resultado, que según la jurisprudencia del RG y del BGH constituye el elemento esencial delimitador del dolo eventual con la imprudencia consciente. No significa, por ejemplo, que el resultado deba corresponderse con los deseos del autor. También puede concurrir dolo eventual si la producción del resultado no es deseable para

³⁴⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

el autor. En sentido jurídico, el autor aprueba no obstante el resultado si, en aras del objetivo perseguido, de ser necesario -esto es, si de otro modo no puede lograr ese objetivo- se conforma con que su conducta realice el resultado en sí no deseado, y así, para el caso de que se produzca, lo quiere. También en el dolo eventual la producción del resultado puede ser desagradable para el autor³⁴⁸.

Buena parte de la doctrina adhiere a la teoría de la aprobación o del consentimiento. En nuestro país, ejemplo de ello está en Fontán Balestra, quien afirma que, para el dolo eventual, además de la representación del resultado como posible, es necesario que se haya asentido en él; que, en última instancia, se lo acepte³⁴⁹.

Por su parte, Baumann sostiene que el dolo debe definirse como el saber y querer la comisión del hecho; la realización del tipo antijurídico. En tal sentido, afirma categóricamente que quien sabe que mata, pero no quiere matar, no obra dolosamente. Luego, no obstante, relativiza esa conclusión diciendo que el dolo no se excluye cuando, se trate del elemento cognitivo o del volitivo, el autor alega una mera excusa insostenible³⁵⁰.

En lo que se refiere a la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente, Baumann adhiere a la tesis de la jurisprudencia de acuerdo con la cual existe dolo eventual si el autor se representa el resultado típico y lo aprueba internamente, o lo consiente, o lo acepta resignadamente. Imprudencia consciente, en cambio, existe cuando el autor se representa el resultado, pero, aunque sea temerariamente, confía en que todo saldrá bien. En este sentido, resalta Baumann que la representación del resultado es común a ambos elementos de la culpabilidad (para este autor dolo e imprudencia son elementos de la culpabilidad), y que la distinción, por tanto, sólo puede lograrse a través del elemento volitivo³⁵¹.

También tiene que considerarse a Maurach, como un decidido partidario de la teoría de la aprobación o del consentimiento. Para este autor, la voluntad no puede jugar sino un papel preponderante en su concepto de dolo. Para Maurach el dolo es la voluntad,

³⁴⁸ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁴⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, Depalma, 1957.

³⁵⁰ BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

³⁵¹ BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

dominada por el conocimiento, de realización del tipo objetivo. El dolo constituye la voluntad de acción referida al resultado. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos; el dolo no es otra cosa que la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo. Todo lo que rige dentro de la teoría de la acción para el concepto de voluntad de realización vale también para el dolo. En lo que respecta estrictamente al problema de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia, Maurach toma partido expresamente por la teoría de la aprobación o del consentimiento³⁵².

Ahora bien, Frisch y Herzberg, sostienen que ese querer que caracteriza al dolo dentro de esta teoría, esa voluntad en sentido fuerte, no se refiere a la realización del tipo ni a todos los elementos del tipo; respecto a ello puede decirse que existe una suerte de voluntad debilitada. La voluntad en sentido fuerte se refiere sólo a una parte del tipo, constituida por la modificación riesgosa y no permitida de una situación o estado, esto es, el riesgo, entendido como peligro no cubierto o asegurado, que fundamenta normativamente la tipicidad de la acción³⁵³.

2. Teoría de la indiferencia.

En el marco de esta teoría se enrola Engisch, quien parte de la idea, a la que considera natural, de que los casos más claros de dolo son aquellos en los que el autor no sólo se ha representado las circunstancias pertenecientes al tipo legal, sino que, además, se ha propuesto o ha querido su realización, es decir, ha obrado con intención de realizar el tipo. Al igual que los partidarios de la clásica teoría de la probabilidad, sostiene Engisch que, mediando intención, resulta en principio indiferente, sin perjuicio de limitaciones ulteriores, el grado de representación del autor; quien actúa con intención de realizar el tipo obra dolosamente, sea que se haya representado al resultado como seguro, como probable o sólo como posible³⁵⁴.

³⁵² MAURACH, Reinhart - GÖSSEK, Karl H. - ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Obra traducida por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

³⁵³ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*. (Falta de libertad de voluntad y acusación de culpa). Ed. Mohr Siebeck, Tübinga, 2010.

³⁵⁴ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Investigaciones sobre dolo e imprudencia en derecho penal. 1930.

Las limitaciones ulteriores a las que Engisch se refiere surgen de consideraciones objetivas sobre la idoneidad de la conducta del autor para realizar el tipo. Independientemente de qué se haya representado y qué haya querido el sujeto, enfatiza Engisch que la cuestión del dolo ni siquiera se plantea si, desde un punto de vista objetivo, la conducta no es idónea para producir el resultado antijurídico³⁵⁵.

Se señala, que en estos casos, falta ya la adecuación para la producción del resultado típico como elemento del lado objetivo del hecho, es decir, no como elemento de la culpabilidad, y que, en esta medida, no existe razón alguna para abordar esta cuestión como un problema de dolo³⁵⁶.

Engisch pretende precisar qué características definitorias debe poseer el dato psíquico intención para que sea jurídico-penalmente relevante como elemento del dolo, y delimitar ese dato psíquico de aquel otro que, por más que psicológicamente valga como intención, resulta jurídico-penalmente irrelevante. Así, por intención dolosa (jurídico-penalmente relevante) cabe entender a la voluntad de realización del resultado típico con representación de la peligrosidad objetiva de la acción elegida para alcanzar ese fin. La intención jurídico-penalmente irrelevante, esto es, aquella que se identifica con meros deseos o vagas esperanzas, en cambio, es voluntad de realización sin esa representación de la peligrosidad objetiva³⁵⁷.

En otro sentido, Müller, señala que es posible hablar de imprudencia aun cuando haya mediado intención -en sentido psicológico- de realizar el tipo, concretamente en aquellos casos en que la conducta, si bien es idónea, resulta objetivamente poco idónea para alcanzar ese fin.

Müller, sostiene en efecto que sólo corresponde una imputación a título de dolo cuando la conducta del autor eleva en grado considerable la posibilidad objetiva de realizar el resultado. Si esa posibilidad (presupuesto que la conducta es objetivamente peligrosa) sólo es elevada de un modo limitado, la imputación debe realizarse a título de imprudencia,

³⁵⁵ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Investigaciones sobre dolo e imprudencia en derecho penal. 1930.

³⁵⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁵⁷ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Investigaciones sobre dolo e imprudencia en derecho penal. 1930.

pues implicaría dar un salto inmotivado el aceptar una frecuencia en la escala de la responsabilidad jurídico-penal que, en su nivel más bajo (no peligrosidad objetiva de la acción), conduzca a la irrelevancia jurídica, y que ya en su nivel intermedio (baja peligrosidad objetiva) conduzca directamente al dolo en lugar de a la imprudencia, que es el escalón intermedio entre la falta de responsabilidad y la responsabilidad más grave y por tanto el título bajo el cual corresponde imputar aquellas conductas de baja peligrosidad. Müller, obviamente, es un decidido partidario de la tesis según la cual la diferencia entre dolo e imprudencia es de grado y no de índole³⁵⁸.

La posición de Engisch respecto a esta última problemática es muy clara; para él, mediando intención en sentido psicológico, sólo hay dos alternativas posibles: o bien irrelevancia jurídica en caso de que se trate de mero deseo, o bien directamente dolo si se trata de auténtica intención. La intención excluye automáticamente a la imprudencia³⁵⁹.

En cuanto a la teoría de la representación, que Engisch prefiere denominar teoría de la motivación, su núcleo consiste en sostener que el sujeto merece el reproche doloso porque la representación de la consecuencia antijurídica no lo motivó a abstenerse de actuar, no operó como contramotivo de la acción. Entiende este autor que, pese a ser válida para todos los casos de dolo, y en tal sentido superar conceptualmente a la teoría de la voluntad, tiene el problema de que, en su forma pura, abarca también a los casos de imprudencia consciente, y por tanto no es posible mediante ella distinguir adecuadamente entre dolo eventual e imprudencia consciente³⁶⁰.

Para Engisch, esa diferencia entre dolo e imprudencia sólo es posible de establecer adecuadamente a través del concepto de indiferencia, el cual, como él mismo lo reconoce, constituye un componente emocional. Y por eso entiende que, en definitiva, la esencia del

³⁵⁸ MÜLLER, Max Ludwig. *Die bedeutung des kausalzusammenhanges Im strafund schadensersatzrecht.*, (El significado del vínculo causal en la ley penal y de daños). Ed. Mohr, Tübinga 1912.

³⁵⁹ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Investigaciones sobre dolo e imprudencia en derecho penal. 1930.

³⁶⁰ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Investigaciones sobre dolo e imprudencia en derecho penal. 1930.

dolo está constituida por la unión de la representación de la consecuencia típica con ese componente emocional³⁶¹.

En nuestro país, Núñez sigue muy de cerca a esta conclusión de Engisch, pero no la adopta como concepto general de dolo, sino como de dolo eventual. Pues Núñez, igual que Engisch, define al dolo eventual partiendo de una combinación entre la teoría de la representación (en su versión de teoría de la probabilidad) y la teoría de la indiferencia. Para Núñez, en efecto, se puede definir al dolo eventual como la indiferencia de cometer el delito frente a su representación como probable³⁶².

Según Núñez, el concepto general del dolo, en cambio, debe incluir aquello que caracteriza al dolo directo, y así es que su definición genérica de dolo constituye una conjunción de la definición de lo que él entiende por dolo directo más la definición de lo que él entiende por dolo eventual. Para este autor, dolo es la intención de cometer el delito o, por lo menos, la indiferencia de cometerlo frente a su representación³⁶³.

Ahora bien, si se toma en consideración la tesis de Engisch en su conjunto, esto es, no restringida únicamente a los casos limítrofes con la imprudencia (representación como posible de la consecuencia típica), resulta evidente que este autor es partidario de una teoría integradora o acumulativa³⁶⁴, pues comparte la tesis central de la probabilidad para los casos de ínfima o muy alta probabilidad representada (negación y afirmación del dolo, respectivamente) y acude al criterio de la indiferencia sólo para los casos de probabilidad media o posibilidad. Es decir, la indiferencia funciona dentro del esquema de Engisch como un criterio que se complementa a la teoría de la probabilidad, se combina o acumula al criterio de la probabilidad subjetiva³⁶⁵.

En lo que respecta estrictamente a lo que la doctrina considera dolo eventual, Engisch centra su criterio delimitador en una actitud interna, la indiferencia.

³⁶¹ ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Investigaciones sobre dolo e imprudencia en derecho penal. 1930.

³⁶² NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

³⁶³ NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

³⁶⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁶⁵ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

2.1. Críticas

Una de las críticas que se le ha realizado a esta teoría advierte que también la conducta imprudente se funda muchas veces en la indiferencia del autor frente a la lesión del bien jurídico, por lo que no puede servir como criterio distintivo entre dolo e imprudencia³⁶⁶.

Otra crítica importante es la de Roxin, quien sostiene que la tesis de Engisch restringe demasiado el ámbito del dolo, pues excluye éste en aquellos casos en que el autor se representa como posible una consecuencia típica que le resulta desagradable (supuestos de indiferencia relativa ante la representación como posible de la realización típica). Así, dice Roxin que Engisch ha de acabar apreciando una mera imprudencia en el caso de la correa de cuero, lo cual no resulta satisfactorio³⁶⁷.

Por su parte Puppe, sostiene que la tesis de Engisch para los casos de consecuencias representadas como posible, peca de confusión conceptual entre un concepto normativo y uno descriptivo (de indiferencia). Según Puppe, la indiferencia en sentido psicológico-descriptivo indica que a una persona no le interesa si un estado de cosas es verdadero o falso, sin que medie una valoración sobre ese estado de cosas; en sentido normativo, en cambio, el término indiferencia indica un reproche a quien no le interesa un estado de cosas que previamente ha sido valorado como positivo o negativo³⁶⁸. El problema en Engisch, según esta autora, radicaría en que para los casos claros de ínfima o muy alta probabilidad emplea un concepto normativo de indiferencia, mientras que para los casos dudosos de probabilidad media o posibilidad utiliza la variante psicológico-descriptiva de ese concepto, sin que en ningún momento fundamente o legitime por qué un dato psíquico que en los casos claros no cumple ningún papel, de pronto, en los casos límite o dudosos, pasa a ser el fiel de la balanza³⁶⁹.

³⁶⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal, Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1956.

³⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³⁶⁸ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

³⁶⁹ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

Rudolphi, por su parte, afirma que para definir el dolo no son necesarios componentes emocionales de ninguna clase, y por tanto tampoco la indiferencia, sino que basta la constatación de que el autor se decidió a favor de la lesión del bien jurídico. Sin embargo, también la decisión a favor de la lesión del bien jurídico constituye un elemento emocional o de la actitud interna³⁷⁰.

3. Teoría de la Voluntad de evitación

El principal expositor de esta teoría es Armin Kaufmann quien parte del presupuesto de que es necesario elaborar un concepto de dolo compatible con las máximas de la teoría de la acción finalista, y entiende que todas las teorías emocionales elaboradas hasta ese momento deben ser rechazadas porque se refieren a la aprobación, consentimiento, etcétera, de un hecho antijurídico; esto es, toman como referencia un concepto de *dolus malus*, incompatible con el concepto de dolo natural del finalismo. Todas esas teorías emocionales, cuando aluden a un aprobar o consentir el resultado, etcétera, se refieren a un resultado antijurídico³⁷¹. Esto, era cierto en la época de redacción de dicho pensamiento; pero hoy ya no lo es. Los partidarios actuales de las teorías emocionales refieren esa aprobación, consentimiento, indiferencia, etcétera al hecho, y no a su carácter antijurídico.

Kaufmann, pone de manifiesto que todas estas teorías fundamentan la mayor pena que corresponde al delito doloso en el hecho de que, al autor, el egoísmo lo ha seducido a colocar sus fines por encima de la lesión del ordenamiento jurídico, agregando que es evidente que, con ello, aparece aludida la conciencia de la antijuridicidad³⁷².

Puesto esto en claro, intenta Kaufmann demostrar que, para una conceptualización del dolo idónea para su delimitación con la imprudencia en el marco de la teoría de la culpabilidad propiciada por el finalismo, el recurso a elementos de la conciencia de la antijuridicidad no sólo es teóricamente falso, sino que tiene que conducir también en la práctica a dificultades insuperables. En este sentido, sostiene que, si lo que se toma como

³⁷⁰ RUDOLPHI, Hans Joachim. *Systematischer kommentar zum strafgesetzbuch*. (Comentario sistemático sobre el código penal). Luchterhand, Berlin, 1995.

³⁷¹ KUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Traducido por el Dr. R. F. Suarez Montes. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1960.

³⁷² KUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Traducido por el Dr. R. F. Suarez Montes. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1960.

punto de referencia de la aprobación, del consentimiento, de la indiferencia, etcétera, es la relevancia jurídica de la circunstancia, dudosa para el autor, entonces el error de prohibición, tanto el evitable como el inevitable, tiene necesariamente que conducir a negar el dolo eventual y a admitir la imprudencia consciente. Pues quien no sabe que la producción de un resultado, para él dudosa, es antijurídica, no consiente positivamente una lesión jurídica³⁷³.

Armin Kaufmann enfatiza que no es posible que la voluntad de realización esté dirigida a permitir la realización de la consecuencia accesoria representada como posible si, por la forma objetiva de obrar del autor, resulta evidente que tendría a evitar precisamente esa consecuencia. En términos simples, quien obra para evitar no puede a la vez obrar para realizar. Se trata, en definitiva, de definir el dolo voluntad de realización a través de la negación de su predicado-complemento (no-dolo voluntad de evitación)³⁷⁴.

Kaufmann manifiesta que la voluntad de evitación excluye la aceptación de una voluntad de producción. De allí que este autor hable de una auto-delimitación de la voluntad de realización. Ésta encuentra su límite en sí misma. El dolo, como voluntad de realización, recibe su contenido y su límite desde sí mismo, desde su posición en la estructura de la acción. No necesita de una valoración del sentimiento que lo acompaña³⁷⁵. Es decir, la voluntad de realización termina en la voluntad de evitación. En este esquema la voluntad de evitación es, por tanto, el criterio delimitador decisivo entre dolo e imprudencia.

Una aclaración importante que hace Armin Kaufmann respecto a las características que debe tener la voluntad de evitación para ser eficaz como excluyente del dolo es que el autor debe atribuir a su forma de conducirse y a su propia habilidad una posibilidad real de evitar el resultado. Es decir, no se configura una auténtica voluntad de evitación si el autor no se toma en serio su propio esfuerzo por evitar la realización de la consecuencia accesoria.

³⁷³ KUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Traducido por el Dr. R. F. Suarez Montes. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1960.

³⁷⁴ KUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Traducido por el Dr. R. F. Suarez Montes. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1960.

³⁷⁵ KUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. Traducido por el Dr. R. F. Suarez Montes. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. 1960.

3.1. Críticas.

Roxin pone de manifiesto que la tesis de Kaufmann intenta llevar a criterio general definitorio del dolo a un estado mental (la voluntad de evitación) que, a lo sumo, puede constituir nada más que un indicio entre otros, y además refutable, de la presencia de dolo. Afirma que es cierto que una voluntad de evitación puede ser un indicio valioso de una determinada toma de postura del autor, pero que sería injusto que, en esta materia, todo se derive de ese indicio³⁷⁶. Así lo ha expresado Köhler; el criterio de la voluntad de evitación no tiene validez conceptual, sino que, a lo sumo, constituye una regla de inferencia probatoria³⁷⁷.

Por su parte, Kindhäuser sostiene que el problema principal de la propuesta de Kaufmann reside en que entre voluntad de realización y voluntad de evitación no existe una relación lógica de contradicción sino de contrariedad, razón por la cual el par en cuestión no agota los casos posibles y, en consecuencia, no puede valer como criterio general para distinguir entre dolo e imprudencia. En efecto, es posible que quien no tenga una voluntad de evitación tampoco tenga una voluntad de realización, y que quien no tenga una voluntad de realización tampoco tenga una voluntad de evitación³⁷⁸.

Otra crítica que se hace a la tesis de Armin Kaufmann, partiendo de la base de su teoría la cual manifiesta que la voluntad de evitación se infiere siempre de un obrar cuidadoso del autor respecto de la realización de una consecuencia accesoria, parecería, entonces, que el criterio de la voluntad de evitación resultaría útil para indicar más bien el límite entre imprudencia e irrelevancia jurídica, y no el límite entre dolo e imprudencia. Pues, el mero quebrantamiento de una prohibición de peligro abstracto (por ejemplo, no ingresar a un pajar con el cigarro encendido, no adelantar a otro automóvil en donde ello no está permitido, etcétera) no implica ya un obrar penalmente imprudente, sino tan sólo un indicio de esa imprudencia, que puede ser rebatido precisamente por otros indicios, como la voluntad de evitación, que muestren que el autor no transgredió la norma penal establecida

³⁷⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³⁷⁷ KOHLER, Michael. *Die bewusste Fahrlässigkeit* (La negligencia deliberada). Ed. Winter, Heidelberg, 1982.

³⁷⁸ KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Revista para el análisis del Derecho, InDret 4. Barcelona. 2008.

en el tipo imprudente correspondiente (que es siempre de peligro concreto), sin perjuicio de la violación de la norma de peligro abstracto³⁷⁹.

Se dice que la voluntad de evitación no resulta útil para resolver problemas de delimitación entre dolo e imprudencia, pues su constatación, dadas ciertas condiciones, puede determinar directamente la irrelevancia jurídico-penal de la conducta, es decir, puede excluir incluso la imprudencia. Podría, por tanto, cumplir algún papel dentro de la llamada teoría de la imputación objetiva, en el marco más específico de la realización del riesgo creado, y no (exclusivamente) en la dogmática referida al dolo y sus límites. No puede valer, por tanto, como criterio específico para conceptualizar el dolo. Continúa manifestando que no puede negarse que la voluntad de evitación constituye, al igual que el conocimiento, distintas actitudes internas; un dato empírico -de índole psíquica- potencialmente relevante para decidir si corresponde un reproche doloso³⁸⁰.

4. Teoría del tomarse en serio el peligro.

En este punto se hará mención a aquellas teorías que toman como punto de partida el tomarse en serio el peligro, el conformarse con el resultado, el decidirse a favor de la lesión del bien jurídico y otras tesis similares.

4.1. La tesis de Stratenwerth.

Stratenwerth se enrola en la teoría denominada, tomarse en serio la posibilidad de que se realice el tipo. A su modo de ver, con los conceptos de voluntad y de conocimiento, o de querer y saber, y sus respectivas negaciones, sólo pueden determinarse con precisión los dos extremos de la imputación subjetiva; el dolo directo -de primer grado- y la imprudencia inconsciente; pero ello no ayuda a encontrar una solución adecuada para el ámbito intermedio -dolo eventual e imprudencia consciente-³⁸¹. Este mismo autor señala

³⁷⁹ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁸⁰ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁸¹ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. (traducido por Sancinetti y Canció Melia). Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

que para definir el dolo, no basta el elemento cognitivo; éste debe ser complementado por un elemento volitivo, cuyo contenido es justamente lo que tiene que delimitarse con mayor precisión. Ese elemento volitivo consiste, para Stratenwerth, en una determinada actitud interna, la cual, en tanto no se deje de ser consciente de la imperfección de la expresión, puede seguir señalándose, de acuerdo con la tradición, como la voluntad de realización del hecho³⁸².

Para Stratenwerth es muy importante fundamentar por qué ese elemento volitivo consiste en una actitud interna. Él entiende que toda doctrina acerca del dolo tiene como base una determinada concepción acerca de la relación del hombre con el mundo. Así, sostiene que las teorías tradicionales sobre el dolo eventual y su delimitación con la imprudencia, al igual que las teorías puramente cognitivas de la segunda posguerra (Schröder, Schmidhäuser), responden a una concepción según la cual conocimiento y voluntad se comportan pasivamente, de manera exclusivamente receptiva respecto del mundo. Conforme a ese punto de vista, el dolo sólo puede describirse como el reflejo subjetivo del suceso objetivo³⁸³.

Para Stratenwerth, para que pueda hablarse de dolo es necesaria, además de la mera previsión, una toma de postura del autor respecto al suceso previsto. Esa toma de postura se concretiza en una determinada actitud interna y a ésta hay que acudir para solucionar el problema del concepto de dolo eventual y su distinción con la imprudencia³⁸⁴.

Stratenwerth opina que es perfectamente posible que una persona sea consciente de un riesgo concreto y, no obstante, al mismo tiempo, asuma respecto de él una actitud interna que impida una imputación a título de dolo, porque el autor no tome en serio el peligro de que el resultado se produzca³⁸⁵.

³⁸² STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. (traducido por Sancinetti y Canció Melia). Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

³⁸³ STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewußte fahrlässigkeit* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

³⁸⁴ STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewußte fahrlässigkeit* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

³⁸⁵ STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewußte fahrlässigkeit* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

Que el sujeto se tome en serio el peligro que ha previsto es, pues, la actitud interna que debe presentarse en él para que pueda imputársele dolo. Si el autor no toma en serio el riesgo del cual es consciente, aunque sea por motivos irracionales, actúa a lo sumo con imprudencia. Stratenwerth defiende que sea posible representarse la peligrosidad concreta de la acción y no obstante no tomársela en serio diciendo que el no tomar en serio consiste, precisamente, en que el peligro es ciertamente conocido pero no reconocido, y por lo tanto no se lo toma en consideración³⁸⁶.

Sostiene Stratenwerth que, analizado el problema desde el punto de vista del autor, la posibilidad no tomada en serio de que un peligro representado se realice está, desde el punto de vista del merecimiento de pena, en el mismo nivel que una posibilidad directamente no representada. Todo ello conforma, pues, el espectro de la imprudencia, en tanto se den las condiciones necesarias³⁸⁷.

Stratenwerth se ocupa también de dejar en claro que este requisito de tomarse en serio el peligro, que caracteriza al dolo eventual y lo diferencia de la imprudencia consciente, es el elemento que caracteriza unitariamente a toda conducta dolosa, también a aquella en la que cabe hablar de un dolo directo. Es decir, queda claro que para este autor es posible un concepto unitario de dolo, que tiene como característica básica precisamente aquella que permite establecer la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. Pues, conforme a la argumentación de Stratenwerth, sólo puede quererse un resultado que se toma en serio; o más precisamente, sólo tomándose en serio el peligro en cuestión puede una persona estar en condiciones de decidirse a favor de la acción que ha de derivar en la realización de ese riesgo. Ergo, la idea del tomar en serio es la que caracteriza también a las distintas manifestaciones del dolo directo³⁸⁸.

Para este autor lo importante es enfatizar que un concepto adecuado de dolo debe partir de la idea de que se trata siempre de una decisión en contra de la norma jurídica de conducta lo cual implica aceptar tanto una parte cognitiva como una volitiva, y que esta

³⁸⁶ STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewußte fahrlässigkeit* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

³⁸⁷ STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewußte fahrlässigkeit* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

³⁸⁸ STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewußte fahrlässigkeit* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

última, a los efectos de la delimitación con la imprudencia, consiste en una actitud interna del autor, según la cual, más allá de cómo se la formule, queda claro que aquél está dispuesto a admitir que la realización de un tipo penal sea una consecuencia de su conducta, bien porque se conforma con la posible realización del tipo, o porque toma en serio el peligro de esa realización, o porque cuenta con ella³⁸⁹.

4.1.1. Crítica.

Una de las críticas más frecuentes es la que insiste en que la teoría del tomar en serio premia al desconsiderado y castiga al escrupuloso³⁹⁰.

Así Herzberg, por ejemplo, para criticar la concepción sostenida por Stratenwerth se vale de un conocido caso ideado por Roxin, según el cual un maestro permite a uno de los alumnos que están bajo su cuidado en una excursión que tome un baño en las aguas de un río algo peligroso, haciendo caso omiso de un cartel que prohibía bañarse en ese lugar. Los partidarios de la teoría del tomarse en serio el peligro sostienen que, en un caso como éste, por más que el maestro haya tenido conciencia de la posibilidad del peligro, si el niño muere ahogado no corresponde imputarle a aquél el resultado a título de dolo, pues lo cierto es que no se ha tomado en serio ese peligro.

Sin embargo, Herzberg plantea lo siguiente: ¿qué sucede si el maestro se toma muy en serio el peligro y, luego de una ponderación meditada sobre el riesgo existente, decide permitir al alumno bañarse en el río, el cual, según su ponderación, termina no pareciéndole tan peligroso, pero resulta que el niño se introduce en las aguas y muere ahogado? ¿Debe imputarse al maestro homicidio doloso porque tuvo conciencia de un peligro al que se tomó realmente muy en serio? En otros términos: ¿tiene que hacerse creer al maestro que él debió ser más despreocupado para merecer una imputación menos grave?³⁹¹. Obviamente, la respuesta de Herzberg a estos interrogantes es negativa. En un caso como éste cabe a lo sumo una imputación por imprudencia, por más que el autor se haya tomado en serio el

³⁸⁹ STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewußte fahrlässigkeit* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

³⁹⁰ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁹¹ HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und Bewusster Fahrlässigkeit*. (Desestimar la intencionalidad y la negligencia intencional). JuS, München – Frankfurt. 1986.

peligro, y ello es así porque, según Herzberg, lo que decide si un suceso debe ser imputado como doloso o como imprudente no es una actitud interna del autor, sino ciertas características objetivas del peligro creado³⁹².

Para Puppe, todas las teorías de la actitud interna, cualquiera sea su formulación, premian una actitud, el desinterés frente a la integridad ajena; que difícilmente merezca recompensa, y castigan otra, el tomarse en serio esa integridad del prójimo; que difícilmente merezca reproche³⁹³.

Sobre estas críticas cabe observar que en principio puede trasladarse a este ámbito la defensa que esgrimen contra la crítica del castigo al escrupuloso los partidarios de la teoría de la posibilidad. Así como éstos sostienen que quien realmente es escrupuloso no actúa si percibe la posibilidad de que se realice un riesgo prohibido, y si actúa es porque en el momento exacto del hecho deja de percibir ese riesgo, así también puede argumentarse aquí que la persona realmente escrupulosa se abstiene de actuar si se toma en serio el peligro que puede derivarse de su acción, y que si no obstante actúa es porque, en el momento exacto del hecho, por algún motivo dejó de tomarse en serio ese peligro.

Al respecto, Jakobs afirma que situar la distinción entre dolo eventual y culpa en el objeto del conocimiento y no en la característica del conocimiento constituye una mera reformulación que conduce a resultados equivalentes. Jakobs, al considerar que la actitud interna en cuestión -el tomar en serio el peligro, etcétera- constituye un fenómeno volitivo, subestiman la importancia que tal actitud puede tener en el aspecto cognitivo, pues esa actitud puede impedir que el autor enjuicie correctamente la situación o provocar que se reprima un juicio cognitivo serio ya surgido. La inversa, en cambio, no vale; nadie que, en virtud de un juicio serio, se haya representado correctamente un riesgo puede, volitivamente, decidir acerca de él como le plazca; no tomándose en serio, por ejemplo³⁹⁴.

Estas dificultades ponen de manifiesto que hay dos problemas relevantes, y que ambos deben ser tenidos en cuenta por una propuesta adecuada de delimitación entre dolo e imprudencia; por un lado, la característica objetiva del peligro, y por el otro, lo que el autor

³⁹² HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und Bewusster Fahrlässigkeit*. (Desestimar la intencionalidad y la negligencia intencional). JuS, München – Frankfurt. 1986.

³⁹³ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

³⁹⁴ JAKOBS, Günther. *Der strafrechtliche handlungsbegriff*. (El termino de derecho penal). Beck, München. 1992

concluye subjetivamente acerca de ese peligro. La teoría del tomarse en serio el peligro atiende únicamente el último problema, y en ello estriba uno de sus déficits principales de esta teoría.

Al respecto se señala que lo que debe tomarse en cuenta, siempre, es la entidad real -objetiva- del peligro. Lo que el autor se representa al respecto, sea que su representación se corresponda o discrepe con la realidad, no tiene ningún valor como criterio decisor, pero sí como dato a enjuiciar desde un parámetro objetivo de racionalidad epistémica. En este sentido, se dice que la entidad real de un peligro se establece en base a criterios objetivos respecto, fundamentalmente, a su probabilidad de realización, para cuya estimación pueden intervenir datos o juicios empíricos específicos, por lo general estadísticos³⁹⁵.

4.2. Tesis de Roxin.

Roxin es uno de los principales representantes de la opinión dominante en la literatura. Materialmente, su desarrollo sigue muy de cerca la propuesta de delimitación entre dolo e imprudencia elaborada por Stratenwerth, pero con formulaciones propias. Acentúa su preferencia por un concepto normativo de dolo³⁹⁶. El principal interés de Roxin es precisar un adecuado concepto de dolo eventual, que permita una clara diferenciación con la llamada imprudencia consciente. Tal concepto consiste en denominar al dolo eventual como decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos. Para Roxin, éste no pretendía ni pretende ser más que un concepto específico de dolo eventual³⁹⁷.

Para Roxin, la forma básica del dolo es el dolo directo de primer grado (o intención, o propósito), y no el dolo eventual. Pues no considera adecuado que justamente aquella forma del dolo que más problemas de delimitación plantea, tenga que ser la decisiva también para los casos claros de dolo (dolo directo e indirecto, o dolo directo de primer y

³⁹⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

³⁹⁶ ROXIN, Claus. *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*. (Diferenciar entre intención condicional y negligencia deliberada). JuS. München. 1964

³⁹⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid (España), Civitas, 1997.

segundo grado). Esto no significa que Roxin renuncie a un concepto unitario de dolo, que él circunscribe a la noción de realización del plan del autor. Ello constituye, en su opinión, la esencia del dolo, pero también el criterio que permite una adecuada distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente³⁹⁸. Conforme a este criterio, un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. La imprudencia, en cambio, es sólo negligencia o ligereza. Según Roxin, el concepto de realización del plan tiene además la ventaja de que deja en claro que la forma más pura del dolo es la del dolo directo de primer grado (intención o propósito), pues es en tales casos cuando más evidente resulta que el autor incluye al resultado típico en su plan³⁹⁹.

En lo que respecta al concepto específico de dolo eventual, Roxin propone su conocida definición de decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos⁴⁰⁰. Para llegar a ella parte este autor del caso límite de la correa de cuero. Roxin confronta este caso con todas las teorías sobre el concepto de dolo eventual y su delimitación con la imprudencia propuestas hasta entonces, y su conclusión es que ninguna de esas teorías resulta idónea para lograr una solución satisfactoria según su punto de vista, esto es, una solución que permita imputarle dolo a los autores. Entiende Roxin que dichas teorías pueden dividirse en dos grupos principales, y que uno de esos grupos se acerca más que el otro a una solución adecuada del problema. El primer grupo estaría constituido por aquellas teorías que fundan el concepto de dolo eventual (y el de imprudencia consciente) en una actitud interna del autor con respecto al resultado (teorías del consentimiento, de la aprobación, etcétera); y el segundo, por aquellas que centran el concepto en la estimación que realiza el autor acerca del curso del suceso que prevé (teorías de la probabilidad, de la posibilidad, etcétera)⁴⁰¹.

³⁹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

³⁹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁰⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁰¹ ROXIN, Claus. *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*. (Diferenciar entre intención condicional y negligencia deliberada). JuS. München. 1964

Roxin rechaza a las teorías del primer grupo; según su opinión, el derecho penal se orienta fundamentalmente en función de la protección de bienes jurídicos. Por tanto, a aquél no puede interesarle en primer término evitar que se dañe un bien jurídico en virtud de una especial actitud interna censurable; antes bien debe evitarse que ese daño simplemente se produzca. De allí que, para Roxin, lo que fundamentalmente diferencia la culpabilidad dolosa de la imprudente es si el autor, sin que interesen sus sentimientos, esperanzas o deseos, se ha decidido o no a favor de una posible realización del tipo. Las diferencias en el plano del ánimo del autor no repercuten en el dolo, sino a lo sumo en la determinación de la pena⁴⁰².

A las teorías del segundo grupo, en cambio, Roxin las considera más cercanas a su punto de vista. Pues, según él, para decidir si el comportamiento del autor refleja una decisión a favor de la violación del bien jurídico, es necesario saber cómo él ha estimado que se desenvolverá el suceso que se representó⁴⁰³. Ello, tal como ha sido indicado por Puppe, implica aceptar una cierta objetivación y hasta normativización en el concepto de dolo, pues no es el autor sino el derecho el que decidirá, conforme a la representación concreta del sujeto, si éste se ha decidido o no a favor de la lesión del bien jurídico⁴⁰⁴.

Este aspecto normativo es puesto de manifiesto por el propio Roxin cuando afirma que el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos⁴⁰⁵.

Roxin entiende que con el concepto de dolo eventual y la consiguiente delimitación material entre dolo e imprudencia por él propuestos se consigue solucionar acertadamente, en favor del dolo, el caso de la correa de cuero, pues los sujetos no actuaron de manera descuidada e irreflexiva, sino que se dieron perfecta cuenta de que su actuación podría conducir fácilmente a la muerte de M -la víctima-, y precisamente por eso renunciaron a ese plan. Cuando después, al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original, se

⁴⁰² ROXIN, Claus. *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*. (Diferenciar entre intención condicional y negligencia deliberada). JuS. München. 1964

⁴⁰³ ROXIN, Claus. *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*. (Diferenciar entre intención condicional y negligencia deliberada). JuS. München. 1964

⁴⁰⁴ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

⁴⁰⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

arriesgaron conscientemente a la muerte de M, por muy desagradable que les resultara tal consecuencia. Incluyeron en su cálculo la, eventual, muerte de la víctima, la hicieron parte integrante de su plan y, en esa medida, la quisieron⁴⁰⁶.

Por otra parte, Roxin se ocupa de despejar toda duda en el sentido de que su concepción no difiere en absoluto de la que caracteriza al dolo eventual con el criterio del tomarse en serio la realización del tipo. Así, admite que se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo⁴⁰⁷. Seguidamente, Roxin resalta que locuciones como tomarse en serio, resignarse a, etcétera, no son definiciones conceptuales de dolo eventual. Se trata de expresiones que se emplean con fines de delimitación respecto de la imprudencia consciente. Tales expresiones, según Roxin, a lo sumo hacen referencia a indicios de los cuales puede inferirse la presencia de dolo eventual, esto es, la presencia de una decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos⁴⁰⁸.

Afirma Roxin que tanto el criterio de Puppe, del peligro de dolo, como el suyo de la decisión a favor de la lesión del bien jurídico son, parámetros normativos que conducen a la afirmación del dolo en los casos de evidente mayor culpabilidad⁴⁰⁹.

No obstante, ello recalca Roxin que la diferencia central entre un parámetro y otro reside en que el propuesto por Puppe toma en cuenta un único elemento del suceso para conceptualizar el dolo y delimitarlo de la imprudencia, a saber: la entidad de la peligrosidad de la conducta reconocida por el autor. Su teoría de la decisión, en cambio, tiene, según su

⁷⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁰⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁰⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴⁰⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

opinión, la virtud de que toma en cuenta la totalidad del suceso como objeto de valoración para determinar si aquél puede ser interpretado como una decisión a favor de la lesión del bien jurídico⁴¹⁰.

Roxin entiende que tesis como las de Puppe forman parte de un normativismo cognitivo, mientras que la de él mismo ha de integrar un normativismo volitivo⁴¹¹.

4.2.1. Crítica.

Se dice que resulta adecuado no identificar al dolo con la mera realización de un plan delictivo, o con la mera decisión a favor de la lesión de bienes jurídicos, sino, en todo caso, con la realización de un plan delictivo racional, es decir, con la decisión racional a favor de la lesión de bienes jurídicos. Planes delictivos irracionales, no pueden constituir ni el fundamento del dolo ni de punibilidad alguna. Así, se afirma que es perfectamente posible, en contra de lo que afirma Roxin, que quien tenga la intención de realizar un peligro por él creado conscientemente pueda ser punible a lo sumo a título de imprudencia, si esa intención resulta epistémicamente irracional⁴¹².

Otra de las críticas que se hace, respecto de esta teoría, al igual que la teoría del consentimiento, es que se objeta la manera arbitraria con que ella amplía el concepto psicológico de voluntad o de querer, para poder aplicarlo también a los casos en los que resulta evidente que el autor no quiso, en sentido estricto, una determinada consecuencia⁴¹³. En efecto, para Roxin existe, por un lado, un núcleo duro del concepto de decisión, que es el que se aplica cuando el autor, desde un punto de vista estrictamente psicológico, se ha decidido realmente a favor de la lesión de un bien jurídico (casos de dolo

⁴¹⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴¹¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

⁴¹² PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

⁴¹³ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

directo de primer grado); y, por el otro, una suerte de área periférica de ese concepto, que es la que se aplica en los casos en que esa decisión psíquica está ausente⁴¹⁴.

Para fundamentar ello, Roxin afirma que, en el ámbito del dolo eventual, el concepto de decisión se normativiza, y que por tanto no depende de la existencia fáctica de una auténtica decisión (psíquica) de parte del sujeto; así, concluye que en tales casos el autor se ha decidido eventualmente a favor de la lesión del bien jurídico; de modo similar, la teoría del consentimiento sostenía que en dichos casos el autor había querido eventualmente el resultado, o que el resultado era co-querido para el autor⁴¹⁵.

Otra observación al respecto, es que la terminología utilizada por Roxin para describir su teoría -el decidirse a favor de la lesión de bienes jurídicos-, resalta que el sujeto tiene que estar de acuerdo con la violación del bien jurídico, tiene que aprobarlo o consentirlo, y ello acerca considerablemente esta fórmula a las que se emplean dentro del marco de la teoría de la aprobación o del consentimiento.

4.3. Tesis Similares.

La tesis del tomarse en serio el peligro representado tuvo muchos adeptos, y fue utilizada por muchos autores para trazar una diferencia conceptual entre el dolo eventual y la culpa consciente.

4.3.1. Rudolphi.

Este autor sostiene una tesis ecléctica que combina los criterios expuestos de Roxin y Stratenwerth. Al igual que Roxin, parte de un concepto genérico de dolo, que coincide prácticamente con el concepto que brinda de dolo eventual, con lo cual confirma, que este último constituye el dolo básico. Así, afirma Rudolphi que el concepto de dolo no es puramente ontológico, sino que, para la determinación de su contenido y de sus límites, resulta decisivo el punto de vista valorativo de la decisión a favor de la realización del tipo.

⁴¹⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

⁴¹⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Conforme a ello, define al dolo como la decisión del autor a favor de la ejecución de una acción que realiza el ilícito típico de un delito determinado, formulación que entiende es compatible con la definición tradicional del dolo como conocer y querer la realización del tipo⁴¹⁶.

Por su parte, respecto del dolo eventual sostiene Rudolphi que, en concordancia con el concepto genérico de dolo, sólo es decisivo si el autor se ha decidido por la posible lesión del bien jurídico, pero no por qué motivos él ha hecho ello, y por eso rechaza teorías que prestan atención a esos motivos, como la de la indiferencia de Engisch o la de la aprobación o del consentimiento aplicada por la jurisprudencia alemana. Sostiene en consecuencia que, en el dolo eventual, existe una decisión a favor de la posible lesión del bien jurídico sólo si el autor, de hecho, toma en serio la posibilidad de la lesión del bien jurídico, es decir, si cuenta y se conforma con ella⁴¹⁷. Puede decirse que este eclecticismo es la nota que caracteriza a la doctrina dominante, cabalmente representada en esta definición.

4.3.2. Jescheck – Weigend.

Según estos autores, las importantes diferencias existentes entre las distintas formas de dolo obligan a renunciar a una definición general de esta categoría. Para ellos basta con definir cada forma de dolo por separado. Sin perjuicio de esto, entienden que lo único que puede decirse con carácter general es que el dolo, en cualquiera de sus formas, requiere siempre tanto un elemento cognitivo como uno volitivo, y en tal sentido aprueban, más allá de considerarla poco precisa, la definición tradicional de dolo como querer y saber la realización del tipo⁴¹⁸.

En cuanto al dolo eventual, Jescheck y Weigend sostienen que debe afirmarse cuando el autor tiene seriamente por posible la realización del tipo legal y se conforma con

⁴¹⁶ RUDOLPHI, Hans. *Systematischer kommentar zum Strafgesetzbuch*. (Comentarios sistemáticos del Derecho Penal). Luchterhand, Berlín. 2000.

⁴¹⁷ RUDOLPHI, Hans. *Systematischer kommentar zum Strafgesetzbuch*. (Comentarios sistemáticos del Derecho Penal). Luchterhand, Berlín. 2000.

⁴¹⁸ JESCHECK, Hans – WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Libro de derecho penal parte general). Duncker y Humblot, Berlín. 1996.

ella⁴¹⁹. Afirman también que el contenido de ilícito del dolo eventual es menor que el de las otras dos formas de dolo, pues en el primero el autor no se propone realizar el resultado ni lo tiene por seguro, sino sólo por posible⁴²⁰. Pero, según estos autores, el contenido de culpabilidad es el mismo en todas las formas de dolo, y ello explica el igual tratamiento que da la ley a las tres formas. En el dolo eventual, el contenido de culpabilidad es equiparable al del dolo directo de primer y segundo grado porque el autor manifiesta una escasa valoración del bien jurídico protegido⁴²¹.

Jescheck y Weigend intentan precisar el contenido del requisito del tomar en serio. En tal sentido, sostienen que tomar en serio el peligro significa que el autor estima que el riesgo de la realización del tipo es relativamente alto. Desde el punto de vista cognitivo, esto quiere decir que el autor debe haber conocido la entidad y la proximidad del peligro, y, desde el punto de vista volitivo, ello significa que el autor se conforma con la realización del tipo. En los resultados, esto implica sostener una teoría de la probabilidad (estimar que la posibilidad de realización del peligro es relativamente alta) con el agregado de un requisito emocional (conformarse con esa realización del peligro). Aquí vuelve a quedar de manifiesto hasta qué punto la tesis de la doctrina mayoritaria está emparentada con la teoría de la probabilidad⁴²².

5. Críticas a las teorías de la actitud interna.

Puppe, al igual que muchos otros autores hace hincapié en la falta de precisión de todas estas formulaciones, lo cual, según su punto de vista, ha conducido a una intensa discusión terminológica que no ha aportado ninguna claridad en orden a construir un concepto de dolo conceptualmente plausible y prácticamente aplicable. Tal falta de claridad ha hecho decir a Puppe que estas teorías de la actitud interna se basan en un concepto

⁴¹⁹ JESCHECK, Hans – WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Libro de derecho penal parte general). Duncker y Humblot, Berlin. 1996.

⁴²⁰ JESCHECK, Hans – WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Libro de derecho penal parte general). Duncker y Humblot, Berlin. 1996.

⁴²¹ JESCHECK, Hans – WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Libro de derecho penal parte general). Duncker y Humblot, Berlin. 1996.

⁴²² JESCHECK, Hans – WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Libro de derecho penal parte general). Duncker y Humblot, Berlin. 1996.

vacío de dolo, que se presta a toda clase de manipulación, y ello sería contrario a un Estado de derecho⁴²³.

Se señala que la mencionada imprecisión y la posibilidad de manipulación que conlleva sea presentada como contraria al Estado de derecho. Pero lo cierto es que esa imprecisión (que, para evitar connotaciones negativas, bien podría señalarse como el carácter necesariamente abierto del concepto de dolo) por lo general es aprovechada por la jurisprudencia alemana para evitar imputaciones dolosas, es decir, es empleada en beneficio del autor⁴²⁴.

⁴²³ PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

⁴²⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

CAPÍTULO 5: Teorías de carácter Procesal.

Joachim Hruschka dio un nuevo impulso en Alemania a la concepción que caracterizara el punto de vista de los postglosadores y de la doctrina del *dolus indirectus*, según la cual la discusión acerca del concepto de dolo no puede dejar de considerar lo relativo a la problemática de su prueba en el proceso penal.

En esta dirección Hruschka y Hassemer, toman como punto de partida de sus reflexiones ciertas dificultades probatorias, supuestamente características propias del dolo. Pero la solución que proponen pretende trascender el ámbito procesal y tener repercusiones directas en el concepto mismo de dolo.

Por otro lado, un sector de la doctrina no le preocupa la cuestión del concepto de dolo, sino, únicamente, cómo éste puede ser comprobado en la *praxis*, en virtud de dificultades surgidas de su supuesto carácter interno o psicológico. Una de las tesis más citadas en este punto es la de Ragués i Vallés.

En otro sentido, algunos autores sostienen que no es posible brindar un concepto adecuado de dolo si sus características definitorias resultan sesgadas a uno o dos elementos; sólo conocimiento, o conocimiento y voluntad, etcétera. Según esta opinión, otros datos psíquicos como la indiferencia frente a la posibilidad de realización del tipo, el representarse a ésta como probable, etcétera, son igualmente esenciales para lograr una correcta conceptualización. Sus definiciones de dolo pueden ser caracterizadas, por tanto, como integradoras o acumulativas, otorgándole idéntica importancia definitoria a distintos elementos, sean éstos de carácter cognitivo o volitivo, y más allá de los matices que acerquen a las distintas tesis más a criterios materiales o procesales⁴²⁵.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Prittwitz y Philipps elaboran propuestas con esta orientación que tienen mucho en común, sobre todo el especial empeño que ponen ambos en señalar dos cosas; en primer lugar, que todos los criterios propuestos por las distintas teorías sobre el dolo eventual son útiles, por lo que no puede centrarse toda la atención en uno solo de ellos, tal como cada una de ellas de hecho procede. Y, en segundo

⁴²⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

lugar, que los datos psíquicos o físicos en los que cada una de esas teorías centra su explicación no son más que indicadores o indicios idóneos para la prueba del dolo, no para su caracterización conceptual.

1. La tesis de Hruschka.

Este autor comienza su exposición señalando que la doctrina procesal dominante entiende que el dolo es un hecho, o bien un conglomerado de hechos. Hruschka aclara que es cierto que esa doctrina estándar distingue la clase de hecho que sería el dolo, a la que denomina clase de los hechos internos, de los hechos externos o perceptibles mediante los sentidos; pero señala que, de todas formas, los considera hechos y procesalmente los trata como tales⁴²⁶.

Hruschka expresa que esa misma doctrina procesal, entiende que tanto el elemento volitivo como el cognitivo son partes integrantes del dolo, y a ambos les confiere el mismo rango de importancia. Con ello, sostiene Hruschka, esta forma de ver las cosas no advierte que entre el elemento cognitivo y el volitivo existe una relación de dependencia, y ciertamente de dependencia del segundo respecto del primero⁴²⁷.

Se trata, a juicio de Hruschka, de una relación de implicación; quien conoce y realiza lo que conoce, quiere lo que conoce. Y para demostrarlo pone Hruschka el siguiente ejemplo: supóngase que un acusado por homicidio declare en el proceso que sabía que disparaba con su arma de fuego contra X, y sabía que ese disparo sería mortal, pero no quería matar a X. Ningún juez, dice Hruschka, aceptaría semejante defensa, y no tanto porque no le crea al acusado -por cuestiones de valoración de la prueba-, sino antes bien porque sería absurdo creer semejante cosa -por razones conceptuales-⁴²⁸.

Con esto Hruschka enfatiza que esa relación de implicación no es relevante sólo para la prueba del dolo, sino que ella, antes bien, tiene carácter ya de teoría de la acción.

⁴²⁶ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

⁴²⁷ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

⁴²⁸ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

Ella repercute no sólo en el proceso, sino ya en la determinación del concepto de dolo. De allí que su formulación no sea propia de la doctrina jurídico-procesal, sino que ella es ya un cometido de la ciencia que se ocupa de las teorías generales del derecho penal material⁴²⁹.

Para Hruschka queda claro que el conocimiento del autor respecto de la aptitud delictual de su acción se apoya en la totalidad de las circunstancias externas del caso, y que ello es tenido asimismo como una justificación suficiente⁴³⁰.

Es también ilustrativa la información de Hruschka en el sentido de que este método para la prueba del dolo llegó a ser postulado como una clase particular de dolo, que tuvo incluso su propio nombre; *dolus ex re*.

De acuerdo con tales preceptos o prácticas generales, probado un hecho externo, debe tenerse forzosamente por probado también un hecho interno; es decir, el dolo del autor, sin que interesen las características particulares del caso. Así, lo que quita legitimidad a las presunciones de dolo es que, si bien es cierto que ellas se basan en aquello que en general resulta normal, necesario o probable, nada impide que puedan ser refutadas por las circunstancias y características particulares del caso concreto. Sin embargo, esta posibilidad de refutación es prohibida, *a priori*, por la presunción legal o jurisprudencial⁴³¹.

Ahora bien, la técnica del *dolus ex re* no ha permanecido libre de objeciones. Hasta hoy, dice Hruschka, es posible encontrar autores que sostienen que, en definitiva, las circunstancias externas del caso, e incluso la propia confesión del acusado (que bien puede ser falsa), no serían más que indicios parciales con relación al hecho del dolo, y que resulta cuanto menos dudoso que de un conjunto de indicios parciales pueda inferirse la existencia del hecho a probar. De allí que se haya llegado incluso a defender la tesis de que el dolo,

⁴²⁹ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

⁴³⁰ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

⁴³¹ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

por razones de principio o conceptuales, esto es, por ser un fenómeno espiritual, simplemente no puede probarse, no es accesible a prueba alguna⁴³².

Todo esto, sostiene Hruschka, es consecuencia de partir de una errónea presuposición; la de que tanto el dolo como sus elementos o componentes son hechos. Por tanto, sostiene Hruschka que no debe continuar considerándose hechos a tales términos, ni continuar invocándose la idea de que se trata de una clase especial de hechos, de hechos internos o algo por el estilo⁴³³.

Hruschka sostiene que el dolo no se constata o se prueba, sino que se imputa. Cuando decimos que alguien ha actuado dolosamente no realizamos un juicio descriptivo, sino un juicio adscripto. Esto, aclara Hruschka, había sido visto por los partidarios del *dolus ex re*, sólo que éstos cometieron el error de creer que, a partir de hechos externos, podían constatarse hechos internos. En estricto sentido, según Hruschka, los llamados hechos externos permiten atribuir o imputar dolo a un autor, y no constatar un hecho de dolo. Y este juicio adscriptivo o de imputación no es de ninguna manera arbitrario. No sólo no se trata de una arbitrariedad, sino, en principio, de la única posibilidad de imputar un dolo jurídico-penalmente relevante a partir de la totalidad de las circunstancias externas⁴³⁴.

1.1. Crítica.

Se considera que Hruschka comete un error que consiste en señalar que el conocimiento no es un hecho, lo cual, a su vez, es consecuencia del error teórico previo de identificar dolo -un concepto normativo- con conocimiento -un concepto empírico-⁴³⁵.

Asimismo, se sostiene que no es correcta la tesis de Hruschka en el sentido de que el conocimiento no es un hecho y que, por lo tanto, no debe constatarse sino imputarse;

⁴³² HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

⁴³³ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

⁴³⁴ HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

⁴³⁵ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

como así también, que falta mucha precisión en Hruschka respecto a lo que el dolo es. Su identificación dolo=conocimiento muestra de manera notoria este defecto⁴³⁶.

2. La tesis de Hassemer.

Para Hassemer, la cuestión del concepto de dolo y de su distinción con la imprudencia es estrictamente normativa, y, en consecuencia, su estudio parte de la determinación de la *ratio* del mayor castigo del delito doloso frente al imprudente. Lo que se considera doloso o como todavía culposos sólo puede decidirse en función de la *ratio*, por la que se sanciona con mayor énfasis al dolo. Hassemer adhiere, por tanto, a la tendencia normativo-teleológica seguida sobre todo por doctrinarios como Frisch y Roxin⁴³⁷.

Hassemer sostiene que, si se parte de la consideración de la *ratio* señalada, son correctas aquellas concepciones que afirman que el dolo, conceptualmente, consiste en la decisión a favor de la lesión del bien jurídico, decisión contra el bien jurídico bajo un punto de vista estrictamente personal, asunción de las circunstancias del hecho constitutivas del injusto, y otras similares. Pues estas definiciones, por un lado, concuerdan con la lógica normativa de una incriminación más severa del dolo, y, por el otro, renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo. Quien se decide a favor de la lesión del bien jurídico viola de manera más grave e intensa a la norma que obliga a respetar ese bien⁴³⁸.

Hassemer entiende que este punto de partida normativo no debe hacer perder de vista algo que él considera fundamental, que el dolo caracteriza fenómenos internos del individuo, que se refieren al acontecer externo; el sustrato del dolo sólo puede residir en la voluntad y la representación de la persona y no en aquello que es externo a él. En este

⁴³⁶ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

⁴³⁷ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

⁴³⁸ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

orden de ideas, los elementos volitivos son, para Hassemer, indispensables para caracterizar el dolo⁴³⁹.

Según este autor, la representación constituye sólo una condición necesaria, pero no suficiente del dolo, incluso en el caso del dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias. Según este punto de vista, los elementos volitivos son irrenunciables en la dogmática del dolo, porque precisamente en virtud de la mayor gravedad de su incriminación es necesario que el sujeto no sólo posea una determinada información; él debe, además, aceptar esa información, admitirla, es decir, quererla; una decisión a favor del hecho injusto⁴⁴⁰.

Si está claro que el dolo es un fenómeno interno, subjetivo, entonces, dice Hassemer, es evidente que no puede ser descripto como si se tratara de un hecho observable. Más bien corresponde acercarse a él de una manera indirecta, operacionalmente, como sucede con todo concepto o predicado disposicional. Para Hassemer, en efecto, el dolo es una disposición, en el sentido que le da a este vocablo la filosofía de la ciencia⁴⁴¹.

Sostiene Hassemer, que el dolo, como decisión a favor de la lesión del bien jurídico, como asunción personal del injusto típico, sólo se puede inferir a través de indicadores que cumplan las condiciones citadas. Sin estos indicadores no podemos saber nada sobre el dolo, ni sobre su fundamentación ni sobre su exclusión. En lo que respecta a la relación entre indicadores y concepto, Hassemer expresa que no es correcto, a la hora de diferenciar los presupuestos conceptuales del dolo por una parte, de la prueba de su existencia en el proceso penal por otra, plantear a los indicadores del dolo como problema exclusivamente procesal. Estos no se pueden separar del concepto de dolo porque sólo ellos lo hacen aplicable; los indicadores pertenecen al concepto⁴⁴².

⁴³⁹ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

⁴⁴⁰ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

⁴⁴¹ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

⁴⁴² HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

Finalmente, Hassemer intenta esbozar un catálogo de indicadores, insistiendo sobre todo en que resulta erróneo representar el dolo sólo a través de un único indicador, y que por tanto tal catálogo debe ser diferenciado y complejo, conformado tanto por elementos volitivos como cognitivos. Deja en claro, a su vez, que ese catálogo ha de ser necesariamente abierto y dependiente de las características de cada caso; no se puede garantizar. Un catálogo cerrado de indicadores del que, siguiéndose un procedimiento mecánico de subsunción, el dolo se infiera a ciegas⁴⁴³.

Para aproximarse a la elaboración de ese catálogo entiende Hassemer que es útil tomar en cuenta las distintas teorías elaboradas por la doctrina en torno al problema de la delimitación entre dolo e imprudencia, pues ellas, tras sus respectivos revestimientos lingüísticos tienen en mira un mismo concepto de dolo, sobre cuya esencia, según Hassemer, existe general acuerdo, y por tanto pueden complementarse entre sí en la tarea de hallar indicadores relevantes⁴⁴⁴.

Hassemer concluye su exposición manifestando que el dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición -de carácter subjetivo-, un hecho interno no observable. Por consiguiente, solo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la ratio de la penalidad del dolo y se encuentran en tres niveles, los cuales derivan uno del otro: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa. El primero puede probarse mediante datos observables, los dos últimos, en cambio, no; éstos deben inferirse de los respectivos indicadores. Así, por ejemplo, respecto del nivel cognitivo, la representación del agente puede inferirse de su visibilidad, y ésta a su vez de su proximidad con el objeto; o bien de su capacidad de percepción, y ésta a su vez de sus hábitos. Lo importante, recalca, es que los indicadores se infieren de la *ratio* de la penalidad del dolo, y que, repartidos en esos tres niveles, derivan uno del otro⁴⁴⁵.

⁴⁴³ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Dercho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

⁴⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Dercho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

⁴⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Dercho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

Para Hassemer, el dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas del dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición - de carácter subjetivo-, un hecho interno no observable. Por consiguiente, sólo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización⁴⁴⁶.

2.1. Crítica.

Se le reprocha a este auto que trate a la imprudencia como un estado mental, como una disposición, justamente a aquella categoría respecto de la cual existe consenso en la doctrina en el sentido de que no es un dato psíquico, sino un concepto normativo.

Por otro lado, dado que Hassemer entiende que el dolo, conceptualmente, es decisión a favor de la lesión del bien jurídico o asunción personal del injusto típico, queda claro que le son aplicables todas las críticas realizadas ya en contra de estas caracterizaciones⁴⁴⁷.

Y, finalmente, se sostiene que, también debe criticarse la concepción de Hassemer, que en alguna medida caracteriza a toda esta tendencia preocupada por acentuar el aspecto procesal, según la cual los indicadores pertenecen al concepto de dolo. Es decir, que la verdad es que no resulta en absoluto clara la idea de que un indicador empírico - esto es un hecho- pertenezca a un concepto; la relación entre hecho y concepto sólo puede ser de subsunción, no de pertenencia. El concepto de dolo tiene que servir de marco teórico para determinar cuáles son los datos empíricos relevantes, y eso es todo. Cualquier otra relación que se pretenda entre concepto y dato empírico será absurda o trivial⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ HASSEMER, Winfried. *Los elementos característicos del dolo*. En anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP. Madrid, 1990.

⁴⁴⁷ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

⁴⁴⁸ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

3. La tesis de Ragués i Vallès.

Ragués i Vallès comienza manifestando que más allá de las diferentes conceptualizaciones del dolo, lo cierto es que existe un consenso fundamental en la doctrina con respecto al concepto de dolo, consenso que no desaparece ante las evidentes discrepancias terminológicas o incluso de detalle. Según ese consenso, existe dolo cuando el sujeto ha actuado pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal. En consecuencia, nada aporta al concepto de dolo un pretendido elemento volitivo. Este autor destaca que en lo que existe también acuerdo es en afirmar que para el dolo no basta la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino que el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo⁴⁴⁹.

Ragués i Vallès argumenta en forma sólida su posición contraria a la concepción psicológica, desde el punto de vista de su viabilidad procesal. Al exigir del dolo que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica es lo que permite a Ragués i Vallès plantearse cómo se prueba ello en un proceso penal. Se trata del problema de la determinación del dolo. Es decir; cómo puede establecerse qué es exactamente lo que un sujeto ha conocido o se ha representado en el momento de realización de un hecho objetivamente típico. A su juicio son dos las posturas que intentan responder este interrogante: por un lado, la que él denomina concepción psicológica, y por el otro, la concepción normativa. La primera de ellas considera al conocimiento como un suceso psíquico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal. La segunda entiende que la afirmación del dolo no depende de la constatación empírica de una realidad psicológica, es decir, tal afirmación no constituye un juicio descriptivo, sino un juicio adscriptivo, es decir, un juicio de imputación normativa de un sentido social inequívoco a una conducta cuyos rasgos objetivos se encuentran acreditados en el proceso. Por cuanto, según esta concepción, una vez probados ciertos hechos (plena imputabilidad, transmisión de conocimientos, exteriorización de conocimientos, etc.), bajo determinadas circunstancias es preciso realizar la imputación de dolo. Cuando los tribunales o jueces afirman que alguien ha conocido algo no hacen otra cosa que atribuir dicho conocimiento al sujeto en virtud de

⁴⁴⁹ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

determinados criterios que no pueden, o ni siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de su subjetividad en el momento de realización del hecho típico. Para Ragués i Vallès, ambas concepciones cargan en su cuenta con importantes dificultades, fundamentalmente de aplicabilidad (la psicológica) y de legitimación (la normativa).

Sostiene, en este sentido, que a la primera de ellas se le reprocha no poder mostrar de modo convincente cuáles son los medios que hacen posible la reconstrucción, dentro de lo posible, de un estado psíquico pretérito. Y la segunda debe legitimar la utilización de criterios de atribución subjetiva que renuncian explícitamente a la auténtica subjetividad del autor.

Ragués i Vallès se alinea, claramente, en la segunda de estas concepciones, considerada por él como normativa. Y se propone, en consecuencia, superar sus principales dificultades, resumidas en el párrafo anterior. Este autor postula al sentido social como criterio de determinación del concepto exigido por el dolo. Asimismo, expresa que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal⁴⁵⁰.

Aclara, de todas formas, que, así formulado, el criterio es, por un lado, demasiado vago, por lo que él debe concretizarse en reglas más específicas que permitan afirmar con seguridad ante un determinado supuesto si éste se considera realizado de modo consciente. Y además que, por otro lado, no permite neutralizar suficientemente la principal objeción de legitimación que tal criterio, formulado con ese nivel de generalidad, merecería, a saber; que impida todo riesgo de instrumentalización del imputado, quien, con base en este criterio del sentido social y para generar ciertos efectos en la sociedad podría ser condenado penalmente por un hecho doloso sin que pueda garantizarse que los criterios que la sociedad emplea para decidir cuándo un hecho ha sido realizado conscientemente vayan siempre a coincidir con los que han sido auténticos conocimientos del sujeto⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁵¹ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

Para Ragués i Vallès, lo que debe procurarse en orden a evitar este déficit de legitimación del criterio en cuestión es reducir al máximo el riesgo de instrumentalización que se asume en toda imputación de conocimientos basada en el sentido social como criterio de determinación del dolo. Y ello a su modo de ver, se logra en la medida en que pueda decirse que resulta inequívoco que la conducta ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos. De allí que el autor precise su punto de vista definiéndolo como el inequívoco sentido social como criterio para la atribución del conocimiento en que se fundamenta el dolo. Admite que un remanente de riesgo de instrumentalización del individuo es siempre posible aun con esta exigencia de inequívocabilidad, pero enfatiza que, si los individuos aspiran a que el derecho penal los proteja de algún modo, deben asumir el riesgo de que alguna vez se los pueda condenar aun sobre la base de hechos no acaecidos. Y ello implica que la protección constitucional de la dignidad de la persona no puede interpretarse de tal modo que haga ineficaz la acción del sistema punitivo del Estado, pese a los riesgos que ésta implica⁴⁵².

Así precisado, entiende Ragués i Vallès que su criterio tiene al menos la virtud de garantizar una igualdad de trato a todos los sujetos, y de minimizar el mencionado riesgo de instrumentalización, pues sólo se lo aplica a los supuestos en que se juzga inequívoca su concurrencia⁴⁵³.

Otra dificultad principal de la concepción a la que adhiere este autor, también reconocida por él, es el de la vaguedad del criterio que propone. Su esfuerzo se centra, entonces, en establecer una serie de reglas básicas de atribución de conocimiento que concreten el criterio, faciliten la tarea del operador jurídico y la hagan, a su vez, previsible. Aquí desarrolla, entonces, una serie de reglas para la determinación del dolo⁴⁵⁴.

Para Ragués i Vallés, en lo que respecta al ámbito de la determinación del dolo no se trata de llevar a cabo una averiguación empírica de ciertos fenómenos psíquicos. Estos fenómenos se hallan ocultos en las infranqueables profundidades del intelecto humano y no existen actualmente métodos científicos o de otra índole que permitan su plena constatación. De lo que se trata, según Ragués i Vallès, es de establecer reglas a partir de

⁴⁵² RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁵³ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁵⁴ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

las cuales pueda atribuirse a una persona que, al momento del hecho punible, poseía un conocimiento determinado⁴⁵⁵.

Ragués i Vallès se pregunta si tales reglas tienen naturaleza procesal o conceptual, esto es, si deberían tomarse ya en cuenta al enunciarse el propio concepto de dolo. El autor deja en claro, ante todo, que el dolo es, en su núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias. Pero como tal conocimiento, según su punto de vista, no se constata empíricamente, sino que se adscribe a partir de reglas de atribución, subsiste la pregunta señalada, acerca de si tales reglas forman parte entonces ya del concepto de dolo o tienen pura naturaleza procesal. Si se entiende esto último, entonces el dolo se define, conceptualmente, como conocimiento, sin más, y las reglas en cuestión se emplean sólo para su prueba o determinación, son puramente procesales. Si, en cambio, se considera que estas reglas tienen también naturaleza material, entonces el dolo se define como conocimiento determinado a partir del sentido social de un hecho. No, sin admitir que ambas posibilidades resultan en principio plausibles, y que en definitiva la opción por una u otra depende ante todo del interés de quien las emplea. El autor se inclina por la primera de ellas; tales reglas, sin perjuicio de que influyan ya en el concepto de dolo de alguna manera, son claramente procesales. En efecto, a juicio de Ragués i Vallès, estas reglas de atribución de conocimiento derivan del inequívoco sentido social de la conducta del sujeto y se asemejan estructuralmente a las llamadas reglas de experiencia, empleadas procesalmente para la valoración de la prueba y a partir de las cuales, como es sabido, puede darse por probado un hecho en una sentencia, y en tal sentido la aplicación de tales reglas sería revisable en casación, según la estructura tradicional de este recurso⁴⁵⁶.

Con ese marco conceptual y metodológico, Ragués i Vallès elabora entonces sus reglas de atribución de conocimiento; ellas son:

Conocimientos mínimos. Es decir, los que corresponden a cualquier sujeto imputable (conocimientos mínimos en sentido estricto), o bien a cualquier sujeto imputable como una socialización no exótica (conocimientos mínimos en sentido amplio). Este criterio de los conocimientos mínimos permite, según Ragués i Vallès, superar la problemática de las ausencias irracionales de representación, pues con base en él lo que se determina es

⁴⁵⁵ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁵⁶ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

que, si se es imputable, tales representaciones se tienen, y si no se tienen es porque se es inimputable⁴⁵⁷.

Transmisiones previas de conocimientos; en cuanto se hallan suficientemente acreditadas y tanto la importancia de los conocimientos como la proximidad de la transmisión excluyen la posibilidad de un olvido socialmente comprensible⁴⁵⁸.

Exteriorización del propio conocimiento. Siempre y cuando sea anterior o coetánea al hecho, y solo cuando perjudica al autor en caso de que se trate de exteriorizaciones posteriores al hecho. Si el propio sujeto exterioriza que conoce algo, sea a través de declaraciones explícitas, sea a través de actos concluyentes, se le atribuye poseer dicho conocimiento⁴⁵⁹.

Características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos. Si el sujeto ejerce una determinada profesión, procede de un determinado lugar, tiene un determinado nivel cultural, etcétera, entonces posee los conocimientos que hacen posibles tales características personales. El principio básico reza que sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características⁴⁶⁰.

4. Teorías integradoras.

4.1. La tesis de Prittwitz.

Para este autor, cualquier toma de posición acerca del problema del concepto de dolo eventual y de su delimitación con la imprudencia debe ocuparse forzosamente de dos cuestiones fundamentales; por un lado, tiene que determinar, ciertamente, en qué reside el núcleo conceptual en que se funda la delimitación y, dentro de ello, qué papel le

⁴⁵⁷ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁵⁸ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁵⁹ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

⁴⁶⁰ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1999.

corresponde al llamado elemento volitivo; pero además debe establecer, por otro lado, si el dolo es algo a ser probado o si él debe serle imputado al autor⁴⁶¹.

Con respecto a la primera cuestión, Prittwitz deja en claro que, en su opinión, no puede renunciarse al llamado elemento volitivo para poder distinguir entre dolo eventual e imprudencia consciente, pero precisa que dicha volición no consiste en un querer o consentir en el sentido usual de estas palabras, sino, antes bien, en una determinada actitud -interna- respecto de la realización típica. De allí que, en lo que se refiere al aspecto estrictamente conceptual, Prittwitz coincide con la posición mayoritaria en la literatura⁴⁶².

Respecto a la segunda cuestión, Prittwitz no comparte aquellas concepciones minoritarias según las cuales el dolo no se constata, sino que se imputa al autor. Para Prittwitz es posible constatar, con la ayuda de peritos expertos en psicología, si una persona, al momento del hecho, conocía las circunstancias fácticas relevantes de un tipo pena.

Ahora bien, Prittwitz manifiesta que las dificultades probatorias relativas a los elementos subjetivos del hecho no deben ser negadas o esquivadas, sino, antes bien y, por el contrario, integradas a una correcta definición material del dolo. Y para llevar adelante con éxito ese intento de integración entiende que es necesario apoyarse en los criterios que cada una de las diferentes teorías de delimitación ha presentado para la distinción entre ambas categorías. Pues, a su modo de ver, casi todas las teorías sobre el dolo eventual tienen su mérito, en tanto se considere que ellas presentan no un criterio conceptual excluyente, sino un indicio relevante para la prueba del dolo. Y lo correcto, según Prittwitz, es valorar a todas esas teorías conjuntamente, pues es obvio que de un único indicio no podrá extraerse ninguna conclusión válida respecto a la existencia o inexistencia de dolo. Por eso, insiste este autor, es que ninguna de esas teorías, tomadas individualmente y como portadoras de un criterio conceptual de distinción, resulta convincente. Otro es en

⁴⁶¹ PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS* (El riesgo de infección por SIDA), en *Juristische Arbeitsblätter*, Frankfurt. 1988.

⁴⁶² PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS* (El riesgo de infección por SIDA), en *Juristische Arbeitsblätter*, Frankfurt. 1988.

cambio el resultado si a sus aportes se los valora en conjunto y como simples indicios relevantes para la constatación del dolo⁴⁶³.

Para Prittwitz, la cuestión de la entidad del riesgo no sólo tiene importancia para la imputación objetiva, sino también para el nivel de la imputación subjetiva, pues lo cierto es que la aceptación de un riesgo de escasa entidad, sea por la muy baja probabilidad de su realización o por el daño insignificante que su realización produce, puede y debe ser imputada a la imprudencia y no al dolo. Para Prittwitz, en efecto, la probabilidad de la realización del riesgo constituye un indicio esencial de la presencia de dolo, pues, tanto más quiere el autor un hecho cuanto más probable éste es. Además, según Prittwitz este indicio es, en los hechos, de importancia fundamental para la jurisprudencia, aunque a primera vista parezca lo contrario. Prittwitz, en cambio, no está de acuerdo con que la importancia del bien jurídico puesto en peligro constituya un indicio relevante para determinar la presencia de dolo⁴⁶⁴.

Otro indicio que Prittwitz sí considera relevante es el que surge de la teoría de la aprobación o del consentimiento, pues es evidente que resulta más plausible hablar de dolo si tal lesión es bienvenida para el autor a que si ella le resulta indeseable, siempre y cuando no se absolute este punto de vista, pues el deseo de la consecuencia típica devendrá irrelevante frente a una muy escasa probabilidad de su realización y, a su vez, no corresponderá tomar en cuenta el rechazo interno de esa consecuencia frente a una realización segura o muy altamente probable. Esto, de hecho, muestra cómo funciona en la práctica un tratamiento conjunto de todos los indicios relevantes⁴⁶⁵.

Finalmente, Prittwitz agrega como indicios a tener en cuenta para afirmar o negar la existencia de dolo eventual a aquellas circunstancias que fueron incluidas en la discusión dogmática sobre la delimitación entre dolo e imprudencia por autores como Armin Kaufmann y Herzberg, a saber; la existencia de una voluntad de evitación y el hecho de que el peligro pueda ser calificado como cubierto o descubierto. Podrán obtenerse

⁴⁶³ PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS* (El riesgo de infección por SIDA), en *Juristische Arbeitsblätter*, Frankfurt. 1988.

⁴⁶⁴ PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS* (El riesgo de infección por SIDA), en *Juristische Arbeitsblätter*, Frankfurt. 1988.

⁴⁶⁵ PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS* (El riesgo de infección por SIDA), en *Juristische Arbeitsblätter*, Frankfurt. 1988.

resultados convincentes en tanto y en cuanto se valore a tales circunstancias como indicios, y se las contraponga y mida junto a otros datos indiciarios⁴⁶⁶.

4.2. La tesis de Philipps

Philipps es otro autor que, de modo similar a Prittwitz, pero basándose en otro punto de partida, propone últimamente que la distinción entre dolo eventual e imprudencia no se lleve a cabo según un único concepto jurídico-material sino más bien en función de una valoración conjunta de distintos indicios o indicadores. Este autor reconoce que las dificultades de delimitación que plantean todos los conceptos jurídicos indeterminados, como lo son en su opinión los de dolo e imprudencia, obliga a preguntarse si no corresponde concluir que, simplemente, no es posible establecer el límite entre esa clase de conceptos⁴⁶⁷.

Phillips adopta, conceptualmente, la definición tradicional de dolo -saber y querer la realización del tipo-, propia de la teoría de la aprobación o del consentimiento, aclarando no obstante que el método que él propone es apto para cualquier punto de partida teórico; simplemente cambiarán los indicadores en función del concepto del que se parte⁴⁶⁸.

En cuanto a los indicadores y contraindicadores, Philipps toma como tales a los criterios propuestos por las distintas teorías sobre el dolo eventual desarrolladas en la literatura, enriquecidos por casuística, ampliable o restringible según las características del suceso concreto. Así, por ejemplo, en cuanto al elemento cognitivo del dolo, Philipps elige, como hecho principal a probar, la conciencia del peligro por parte del autor; respecto a ello puede haber, como dice Philipps, indicadores favorables e indicadores en contra⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS* (El riesgo de infección por SIDA), en *Juristische Arbeitsblätter*, Frankfurt. 1988.

⁴⁶⁷ PHILIPPS, Lothar. *An der grenze von vorsatz und fahrlässigkeit, Ein modell mul tikriterieller computergestützter entscheidungen* en AA.VV. De Gruyter, Berlin – Nueva York, 2001.

⁴⁶⁸ PHILIPPS, Lothar. *An der grenze von vorsatz und fahrlässigkeit, Ein modell mul tikriterieller computergestützter entscheidungen* en AA.VV. De Gruyter, Berlin – Nueva York, 2001.

⁴⁶⁹ PHILIPPS, Lothar. *An der grenze von vorsatz und fahrlässigkeit, Ein modell mul tikriterieller computergestützter entscheidungen* en AA.VV. De Gruyter, Berlin – Nueva York, 2001.

Según Philipps, como indicadores favorables cuentan, entre otros, la típica peligrosidad de la acción, la cual a su vez puede inferirse de otros indicadores, como el empleo de un arma mortal como medio. Por su parte, como contraindicadores respecto a la conciencia del peligro puede considerarse al carácter cubierto o asegurado de ese peligro, el cual a su vez ha de inferirse de indicadores propios del caso, como, por ejemplo, el hecho de que la situación está bajo control del autor, o de la víctima misma o de un tercero. Otro contraindicador de la conciencia del peligro puede ser la dificultad de reconocer ese peligro, el cual puede inferirse a su vez de un déficit en la inteligencia del autor o de la influencia de alcohol o de drogas⁴⁷⁰.

Un procedimiento similar propone Philipps para la prueba del elemento volitivo, respecto del cual el hecho principal a constatar es la decisión del autor a favor del hecho, que se infiere, o desecha también a partir de indicadores favorables y contraindicadores, respectivamente⁴⁷¹.

Philipps es consciente de que existe un fuerte prejuicio en contra del uso de cálculos numéricos y de computadoras para determinar responsabilidades jurídico-penales. Pero advierte que, en su propuesta, el llamado sentimiento jurídico, no es reemplazado por las operaciones de cálculo, sino presupuesto por ellas. Cada cálculo, de hecho, viene precedido, según su opinión, de una interpelación al sentimiento jurídico⁴⁷².

4.3. Crítica.

Las tesis de Prittwitz y Philipps tienen un punto en común, que es además el que las torna interesantes; conforme a su enfoque, cada uno de los criterios propuestos por las distintas teorías sobre dolo eventual son, en verdad, indicios o indicadores potencialmente relevantes para la prueba del dolo, y no definiciones de esta categoría. Según este punto de vista, en efecto, las características objetivas del peligro creado, la existencia o inexistencia de una voluntad de evitación, la aprobación de la consecuencia típica, la

⁴⁷⁰ PHILIPPS, Lothar. *An der grenze von vorsatz und fahrlässigkeit, Ein modell mul tikriterieller computergestützter entscheidungen* en AA.VV. De Gruyter, Berlin – Nueva York, 2001.

⁴⁷¹ PHILIPPS, Lothar. *An der grenze von vorsatz und fahrlässigkeit, Ein modell mul tikriterieller computergestützter entscheidungen* en AA.VV. De Gruyter, Berlin – Nueva York, 2001.

⁴⁷² PHILIPPS, Lothar. *An der grenze von vorsatz und fahrlässigkeit, Ein modell mul tikriterieller computergestützter entscheidungen* en AA.VV. De Gruyter, Berlin – Nueva York, 2001.

existencia de voluntad de realización de la consecuencia típica e incluso la representación o falta de representación de esa consecuencia son nada más que meros indicadores empíricos que pueden contribuir a la prueba del dolo, pero no son el dolo.

El problema central que presentan tanto la tesis de Prittwitz como la de Philipps es que, ambas admiten como concepto de dolo al defendido por las teorías más tradicionales de la doctrina y la jurisprudencia, según las cuales el dolo es conocimiento más voluntad. Con ello no advierten que, también el conocimiento y la voluntad (en sus distintas formas de aparición) son, en tanto estados mentales, meras condiciones empíricas de ese concepto normativo de dolo que falta definir⁴⁷³.

En verdad, tanto Prittwitz como Philipps elaboran nada más que una teoría de lo que ellos entenderían como prueba del dolo en el proceso penal. Su aporte para el concepto jurídico-material de dolo es, en efecto, muy limitado y ello con la agravante de que, por no asumir plenamente que su aporte es exclusivamente procesal, presentan una teoría de la prueba incompleta.

Finalmente, resulta cuestionable, que estos autores, especialmente Philipps, intenten seleccionar una serie de indicadores a priori relevantes, respecto de los cuales luego hay que verificar si las circunstancias concretas de un caso se subsumen en ellos, con lo cual se da a los indicadores una especie de estatus conceptual, frente a los cuales debe abordarse a *posteriori* un proceso de subsunción de las circunstancias empíricas. Pero se dice que esto es un error. Aquello que estos autores designan como indicadores son entidades empíricas, cuya existencia, en todo caso, en virtud de su no observabilidad deberá ser probada mediante otras entidades o datos empíricos⁴⁷⁴.

⁴⁷³ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

⁴⁷⁴ PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

CAPÍTULO 6: Recklessnes en el derecho anglosajón.

Uno de los desafíos más relevantes del Derecho Penal moderno apunta a la búsqueda de un criterio cierto de delimitación entre el concepto de culpa consciente y dolo eventual. Para tal finalidad, la doctrina moderna ha invocado una serie de parámetros que, hasta el momento, distan de ser satisfactorios. El tema a tratar en el presente capítulo se vincula al estudio del concepto anglosajón de *recklessness*, el cual podría ser empleado de forma útil como un elemento normativo a medio camino entre ambos extremos de dichos referentes de imputación subjetiva, propios de la doctrina romano continental.

Como regla general, los sistemas jurídicos angloamericanos de Derecho Penal consagran estados mentales de culpabilidad (*mens rea*). Las categorías de *mens rea* de la mayoría de los delitos son, el dolo o propósito (que es el estado mental más reprochable), el conocimiento, la imprudencia y la negligencia criminal. En los sistemas jurídicos europeos de Derecho Penal el dolo es un nivel de imputación que no sólo se utiliza para los supuestos de propósito o de conocimiento, sino que, también, incluye casos que en los sistemas jurídicos angloamericanos de Derecho Penal se denominan *recklessness* (imprudencia).

1. Concepto.

En el derecho anglosajón se distingue una tercera posición entre la *intention* (concepto equiparable a nuestro dolo directo) y la *negligence* (imprudencia) que se denomina *recklessness*. No existe un término que pueda definir en términos exactos el contenido de esta categoría de imputación en castellano. Una traducción literal sería temeridad, aunque esto es equivoco porque no se corresponde con el sentido que se le otorga al término en la dogmática del Derecho Penal. Otra posibilidad sería traducirla como imprudencia, pero como ha observado algún autor esto es todavía más desacertado si lo que se pretende es establecer una vinculación con el dolo. Sin embargo, algo debe decirse a favor del uso de la expresión temeridad o imprudencia, en la medida que en el uso diario del inglés es común la expresión *reckless* que puede usarse para significar o adscribir a

alguien el actuar de modo temerario, imprudente, precipitado, indiferente o desconsiderado⁴⁷⁵.

En efecto, no hay una expresión que pueda ser asimilable a esta categoría de imputación que es propia del *common-law*. En términos generales, se dice que un sujeto actúa con *recklessness* en los supuestos en que se ejecuta de un modo injustificado una acción que demuestra la no consideración de un riesgo sustancial que una persona razonable hubiese tenido en cuenta al momento de la realización de un hecho, ya sea debido a su elevado peligro, o bien a las posibles consecuencias dañosas o lesivas de intereses de terceros que resultan inherentes a la realización de la conducta⁴⁷⁶. En otras palabras, ésta es entendida como una puesta en peligro de un bien jurídico, o como una aceptación de un riesgo injustificado de causar un resultado lesivo, pero sin intención de hacerlo. La valoración social de la actividad en el que el riesgo se realice será la pauta para considerar si ese riesgo ha sido de tal entidad como para poner en peligro el bien jurídico tutelado, es decir, si se justificará o no. Otro parámetro que se tendrá en cuenta para considerar que hay *recklessness* es si ese riesgo será uno de aquellos que una persona prudente y razonable hubiera asumido. Utilizando ese criterio de la utilidad social de la actividad riesgosa se establece una relación inversamente proporcional entre el beneficio de la actividad social llevada a cabo por el agente y la cantidad de daño posible⁴⁷⁷.

Es por ello que el jurado al examinar la concurrencia de *recklessness* deberá basar su análisis de subsunción en las siguientes pautas: si el hecho no tiene ninguna utilidad social, la más leve probabilidad de daño para el bien jurídico amenazado por la acción enjuiciada será suficiente para afirmar la concurrencia de *recklessness*; por el contrario si la actividad se considera como una actividad altamente útil para la sociedad, sólo un elevado grado de probabilidad de un grave daño, que ejerza el contrapeso de esa alta utilidad social, será necesario para condenar el hecho como ejecutado con *recklessness*⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ OXAN, Nicolás. *Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el Derecho Penal anglosajón*. Revista Ius et Praxis, Año 19, N° 1 2013.

⁴⁷⁶ OXAN, Nicolás. *Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el Derecho Penal anglosajón*. Revista Ius et Praxis, Año 19, N° 1 2013.

⁴⁷⁷ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁴⁷⁸ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

Díaz Pita define *recklessness* como aquella forma de consciencia en la cual el agente reconoce el concreto peligro para el objeto de la acción sin prever como segura la realización del resultado. Actúa con *recklessness* quien valora como no segura, pero si como posible, la realización típica, y a pesar de este riesgo, lleva a cabo la acción⁴⁷⁹.

Implicaría en derecho tener esta forma de culpabilidad como una figura autónoma respecto del dolo. Según Díaz Pita no guarda relación alguna con el resultado ni con elemento volitivo del dolo, sino que más bien requiere el conocimiento actual del agente sobre el riesgo que conlleva su acción, sobre la peligrosidad de su conducta, es decir, el comportamiento conscientemente arriesgado. Se asimila a las construcciones puramente cognoscitivas⁴⁸⁰.

La *recklessness* como categoría de imputación o atribución de acciones, aparece ligada a la idea de riesgo desde el mismo uso de lenguaje y, en consecuencia, poco tiene que ver aquí, al menos en su origen, con el concepto sociológico de riesgo.

Expresa Díaz Pita que el núcleo que define la figura de la *recklessness* reside en la puesta en peligro de un bien jurídico. Una persona que no tiene intención de causar un resultado lesivo, puede que acepte un riesgo injustificado de causarlo. En ese caso el sujeto estará actuando con *recklessness*. El riesgo de un resultado lesivo para el bien jurídico implícito en la acción que el sujeto lleva a cabo es, por tanto, la base de la *recklessness*⁴⁸¹.

Pero no todos los riesgos o todas las puestas en peligro de un bien jurídico constituyen *recklessness*. En efecto, a veces está justificado el riesgo de lesión de un bien jurídico, por ejemplo, una intervención quirúrgica que entrañe un alto riesgo para la vida del paciente. Los casos en los que está justificado asumir un riesgo dependen, pues, de la valoración social que merece la actividad de que se trate puesta en relación la probabilidad y la gravedad del daño que se pueda causar al emprender una acción peligrosa para la integridad de un bien jurídico.

La ausencia de vinculación conceptual está condicionada por la existencia de una opción metodológica previa que decanta en la falta de correspondencia entre el dolo

⁴⁷⁹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁴⁸⁰ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁴⁸¹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

eventual y la *recklessness*. Este sesgo se expresa en comparar ambas categorías sobre la base de estimar que el dolo eventual exige un nivel volitivo, conforme a las modernas teorías del consentimiento, en términos de aceptar, conformarse, contar con, decidirse contra el bien jurídico, etc. Esta falta de identidad conceptual, estaría dada por la circunstancia que la *recklessness* sería un concepto, preferentemente, objetivo que abarca la denominada imprudencia consciente de los sistemas dogmáticos⁴⁸².

Otra posibilidad comparativa podría ser la de entender que la *recklessness* es el nivel mínimo de imputación subjetiva o la categoría que se atribuye por defecto. Entendida de esta forma, sería equivalente al dolo eventual de los sistemas dogmáticos o continentales. Sin embargo, este acercamiento no tiene en cuenta la circunstancia que existe un debate en los sistemas analíticos sobre cuál es el nivel que se atribuye por defecto, en especial, en los casos en que la ley no menciona ninguna categoría de imputación. Esta crítica es aplicable, precisamente, a la tesis de quienes buscan un equivalente funcional sobre la base de la distinción entre imputación subjetiva ordinaria (dolo) y extraordinaria (imprudencia). Sucede que en los sistemas angloamericanos la categoría básica, subsidiaria o genérica del nivel ordinario de imputación subjetiva no es necesariamente la *recklessness*, y la imprudencia o negligencia (que es solo inconsciente) no es una categoría extraordinaria en sentido estricto, como en los sistemas dogmático-continenciales, sino que es una situación excepcionalísima⁴⁸³.

2. Naturaleza de la *recklessness*.

La naturaleza de la *recklessness* como forma de imputación subjetiva es discutida en la doctrina anglosajona. Se trata de determinar si esta figura aparece como una agravación de la imprudencia (*negligence*) o, por el contrario, como una subespecie de la *intention*, figura equivalente a nuestro dolo directo. Es decir, la polémica en torno al dolo eventual en la doctrina se reproduce de alguna manera en la doctrina anglosajona en lo que se refiere a la naturaleza de la *recklessness*.

⁴⁸² BOHLANDER, Michael. *Principles of German Criminal Law, Studies in International & Comparative Criminal Law*, v. 2 Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009.

⁴⁸³ MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, Causalidad y Acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Marcial Pons, Madrid, 2014.

Para algunos autores, las raíces de la *recklessness* anglo-americana se encuentran en el ámbito de la imprudencia. Para estos autores, la creación de riesgo es un elemento decisivo tanto para la *negligence* como para la *recklessness*. La diferencia entre ambas radica exclusivamente en que en un caso (la *recklessness*) el sujeto sabe que está poniendo en peligro el objeto de la acción, mientras que en el otro caso (la *negligence*) no lo percibe⁴⁸⁴.

Por su parte, autores como Hall, no están totalmente de acuerdo con la subsunción de la *recklessness* dentro de las formas de la imprudencia. Para este autor, de igual modo que el sujeto que actúa dolosamente, el que lo hace con *recklessness* es consciente de la puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido; además, en ambos casos, el conocimiento de la creación del riesgo debe ser personalmente imputado al sujeto. Sería, por tanto, erróneo considerar la *recklessness* como un grado más alto de la *negligence*; antes bien se podría decir que la *recklessness* constituye un escalón más bajo de la *intention*⁴⁸⁵.

La *recklessness*, tal como aparece en el derecho anglosajón no es ni dolo ni imprudencia. Pero, un simple vistazo a los Códigos tanto americanos como británicos reafirma la idea del parentesco entre dolo y *recklessness*; en efecto, muchos de los tipos previstos en la Parte Especial son ya punibles cuando se cometen bajo los presupuestos de la *recklessness*, mientras que la *negligence* sólo conlleva responsabilidad penal en casos excepcionales. El papel que juega la *recklessness* es el de agente diferenciador entre las distintas formas de participación subjetiva del sujeto en el que permite una distinta valoración y amenaza penal dependiendo del injusto de la acción típicamente realizado⁴⁸⁶.

La explicación de este papel la encontramos en las instituciones de la *guilty plea* (declaración de culpabilidad) y de la *plea bargaining* (acuerdo de culpabilidad) desconocidas en nuestro sistema penal; en el sistema anglosajón es posible que el sujeto tenga obligatoriamente que hacer una declaración de culpabilidad mediante la cual se establece legalmente su culpabilidad y se consigue, con ello, ahorrarse gran parte del normalmente costoso juicio oral. Para incentivar al sujeto a realizar dicha declaración de

⁴⁸⁴ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁴⁸⁵ HALL, Jerome. *General Principles of Criminal Law*. 2ª ed. The Bobbs Merrill Company Inc, Indianapolis-New York, 1960.

⁴⁸⁶ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

culpabilidad, él se compromete a rebajar la acusación inicial si el sujeto reconoce oficialmente su culpabilidad respecto de la segunda y más leve calificación de los hechos. Este sistema será mucho más fácil de practicar cuanto mayor sea el número de tipo por los que pueda ser calificada una acción y mayor sea el espectro de sanciones a imponer, que se ajustarán mejor al caso concreto⁴⁸⁷. La *recklessness*, como forma intermedia de imputación, amplía las posibilidades de calificación de un hecho lesivo para un bien jurídico y amplía el catálogo de penas a imponer.

En nuestro Derecho sólo es posible la imputación por dolo o imprudencia. Y ambas formas de imputación se excluyen una a la otra; la participación subjetiva sólo puede ser tratada bien como dolo, bien como imprudencia, teniendo cada una asignada una pena de diferente gravedad. La *recklessness*, en derecho anglosajón, permite una escala más detalladas de formas de participación interna del sujeto en el hecho y amplía las posibilidades de imposición de penas de distinta gravedad basada en los diversos grados de participación.

3. Recklessness en Estados Unidos.

Conforme al MPC (Código Penal Modelo) de 1962, actúa con *recklessly* quien decide conscientemente desatender un riesgo substancial e injustificado en relación con los elementos materiales de un delito y/o el resultado delictivo. La desatención consiste en la decisión de no tomar en cuenta un riesgo grave e injustificado, lo que ha de suponer una elevada desviación del estándar de comportamiento y previsión que habría observado una persona respetuosa de las normas sociales, situada en la posición del autor. El MPC (1962) le atribuye a esta categoría un contenido valorativo subjetivo-objetivo, en la medida que recurre a un criterio personal de decisión del autor de asumir (ámbito subjetivo) un riesgo (aspecto objetivo). Mientras en la *recklessness* el autor está consciente del riesgo, en la medida que se decide conscientemente a ejecutar la acción, en la imprudencia lo que se imputa es el no haber previsto (en términos de advertencia) un riesgo substancial e injustificado que se debía prever⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ WEIGEND, Thomas. *Zwischen vorsatz und fahrlässigkeit*. ZStW 93, Alemania, 1981.

⁴⁸⁸ FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*. 2ª ed. Oxford University Press, New York - London, 2000.

La pregunta es, precisamente, si el autor debía o no haber previsto el riesgo. El límite superior de esta categoría está puesto en el conocimiento (*knowledge*), el cual se diferencia de la *recklessness* en el nivel, grado o intensidad del riesgo. En el conocimiento se trata de un riesgo tan elevado que hace del resultado una consecuencia casi o prácticamente segura⁴⁸⁹. Ahora bien, contrario a lo que podría pensarse, esta forma de entender la categoría no renuncia a la importancia de la decisión personal contra las normas. Pero, esa decisión tiene un valor relativo, en la medida que se trata de una decisión objetivada.

En efecto, contrario a lo que podría pensarse la *recklessness* como nivel de imputación no depende solo del nivel de riesgo objetivamente considerado, en términos de valoración de la probabilidad. Tampoco, tiene como una única referencia el nivel de desviación del estándar de observancia del deber de cuidado observable, sino que el criterio predominante se decide sobre la base de preguntarse si el sujeto consideró o no el riesgo. En tal sentido, como afirma Dressler es un estado mental valorado objetivamente, desde que no se renuncia a la consideración de la existencia de una decisión consciente que supone asumir o considerar el riesgo⁴⁹⁰.

Por este motivo, la imprudencia dejó de ser considerada en estos sistemas como un estado mental, sino que se la entiende como una inadvertencia de riesgos también valorada objetivamente. Sin embargo, no se niega por completo lo volitivo, porque se asumió que también hay supuestos en que resultaba evidente la presencia de una voluntad expresiva de propósito o intención hacía el resultado y, por ello, junto con reconocer el *intent* (dolo) como nivel de imputación, se creó esta categoría que constituye el nivel básico de atribución de responsabilidad, dejando la negligencia situada en un plano excepcional o extraordinario⁴⁹¹.

En la actualidad, en Estados Unidos existe una responsabilidad escalonada que depende de los niveles de advertencia del riesgo y nivel del mismo, que diferencian la intensidad de la responsabilidad (civil o penal) y la gravedad de la misma. El primer nivel, deriva de la responsabilidad civil y surge en el momento en que una persona actúa

⁴⁸⁹ ROBINSON, Paul - CAHILL, Michael. *Criminal Law*. 2ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2012.

⁴⁹⁰ DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Law*. 6ª ed., Lexis Nexis, San Francisco, 2012.

⁴⁹¹ FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*. 2ª ed. Oxford University Press, New York - London, 2000.

asumiendo un riesgo substancial e injustificado, en este caso se imputa *recklessness* del Derecho de daños. El segundo nivel, se presenta si ese riesgo substancial e injustificado no fue advertido, pero se debía advertir, entonces, hay negligencia o imprudencia penal. El tercer nivel, se afirma si una persona asume un riesgo elevado substancial e injustificado que implica una grosera desviación del estándar derivado del deber de cuidado observable por una persona promedio, entonces, hay una *recklessness* con relevancia jurídico-penal (tercer nivel)⁴⁹².

3.1. El riesgo.

A diferencia de las teorías de la representación o del conocimiento, propias del dolo eventual en los sistemas dogmáticos, en Estados Unidos no se hace referencia a un riesgo medido en términos de probabilidad o probabilidad cuantificable en relación con el resultado, sino que a un riesgo valorado en términos de relevancia social del comportamiento. Es decir, el riesgo es injustificado si la acción u omisión es objetivamente considerada por el ordenamiento jurídico como algo prohibido. Y, ese riesgo es, además, irracional si la acción u omisión no es una actividad útil para el desarrollo de la vida social y constituye una grosera desviación del estándar de cuidado exigible, siempre que ese riesgo inútil sea además acompañado de la consciencia subjetiva de estar llevando a cabo una conducta riesgosa, en términos de desviación del estándar de comportamiento exigible a una persona promedio. Un ejemplo puede ilustrar mejor las diferencias con las teorías de los sistemas dogmáticos.

Alguien sugiere a A que hay 1000 pistolas sobre una mesa de las cuales sola una está cargada. A en conocimiento de esta circunstancia escoge al azar una pistola y dispara a B, causándole la muerte. La conducta de A constituye la creación de un riesgo de muerte, aunque ese riesgo sea muy pequeño (un décimo del 1%), porque era una conducta injustificada, irracional, en vista a su completa falta de utilidad social⁴⁹³.

La circunstancia que A pretenda defenderse diciendo que solo tenía el propósito de hacer una broma a B sin la intención de matarlo, importa solo en el sentido que no es posible

⁴⁹² DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Law*. 6ª ed., Lexis Nexis, San Francisco, 2012.

⁴⁹³ LAFAVE, Wayne. *Modern Criminal Law: cases, comments and questions*. 5ª ed., West, Minnesota, 2011.

atribuirle el primer nivel de imputación, pero no tienen la capacidad de servir para configurar una imprudencia. Tal como puede apreciarse, el riesgo es un criterio normativizado que no se mide en términos de probabilidad. La existencia de una posibilidad mínima de realización del resultado no permite afirmar una imprudencia consciente en Estados Unidos, en la medida que esta categoría no está contemplada y queda comprendida dentro de la *recklessness*.

4. Recklessness en Inglaterra.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en el Derecho penal de Inglaterra el entendimiento conceptual de esta categoría, ha transitado en el sistema de precedentes hacia un abandono progresivo de un parámetro objetivo–cuantitativo que entendía que lo trascendente en la *recklessness* era la determinación, por una parte, de la existencia del riesgo y, por la otra, de su potencialidad para la producción del resultado, sobre la base de una probabilidad estadística o de factores de riesgo estandarizados⁴⁹⁴.

La ausencia de definiciones legales, provoca la discusión en el Derecho de Inglaterra sobre cómo abordar los supuestos en que las personas provocan un daño sin intención, esto es, con ausencia de la voluntad directa, entendida como una decisión de realización de la acción orientada por el querer. Esta pregunta, aparece aquí ligada al fundamento conceptual de la *recklessness*, en la medida que en ella se reduce considerablemente la importancia del elemento volitivo, para poner el acento en la atribución de responsabilidad derivada de la realización consciente de una acción que implica un riesgo o peligro de causación de lesión a intereses protegidos por el Derecho. Así, si el autor pese a conocer el riesgo decide igualmente actuar o llevar a cabo una acción peligrosa, se dice que ha previsto la probabilidad de su ocurrencia y, por ende, debe responder a título de *recklessness*⁴⁹⁵.

Un ejemplo muy común podría ilustrar de mejor forma este punto. Un médico inyecta un analgésico a un paciente que sufre un ataque anafiláctico con la idea de paliar su dolor. Sin embargo, el médico no certifica que el paciente era alérgico a los analgésicos, lo que

⁴⁹⁴ SINGER, Richard - LA FOND, John. *Criminal Law*. 6ª ed., Wolter Kluwer, Boston, 2013.

⁴⁹⁵ SIMESTER, A.P. - SPENCER, J. R. - SULLIVAN, G. R. - VIRGO, G. J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 5ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2013.

desencadenó un incremento de la sintomatología asociada al ataque que finalmente produce la muerte del paciente. De acuerdo a los conceptos apuntados, resulta razonable pensar que el médico no podía menos que saber de la concurrencia de esos riesgos, los que aparecen como inherentes a la realización de su acción. Al mismo tiempo, cualquier persona en su lugar al menos se habría preguntado sobre la posibilidad de una reacción alérgica mayor, incluso sin tener en cuenta los conocimientos especiales de la medicina.

A diferencia del Derecho de Estados Unidos la pregunta no está puesta en la existencia de un riesgo injustificado o irracional, tampoco, al menos en principio la pregunta gira sobre la posibilidad que la conducta del médico no constituya una desviación grave del estándar de comportamiento de un médico en la situación del autor. Esto se debe, al hecho que durante mucho tiempo en Inglaterra la pregunta era sobre si un riesgo irracional, entendido como un riesgo que el autor nunca debió haber asumido, podía ser entendido solo por esa circunstancia como un riesgo injustificado y, por ende, resultaba ser suficiente para afirmar su responsabilidad penal bajo el título de *recklessness*.

Pese a lo expuesto, necesariamente debe indicarse que no todos los casos de previsión del daño implican responsabilidad a título de *recklessness* en Inglaterra. En efecto, en la actualidad se ha abandonado el citado parámetro objetivo, dado que se exige que el riesgo que el autor decide correr posea una característica cualitativa; ha de ser irracional, cuestión que se determina conforme a una primera aproximación de naturaleza preferentemente subjetiva⁴⁹⁶.

Lo anterior, a partir del ejemplo del médico quiere decir, por ejemplo, que, si éste administra anestesia con conocimiento de la existencia de un riesgo leve o mínimo que el paciente desarrolle una reacción alérgica fatal antes de llevar a cabo la operación, no será automáticamente culpable de homicidio con *recklessness* en el evento que el paciente muera, porque no podría afirmarse una irracionalidad cualitativa. Pero, la perspectiva de lo razonable se entiende aquí siempre como un asunto donde no importa que pensó el acusado, ni lo que reflexionó o consideró en relación con un riesgo que estaba presente, porque al igual que en el dolo no interesa lo que pertenece al fuero interno, sino la valoración del significado de la acción; es decir, es una cuestión sobre lo que una persona común y

⁴⁹⁶ BLOY, Duncan - PARRY, Philip. *Principles of Criminal Law*. 4ª ed., Cavendish Publishing Limited, London, 2000.

corriente interpreta en el contexto de comunicación que tiene lugar al momento en que se decidió asumir ese riesgo.

No se trata de lo que resultaba atendible para la persona en la situación concreta; es lo que un tercer observador colocado en la situación del autor en un momento inmediatamente anterior al hecho habría tenido siempre en cuenta⁴⁹⁷. En otros términos, el Derecho de Inglaterra ha evolucionado desde un momento en el que se discutía una valoración objetiva del riesgo, al estado actual donde se trata de ponderar la existencia de una serie de factores que el autor debía haber tenido en cuenta al momento de decidir realizar una acción que implica un riesgo que, en la situación concreta, podía resultar ser o no razonable.

En este punto, se realiza una valoración en términos de prognosis objetiva acerca de la probabilidad que el riesgo se realizara en el resultado, teniendo en consideración la naturaleza del mismo y la gravedad del daño. En contra de estas consideraciones, se pondera también la probabilidad de evaluar aquello que el acusado estaba tratando de hacer mientras decidió asumir el riesgo.

En efecto, un riesgo considerable podría ser visto como razonable en el caso de una intervención quirúrgica que se presenta como el último recurso para salvar la vida del paciente. Pero, el riesgo involucrado podría ser no aceptable si existe la alternativa de realización de un tratamiento menos riesgoso, o bien, si el propósito de la operación era meramente trivial y no se realizaron los pasos necesarios para reducir los riesgos. El estándar de una persona razonable no necesita de un umbral de probabilidad o posibilidad para ser diferenciable. Al mismo tiempo, si el riesgo es considerado mínimo o solo como un evento extraordinario, correr ese riesgo no puede imputarse si se trata de una actividad tolerada socialmente o útil.

En este sentido, tal como ocurre en Estados Unidos, un riesgo leve podría ser suficiente para afirmar la presencia de *recklessness* si el riesgo de provocar el daño era lo

⁴⁹⁷ SIMESTER, A.P. - SPENCER, J. R. - SULLIVAN, G. R. - VIRGO, G. J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 5ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2013.

suficientemente serio y el acto realizado no tenía valor o interés social alguno, es decir, no se trata de actividades riesgosas toleradas⁴⁹⁸.

4.1. Clases de *recklessness*.

Hay dos definiciones de *recklessness* en el Derecho penal de Inglaterra. La primera deviene de una valoración en perspectiva subjetiva conocida como *Cunningham recklessness* y, la segunda, se adscribe a una valoración en sede objetiva denominada *Caldwell recklessness*. De las dos, la perspectiva subjetiva es considerada actualmente como la más importante y coincide, en la praxis, con el Derecho de Estados Unidos.

La peligrosidad de una acción, es decir, determinar si un sujeto ha emprendido una acción que, considerada objetivamente, lleva aparejada un riesgo injustificable de causar un daño a un bien jurídico no es suficiente para afirmar la concurrencia de *recklessness*. Es necesario investigar la actitud de ese sujeto al emprender la acción objetivamente peligrosa⁴⁹⁹.

El sujeto que actúa puede adoptar, respecto al riesgo, tres actitudes; en primer lugar, puede haber conocido el riesgo; en segundo lugar, puede que no haya considerado si había o no riesgo para un bien jurídico y, en tercer lugar, puede que haya considerado si había un riesgo y haber decidido que no lo había. En este último caso, es decir, cuando el sujeto, observando la situación y ponderando las circunstancias, actúa en base a la decisión de que, en ese caso, no hay riesgo para la integridad del bien jurídico, no hay *recklessness*.

Los dos primeros casos constituyen la base subjetiva de los dos tipos de *recklessness* que existen en Derecho anglosajón; la llamada *cunningham recklessness*, por un lado, y la denominada *caldwell recklessness* o *lawrence recklessness*⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ SIMESTER, A.P. - SPENCER, J. R. - SULLIVAN, G. R. - VIRGO, G. J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 5ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2013.

⁴⁹⁹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁵⁰⁰ SMITH, John and HOGAN, Brian. *Criminal law*. 10ª ed. Butterworths, Oxford, 2002.

4.1.1. *Cunningham recklessness.*

En la *cunningham*, se deberá probar, para afirmar su concurrencia, que el sujeto conocía el riesgo para la integridad del bien jurídico amenazado y que deliberadamente lo asumió. Este tipo de *recklessness* sólo puede imputarse en delitos que normalmente se cometen de forma maliciosa⁵⁰¹.

Según esta regla, actúa con *recklessness* quien sabe o conoce que su conducta dará lugar a un riesgo de daño; y, si en las circunstancias en que se ejecutó la acción resultaba ser irracional correr el riesgo que se había previsto. La referida regla indica que para decidir si un sujeto actuó o no con *recklessness* es preciso que haya sido razonable prever el tipo específico de daño que se produjo y, pese a lo anterior, haya decidido asumir el riesgo. Dado que ninguno de estos dos elementos se encontraba presente, la sentencia originalmente condenatoria, fue revocada⁵⁰².

4.1.2. *Caldwell recklessness o lawrence recklessness.*

En la segunda variedad de *recklessness*, o sea, la *caldwell* o *lawrence*, se deberá probar, por un lado, que el riesgo para el bien jurídico era obvio y serio y, por otro, que una persona razonable y prudente no lo habría asumido⁵⁰³.

El problema que se plantea la doctrina anglosajona respecto de este segundo tipo de *recklessness* es saber para quién debe ser serio y obvio el riesgo; si debe ser serio para el sujeto que actúa (*caldwell recklessness*) o para una persona razonable y prudente (*Lawrence recklessness*)

Para esta cuestión se dan dos soluciones diferentes, soluciones que se ofrecieron en los casos que dan nombre a este tipo de *recklessness*. En el caso *caldwell*, se defiende la primera de las posturas, es decir, el paradigma que mide si el riesgo es obvio debe ser

⁵⁰¹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁵⁰² SIMESTER, A.P. - SPENCER, J. R. - SULLIVAN, G. R. - VIRGO, G. J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 5ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2013.

⁵⁰³ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

la apreciación del sujeto que actúa. Por el contrario, en el caso *lawrence*, se propugna el patrón de persona razonable y prudente como medida del riesgo obvio⁵⁰⁴.

La primera de las soluciones se puede calificar como subjetivista; es la apreciación del sujeto que actúa la que determina si el riesgo o no ser calificado de obvio. A esta tesis se le ha reprochado que puede convertirse en un portillo por el que puedan escapar actuaciones de una acusación por *recklessness*. En efecto, el sujeto puede siempre alegar que, desde su punto de vista, el riesgo no era de ninguna manera obvio, es decir, no representaba ningún peligro concreto para la integridad del bien jurídico en cuestión. También es cierto que la sola alegación de esta apreciación no es suficiente para sustraerse a una imputación por *recklessness*; en efecto, el sujeto deberá siempre introducir una evidencia de que tal apreciación efectivamente se produjo, o sea, deberá de alguna manera probar que, desde su perspectiva, el peligro no era obvio⁵⁰⁵.

De todas maneras, parece más fiable la segunda de las soluciones sostenida en el caso *lawrence*. Ésta, de carácter objetivista, defiende el prototipo de persona razonable y prudente como medida para determinar, en el caso concreto, si un riesgo era o no obvio, es decir, si cualquier persona en la situación del sujeto no habría asumido el riesgo que aquél asumió. Esta segunda solución es la que prevalece en el sistema anglosajón⁵⁰⁶.

5. La *recklessness* como tercera posibilidad de imputación.

La *recklessness* se sitúa en el derecho anglosajón como un puente entre la *intention*, lo que equivaldría al dolo directo, y la *negligence*, nuestra imprudencia consciente, fragmentando aún más las posibilidades de imputación subjetiva y diversificando el espectro de amenaza penal con distintas escalas de gravedad. Lo que cabría preguntarse es si la *recklessness* podría encajar en nuestro sistema penal como tercera posibilidad de imputación junto con el dolo y la imprudencia

En nuestro sistema se plantean tres problemas principales: en primer lugar, como ya hemos apuntado, sólo se responde dolo o por imprudencia, excluyéndose ambas formas

⁵⁰⁴ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁵⁰⁵ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁵⁰⁶ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

de imputación mutuamente; en segundo lugar, la clasificación de una acción como dolosa o como imprudente tiene unas consecuencias, a veces desproporcionadamente radicales en lo que respecta a la respuesta penal, es decir, en lo referente a la distinta gravedad de las penas previstas para cada caso, con lo cual una acción cuya calificación presentara dudas se vería conminada con una pena excesivamente leve con una imputación a título de imprudencia o, por el contrario, con una exageradamente grave si la imputación se realiza por dolo (eventual); en tercer lugar, las fórmulas de delimitación utilizadas hasta ahora que intentan dibujar una línea segura de división entre dolo e imprudencia conlleva normalmente una sobre extensión del ámbito del dolo⁵⁰⁷.

La introducción de una tercera figura entre dolo e imprudencia no eliminaría desde luego todas las dificultades enumeradas, pero se dice que podría suponer una mitigación de las mismas. La *recklessness* se define como aquella forma de consciencia en la cual el agente reconoce el concreto peligro para el objeto de la acción sin prever como segura la realización del resultado. Actúa con *recklessness*, quien valora como no segura pero sí como posible la realización del tipo y, a pesar de este riesgo, lleva a cabo la acción⁵⁰⁸.

Sin embargo, el concepto de *recklessness* adquiere una nueva dimensión pues ya no sería una forma de dolo sino un grado del injusto subjetivo, más débil que el dolo, pero más grave que la imprudencia. La diferencia fundamental entre ambas figuras, *recklessness* y dolo eventual, radica, pues, en la autonomía teórica y en la distinta respuesta penal de la una frente al otro.

Se dice que el planteamiento rector del derecho angloamericano en lo que a la *recklessness* se refiere, consiste en que el derecho angloamericano no pregunta por el querer o no querer un hipotético resultado, sino por el conocimiento actual del agente sobre el riesgo que conlleva su acción. Quien conoce la peligrosidad de su comportamiento y aun así actúa, lo hace con *recklessness*. El concreto reproche que se le puede hacer a un sujeto que actúa con *recklessness* no es que ha sido descuidado (como en los casos de la imprudencia), tampoco que se ha decidido conscientemente por la lesión del objeto

⁵⁰⁷ WEIGEND, Thomas. *Zwischen vorsatz und fahrlässigkeit*. ZStW 93, Alemania, 1981.

⁵⁰⁸ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

penalmente protegido (como en el caso del dolo) sino que se ha comportado de forma conscientemente arriesgada⁵⁰⁹.

Hay que reconocer que la *recklessness* puede funcionar como un tipo de recogida para aquellos casos de dolo que presentan dificultades de prueba. De hecho, el dolo eventual funciona de alguna manera así. Lo que ocurre es que, en derecho anglo-americano, los casos de *recklessness* se ven amenazados con una sanción más leve que la prevista para el dolo directo, pero más grave que la correspondiente a la imprudencia, cosa que no ocurre con nuestro dolo eventual que, como es sabido, tiene asignada la misma pena que la prevista para el dolo directo. La *recklessness* presenta dos ventajas; en primer lugar, la concordancia entre la pena prevista respecto de lo que en el proceso se puede probar: la aceptación del riesgo no permitido; en segundo lugar, podría permitirse a los tribunales una amenaza de pena media que diera lugar a una sanción adecuada a la participación interna del sujeto en el hecho sin necesidad de compensar el merecimiento de pena acudiendo a instituciones como el principio *indubio pro reo* a través de manipulaciones del marco penal⁵¹⁰.

Frente a estas ventajas, la inclusión de una figura análoga a la *recklessness* como tercera forma de imputación subjetiva presenta también algunos inconvenientes. En efecto, si se sigue estrictamente el modelo anglo-americano sólo podría subsumirse en el ámbito de la imprudencia la inconsciente lesión del deber de cuidado por parte del agente. Desde el punto de vista del suceso psicológico en el agente existe únicamente dos posibilidades; o bien es consciente del concreto peligro de la realización del resultado, lo cual se calificaría de *recklessness*; o bien, no es consciente de ello, con lo cual sólo cabe una imputación a título de imprudencia inconsciente⁵¹¹.

La *recklessness* y la imprudencia inconsciente se excluyen una a la otra y no dejan ningún espacio intermedio; desaparece así el ámbito de la imprudencia consciente. Efectivamente, cuando el sujeto cree que con su acción no será puesto en peligro el objeto de la misma, actúa en todo caso con imprudencia inconsciente y no con *recklessness*. Se da *recklessness* cuando el sujeto reconoce el concreto peligro para el objeto de la acción

⁵⁰⁹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

⁵¹⁰ WEIGEND, Thomas. *Zwischen vorsatz und fahrlässigkeit*. ZStW 93, Alemania, 1981.

⁵¹¹ DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

y no por ello abandona su comportamiento previamente. Se excluye la existencia de *recklessness* cuando, a pesar de que el sujeto reconoce el peligro para el objeto de la acción, está seguro de que el resultado lesivo no se producirá. Y en estos grupos de casos, el sujeto reconoce en última instancia sólo el peligro abstracto, pero no el peligro concreto que su acción conlleva⁵¹².

La equiparación del tratamiento del dolo eventual al de la *recklessness* sería difícilmente factible. La introducción de una tercera forma de imputación conllevaría, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico, a la desaparición de la imprudencia consciente. Si con las teorías tradicionales se amplía desmesuradamente el campo de imputación dolosa, con esta solución haríamos lo contrario, es decir, extender en demasía el ámbito imprudente.

La fragmentación de la imputación subjetiva que se observa en el derecho anglo-americano responde más a exigencias procesales que a una diferenciación exacta entre los elementos y requisitos de cada una de las figuras en cuestión.

6. Un proyecto que intentó terminar con el dolo eventual en la Argentina.

La ausencia de una definición explícita de dolo y culpa por parte del codificador argentino ha dado lugar a diversas interpretaciones de la doctrina nacional acerca de ambas categorías y sus especies, variando, conforme a ellas, la caracterización del límite entre una y otra modalidad típica. Básicamente, podrían agruparse los distintos puntos de vista de la doctrina penal argentina en dos principales; el tradicional, que buscó construir la conceptualización de dolo, mediante una rebuscada construcción teórica consistente en la extracción de ciertas palabras del artículo 34, inciso primero, del Código penal, referido a las causas de inimputabilidad, seguida de la inversión del sentido de las frases empleadas por el codificador en dicho precepto, que hablan, obviamente, de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, concluyendo así que el conocimiento del hecho

⁵¹² WEIGEND, Thomas. *Zwischen vorsatz und fahrlässigkeit*. ZStW 93, Alemania, 1981.

sumado a la comprensión de la criminalidad, vale decir, de la relevancia jurídico-penal de tal hecho, darían por resultado la definición buscada⁵¹³.

Frente a esa construcción teórica, se encuentran las posiciones de juristas como Eugenio Raúl Zaffaroni, el cual rescata el concepto de dolo de la fórmula de la tentativa, inserta en el artículo 42 del Código Penal, que establece: *“el que, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución”*. Para trazar la frontera entre el llamado dolo eventual y la culpa consciente o con representación, Zaffaroni aduce que cuando objetivamente existe dominabilidad y el agente cree fundadamente que evitará la producción del resultado, solamente hay negligencia temeraria, en la forma de culpa consciente. Ese parece haber sido el último intento de Zaffaroni de mantener la noción de dolo eventual⁵¹⁴.

Se dice que Zaffaroni capta un elemento nuclear del aspecto subjetivo de la tipicidad dolosa, vale decir, el fin. Ahora bien, si el dolo es, entonces, el fin de cometer un delito determinado, no es razonable que se intente incluir el llamado dolo eventual dentro de la fórmula escogida, por cuanto no es lo mismo actuar con el fin de cometer un delito determinado que obrar conformándose simplemente con una consecuencia -representada, pero apenas posible- de la conducta abordada, o asumiendo el riesgo de su hipotética producción⁵¹⁵.

En 2014, un grupo de juristas presididos por el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, presentaron un proyecto de reforma del Código Penal que incluía la eliminación del dolo eventual, al disponer que sólo cabe considerar delito las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas en una ley previa realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia, al tiempo que restablecía la distinción entre culpa simple y culpa temeraria. La comisión fue creada a través del decreto 678/2012 con

⁵¹³ NIÑO, Luis Fernando. *Una oportunidad para erradicar el llamado “dolo eventual” del Código Penal Argentino*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. 2531-1565, N° 1, DIALNET, 2017.

⁵¹⁴ NIÑO, Luis Fernando. *Una oportunidad para erradicar el llamado “dolo eventual” del Código Penal Argentino*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. 2531-1565, N° 1, DIALNET, 2017.

⁵¹⁵ NIÑO, Luis Fernando. *Una oportunidad para erradicar el llamado “dolo eventual” del Código Penal Argentino*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. 2531-1565, N° 1, DIALNET, 2017.

el objeto de elaborar el proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación⁵¹⁶.

Se trabajó durante dos años ordenando el Código Penal y armonizando el sentido de las penas. El anteproyecto había previsto una categoría intermedia entre el dolo y la culpa, que denominaba culpa temeraria, con penas que se ubicaban en una franja intermedia de los delitos culposos y dolosos. Se limitaba al delito doloso, se excluía la figura de dolo eventual y se incluía una nueva graduación en el ámbito de los delitos culposos, entre una culpa simple y la temeraria. En uno de sus artículos (Art. 76 inc. 2) incluía la pluralidad de resultado y en otro (Art. 79), agravaba la pena de prisión a ocho años ante una infracción al deber de cuidado cuando ésta fuera temeraria⁵¹⁷.

Este proyecto abordaba el problema doctrinario y jurisprudencial del dolo eventual mediante su eliminación, y establecía niveles de intensidad de lesión al deber de cuidado. A la culpa simple le cabía una pena de entre uno y cinco años de prisión. La culpa temeraria, desde uno a ocho años. La comisión redactora fundamentó la eliminación del dolo eventual por considerarlo inseguro jurídicamente y manipulable particularmente en supuestos de homicidios cometidos por la conducción imprudente de automotores. Se estableció que la dificultad probatoria y la presión mediática de un caso resonante eran una combinación peligrosa que podía influir sobre la calificación del hecho, determinando una diferencia sustancial en la pena aplicable. Estos motivos eran centrales en la necesidad de eliminar el concepto de dolo eventual.

Vale destacar, que el anteproyecto introducía el concepto de culpa temeraria que refería al homicidio culposo, y elevaba la escala de cinco a ocho años de prisión. Se aumentaba la pena en las lesiones graves o gravísimas cuando se hubiere obrado con culpa temeraria, con un máximo de cinco años, 150 días de multa y ocho años de inhabilitación⁵¹⁸. Se reconocía así una subespecie de culpa más agravada para no seguir apelando a una construcción de dolo difícil de probar, el cual se usaba para dictar

⁵¹⁶ NIÑO, Luis Fernando. *Una oportunidad para erradicar el llamado “dolo eventual” del Código Penal Argentino*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN: 2531-1565, N° 1, DIALNET, 2017.

⁵¹⁷ ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. C.A.B.A., 2014.

⁵¹⁸ ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. C.A.B.A., 2014.

procesamientos que en la mayoría de los casos no lograban sostenerse en el encuadre jurídico una vez elevada la causa a juicio.

Finalmente, el proyecto de Zaffaroni no consiguió el apoyo parlamentario para su aprobación y la introducción de la categoría de la culpa temeraria para los delitos de tránsito debió esperar dos años más hasta noviembre de 2016 donde fue incorporada en los artículos 84 bis y 94 bis del código vigente, entre las formas agravadas de homicidio culposo y lesiones culposas, respectivamente, a partir de la sanción de la ley 27347, en el año 2017⁵¹⁹.

En conclusión, se incorporó la figura de la culpa temeraria en nuestra legislación, pero sin que esto signifique que se haya dejado en desuso la figura del dolo eventual, dando por terminada con la histórica discusión de la culpa con representación.

⁵¹⁹ NIÑO, Luis Fernando. *Una oportunidad para erradicar el llamado "dolo eventual" del Código Penal Argentino*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. ISSN: 2531-1565, N° 1, DIALNET, 2017.

CAPÍTULO 7. Análisis de jurisprudencia.

En el presente capítulo, serán analizados los casos jurisprudenciales más relevantes en torno al tema que motiva la presente investigación, tanto a nivel nacional, provincia, como internacional. Entre ellos, haremos referencia al caso del aceite de colza en España, caso Cabello y Cromañón a nivel Nacional, y caso Yañez y Sanhuesa en la provincia de Mendoza.

1. El caso del aceite de colza.

1.1. Hechos.

El presente corresponde a un caso de responsabilidad penal por el producto defectuoso en el cual se produjo un envenenamiento masivo por aceite de colza desnaturalizado con anilina, que tuvo lugar en España a partir de principios del mes de mayo de 1981.

En mayo de 1981 fue descubierto un brote epidémico iniciado en Madrid. Varias personas empezaron a presentar cuadros de insuficiencia respiratoria aguda. Posteriormente, una serie de casos con síntomas similares se replicaron por todo el centro y noroeste de la península española. Se arribó a la hipótesis de que se trataba del consumo de ciertos aceites sin marca, que se encontraban disponibles en el comercio ambulante a un precio notablemente inferior respecto de los aceites que sí tenían marca⁵²⁰.

Se había distribuido para el consumo humano aceite de colza desnaturalizado con anilina al 2%, todo lo cual apuntó a concluir que la comercialización de dicho aceite había producido una enfermedad epidémica multi-sistémica, denominada síndrome del aceite tóxico, que supuso una catástrofe sanitaria para España y un envenenamiento masivo de la población.

Este aceite era importado principalmente de Francia, con la exigencia de que no fuera destinado al consumo humano, sino que fuera destinado a actividades industriales,

⁵²⁰ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

específicamente siderúrgicas. De esta manera, y a fin de asegurar el cumplimiento de esta exigencia, las autoridades administrativas ordenaban desnaturalizar el aceite a través de anilina al 2%, haciéndolo inviable como alimento. Esta orden administrativa se originó en 1973, cuando industriales importadores de aceite de colza pidieron autorización al Laboratorio Central de Aduanas para utilizar anilina, un producto tóxico, pero no venenoso, como agente desnaturalizante, y el permiso fue concedido. Años después, algunos industriales se concertaron para importar aceite de colza desnaturalizado, invertir el proceso de desnaturalización y vender el aceite para su consumo alimenticio. En el proceso, algo falló, sin saber a ciencia exacta qué fue⁵²¹.

Así fue que a partir de 1980, la empresa RAPSA, dedicada a la importación, tratamiento y venta de aceites para uso industrial, comenzó a incrementar considerablemente las cantidades de aceite de colza desnaturalizado, para revenderlo a empresas siderometalúrgicas o para maquinaria⁵²².

De esta manera, RAPSA vendió a RAELCA aceite en cisternas de entre 16.000 y 14.000 kg que destinaron a la venta como aceite para consumo humano. RAPSA, refinaba estos aceites desnaturalizados con anilinas a través de Alabart Hermano S.A.(empresa dedicada a la compraventa y almacenamiento de grasas y aceites que llevaba 20 años en la rama de los aceites comestibles), a fin de eliminar dicho compuesto y así destinarlo a consumo humano⁵²³.

Conforme a esta cadena de distribución, el aceite se comercializó en diversas empresas dedicadas a la venta de aceite para consumo humano, las cuales no tenían conocimiento de que se trataba de aceite de colza desnaturalizado y venenoso, sino tan sólo de que se trataba de aceite de menor calidad, razón por la cual realizaban mezclas en orden a mejorarlo, lo que dio lugar a diversas condenas por el delito de estafa⁵²⁴.

⁵²¹ MARTÍN, Miquel y SOLÉ, Josep. *Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos*. InDret. Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2000.

⁵²² TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

⁵²³ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

⁵²⁴ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel - RODRÍGUEZ, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

De esta manera, Alabart Hermanos, realizó cerca de 10 envíos de aceite refinado (en los que había agregado aceite de colza desnaturalizado enviado por RAPSA) a RAELCA, empresa que se dedicaba a la compra de aceites vegetales y animales, y posterior venta de ellos para consumo, realizado normalmente mediante revendedores ambulantes, o de manera directa.

Posteriormente, RAPSA envió directamente a RAELCA una cantidad de kilogramos considerables de aceite bruto de colza desnaturalizado con el 2% de anilina, los cuales son enviados por RAELCA a las factorías de ITH y Dannesa Bau S.A. a los efectos de refinar, bajo diversas denominaciones, tales como colza, aceite de semillas crudo o aceite de colza crudo, para luego ser distribuido para consumo humano entre vendedores ambulantes⁵²⁵.

Como consecuencia de la distribución y comercialización, el aceite de colza desnaturalizado con anilina, arribó a muchas zonas de España provocando 300 muertes y dejando aproximadamente 15.000 afectados⁵²⁶. No obstante, todo lo expuesto, cabe destacar que no ha podido comprobarse experimentalmente que la enfermedad fuese causada por el consumo de aceite de colza desnaturalizado, dado que, no se conoce el concreto mecanismo causal que generó dicha enfermedad, pero todas las personas afectadas estuvieron expuestas al aceite de colza adulterado inmediatamente antes de contraer la enfermedad, lo que conduce a pensar que fueron algunas sustancias en él, las que habrían producido el cuadro.

1.2. Resolución.

La Audiencia Nacional del 20 de mayo de 1989 había estimado que los resultados lesivos se habían producido sólo imprudentemente, toda vez que entendieron que los responsables obraron con conocimiento del peligro generado por su acción, pero sin alcanzar a comprender que podían producirse muertes en seres humanos; en cambio, el

⁵²⁵ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel - RODRÍGUEZ, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

⁵²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Tribunal Supremo estimó que se habían producido con dolo eventual⁵²⁷. Para arribar a esta conclusión, el Tribunal Supremo centra su atención en el conocimiento que tenían o no los acusados respecto a los hechos anteriormente descritos, y desarrolla en la sentencia del 23 de abril de 1992, una idea de dolo como mera representación del peligro jurídicamente desaprobado que el autor crea con su acción alcanzando por esta vía la afirmación de una identidad entre dolo de peligro y de lesión⁵²⁸.

Dicha sentencia, estableció que, en relación al riesgo no permitido exigido por la imputación objetiva, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo. En tales supuestos, no cabe duda que, si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en la que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que, con diversas intensidades, ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual⁵²⁹.

Este conocimiento, fue constatado por el tribunal en virtud de que, los condenados por delito doloso, Íñigo Román, Higinio Teodoro, Roberto Antonio y Dimas Íñigo, son personas con muchos años de experiencia en el ámbito de los aceites, que conocían que lo que estaban importando y comercializando era aceite no apto para el consumo humano, desnaturalizado con anilina, sustancia que según consta, sabían que era venenosa⁵³⁰.

Por otro lado, cuando estos acusados distribuyeron el aceite a empresas dedicadas a la comercialización de aceites para uso de boca (lo que constó que sabían por las instalaciones y el precio en que vendían el aceite, menor al de uso de consumo humano, mas muy superior al industrial), fueron conscientes y asumieron el riesgo de que este aceite venenoso llegase a ser destinado al consumo humano, ya no pudiendo alegar su confianza

⁵²⁷ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

⁵²⁸ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

⁵²⁹ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

⁵³⁰ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel - RODRÍGUEZ, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

en que este llegará regenerado a los consumidores, pues tal confianza es una mera esperanza, insuficiente para excluir la consciencia de la peligrosidad de la conducta⁵³¹.

El Tribunal Supremo expuso en la sentencia que esa confianza no se apoyaba en un fundamento lo suficientemente racional, y que los procesados no tomaron ninguna medida que revelara algún esfuerzo por neutralizar los peligros propios de su acción. Asimismo, el Tribunal estableció que no cabe duda que, en tanto el aceite era distribuido entre comerciantes dedicados a la venta de aceites comestibles, el peligro era concreto; pues se lo introducía en un mercado que ponía el aceite directamente en contacto con personas. Por lo anterior, no es posible eliminar el dolo sobre estas bases, dado que, como es sabido, una esperanza infundada en la no producción del resultado revela, en realidad, la indiferencia del autor, pero en modo alguno puede ser alegada como fundamento de la exclusión del dolo⁵³².

El Tribunal concluye que, si el autor sabía de la sustancia venenosa contenida en el aceite y de la posibilidad concreta y seria de que este aceite fuera introducido en el mercado de consumo, con resultado de muerte para las personas, no es posible negar, al menos, su dolo eventual respecto de los resultados de muerte y de lesiones⁵³³.

De este modo, el problema de delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, ha suscitado múltiples discusiones doctrinarias que son agrupadas generalmente en teorías cognoscitivas y volitivas. Al respecto, la sentencia del caso de la colza, se inclina por la primera de las soluciones, apoyándose para ello en una definición del dolo como elemento del delito cuyo contenido psicológico sería de naturaleza puramente cognoscitiva; sin componentes volitivos⁵³⁴.

Del mismo modo, Muñoz Conde señala que en la sentencia del caso de la colza se acoge una concepción de dolo eventual que elimina completamente al elemento volitivo referido al resultado. Considera también, que la admisión del dolo respecto a los resultados

⁵³¹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel - RODRÍGUEZ, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

⁵³² TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

⁵³³ TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación Nº: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

⁵³⁴ PAREDES, José Manuel. *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*. La ley, Madrid, 2011.

lesivos y letales producidos, se deriva automáticamente de la asunción de los riesgos inherentes a las acciones realizadas. De esta manera, el conocimiento de esos riesgos es lo que fundamenta, según el Tribunal Superior, la imputación a título de dolo de los resultados que de ellos se derivan. Los que desviaron el aceite de colza desnaturalizado, sabían que éste contenía un producto altamente tóxico, la anilina, y sólo por este hecho deben responder, según el Tribunal Superior, de los resultados que se produjeron, por más que confiaran en que a través del refinamiento el aceite podía ser regenerado o desconocieran los concretos procesos causales que determinaron la producción del envenenamiento⁵³⁵.

Este caso ha tenido una alta influencia jurisprudencial al tomar partido por posturas de tinte cognoscitivo en el análisis de la difícil delimitación entre la culpa consciente y el dolo eventual. Efectivamente esta sentencia ha servido de precedente para la disminución de los elementos volitivos en los elementos formativos del dolo.

2. El caso Cabello.

2.1. Hechos.

La causa se originó a raíz del accidente ocurrido en la madrugada del 30 de agosto de 1999, cerca de las 2 hora de la madrugada, cuando Sebastián Cabello con excelente visibilidad, decidió sin motivos de apuro y con aceptación del riesgo por ambos, correr una anormativa picada con un vehículo Honda Civic, junto al menos otro vehículo BMW por Av.Cantilo, (desde la bajada del Pte. Illia) a velocidad antirreglamentaria, inusual, impropia y extralimitada para la zona, hora y circunstancias, (137,65 kms. p/hora) y en ese contexto, efectuando una abrupta maniobra hacia la derecha (volantazo) embistió por atrás a un Renault 6, en el que circulaban, a menor velocidad y con sus luces reglamentarias prendidas, Celia Edith González Carman (de 38 años de edad) y su hija Vanina Rosales

⁵³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

(de 3 años), provocando la muerte por carbonización de ambas a raíz del rápido incendio que produjo el impacto⁵³⁶.

Por el hecho que se acaba de describir, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 30, el 14 de noviembre de 2003, condenó a Sebastián Cabello a la pena de doce años de prisión por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de doble homicidio simple con dolo eventual, previsto y penado por el Artículo 79 del Código Penal.

El Tribunal sostuvo que la intervención de Cabello en el hecho se encuentra probada con absoluta certeza, de que él y nadie más que él, decidió apretar fuerte el pedal sin ninguna razón motivante que no fuera su propio querer al conducir vertiginosamente el Honda Civic blanco, en una inocultable picada con un vehículo BMW de color negro. Agregaron a tal efecto respecto del imputad que lo suyo era correr por el correr mismo. Con las pruebas que se produjeron el Tribunal demostró que Cabello conducía su auto deportivo, ajeno a otro interés que no fuera el suyo. La psicóloga forense Lic. Cejas en el debate expuso que Cabello se encontraba inmerso en el estado de egocentrismo de vida, estado verbalizado centrado en sí y proyectando esa arbitraria y decisoria conducta de manejo como si la Av. Cantilo fuera, no una autopista, sino una pista⁵³⁷.

2.2. Resolución.

Al momento de la Sentencia, el Tribunal calificó el hecho como doble homicidio cometido con dolo eventual. Entre las razones expuestas, destacó que no se está ante un homicidio culposo, sino ante una primigenia decisión volitiva, lúcida y consciente de calidad anormativa que lo conduce a la comisión de un delito doloso, cometido con dolo eventual. En este punto el Tribunal precisó que quien decide hacer picadas conoce el riesgo de muerte y, producido ello, no puede ser ello ya extraño a su conocimiento, motivo de estupor inexplicable o de asombro, pese a la anormatividad de su conducta que acepta. Ese saber del riesgo más conocimientos y lucidez, indica conocer también, como acto interior, la

⁵³⁶ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 "*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*", Ciudad de Buenos Aires, 2005.

⁵³⁷ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 "*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*", Ciudad de Buenos Aires, 2005.

previsión del suceso muerte, la relación de su conducta en proyección potencial dañosa, como luego sucedió, a través del significado letal ostensible de 2 víctimas muertas⁵³⁸.

A raíz de lo expuesto los magistrados concluyeron que el imputado tuvo plena consciencia del resultado de muerte al cual llevaba la acción que estaba ejecutando. La misma podía ocasionar resultados dañosamente hacia terceros y no obstante eso, continuó adelante, pisando el acelerador a fin de demostrar que podía ganar la picada.

El Tribunal efectuó un análisis de la conducta de Cabello basado principalmente en la teoría de la indiferencia, toda vez que la base de los fundamentos esgrimidos al momento de sentenciar hacen mención a que afirmaron que lo suyo era correr por el correr mismo, mostrando total indiferencia al resultado letal que se llegó; pues la prueba demostró que Cabello conducía su auto deportivo, ajeno a otro interés que no fuera el suyo, inmerso en el estado de egocentrismo de vida, estado verbalizado descripto por la psicóloga forense Lic. Cejas en el debate, manifestando dicha profesional que Cabello se encontraba centrado en sí y proyectando esa arbitraria y decisoria conducta de manejo como si la Av. Cantilo fuera, no una autopista, sino una pista, atendiendo aquí al interés interno del sujeto autor del hecho frente a la previsible producción del resultado lesivo. Lo que llevó al Tribunal a tener por acreditado que Cabello, dada su educación, conocimientos, volición y lucidez se representó como posibles las consecuencias de su decidida participación voluntaria en correr, y optó por esa conducta de correr al resultarle indiferente el prójimo y los resultados que, previamente despreció y asumió, preocupándose luego del luctuoso hecho sólo por el estado dañado de su rodado Honda y no por las víctimas⁵³⁹.

En este sentido, el Tribunal expresó que el sujeto que actúa con dolo eventual, no actúa descuidadamente. Antes bien, sabe lo que hace y siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para un bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico, o bien sin albergar ningún tipo de sentimiento negativo respecto a ese bien jurídico, sigue actuando, decide seguir adelante con su comportamiento, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico que con su

⁵³⁸ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 "*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*", Ciudad de Buenos Aires, 2005.

⁵³⁹ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 "*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*", Ciudad de Buenos Aires, 2005.

hacer amenaza. Este tipo de acciones no se pueden calificar como simplemente descuidadas⁵⁴⁰.

Dictada la sentencia, la defensa del imputado apeló la condena y el 2 de Setiembre de 2005 la Cámara Nacional de Casación Penal, revocó la sentencia del Tribunal que la dictó, entendiendo que el encuadramiento jurídico del hecho era característico de la figura del homicidio culposo, y como tal, redujo la condena en tres años de prisión, dándole la posibilidad a Cabello, de recuperar la libertad.

Los fundamentos que se esgrimieron en torno a dicho decisorio fueron que los magistrados intervinientes habían efectuado un desajustado tratamiento del caso, sin haber analizado el hecho bajo las dos órbitas posibles, esto es, tratar de establecer si el accionar del imputado debía subsumirse en el delito de homicidio culposo o bien, como lo hicieron, en el de homicidio simple con dolo eventual.

El Tribunal de mención expresó que la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiado en su habilidad o destreza como conductor no resulta *per se* determinante de la existencia del dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, extremos que por cierto, no han sido acreditados, más allá de las numerosas oportunidades, en que en la sentencia se sostiene que es así⁵⁴¹.

Sobre el particular debe puntualizarse que, sin que alcance al nivel de una contradicción invalidante del fallo, se desliza que el delito de homicidio consiste en poner fin a la vida de una persona, un ser humano; en aniquilar la vida de otro, y en esta causa han sido dos (madre e hija) las víctimas inocentes de un rodado utilizado con conciencia, indiferencia legal y social como arma ofensiva, siendo esta consecuencia no directamente

⁵⁴⁰ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 "*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*", Ciudad de Buenos Aires, 2005.

⁵⁴¹ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 "*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*", Ciudad de Buenos Aires, 2005.

querida por el imputado aunque sí actuando y aceptando en sus absolutas preferencias el riesgo⁵⁴².

En definitiva, se estima que los magistrados extrajeron sus conclusiones personales, más guiados por un afán de justificar la subsunción del caso en el homicidio simple, que en valorar si medió o no imprudencia consciente. La jurisprudencia ante la dificultad insalvable, en muchos casos y, en particular, en los casos de dolo eventual, de probar la existencia del elemento volitivo, se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios ajenos a éste⁵⁴³.

Sobre el particular cabe señalar que en el dolo la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica; el aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad de conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad⁵⁴⁴.

En síntesis, el Tribunal superior encuadró la conducta del incuso a la hora de la sentencia dentro de las previsiones del artículo 84 del Código Penal. Se observa entonces que los magistrados adoptaron el enfoque de la culpa consciente a la hora de dar una solución, dejando de lado la figura de dolo eventual.

3. El caso Omar Chabán.

3.1. Hechos.

El 30 de diciembre de 2004 se presentaba en República Cromañón, establecimiento ubicado en el barrio de Once de la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el grupo Callejeros.

⁵⁴² CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 "*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*", Ciudad de Buenos Aires, 2005.

⁵⁴³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación de resultado*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2005.

⁵⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación de resultado*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2005.

Siendo aproximadamente las 22 horas 50 minutos, mientras la banda se encontraba tocando un tema, se produjo un incendio, después de que uno de los asistentes del espectáculo encendiera un elemento de pirotecnia, cuyos proyectiles incandescentes impactaron en una media sombra, una especie de tela de plástico inflamable. Al notar el incendio, los espectadores comenzaron a evacuar el lugar. Sin embargo, esta evacuación no se realizó en forma normal por varios motivos; una de las salidas se encontraba cerrada con un candado y alambres, los gases tóxicos producto de los materiales inflamables que asfixiaron rápidamente a muchas personas y el corte de luz producido al comenzar el incendio. Casi todas las muertes se produjeron por la inhalación de diferentes gases (principalmente monóxido de carbono y ácido cianhídrico). Muchos de los que lograron salir del lugar volvieron a ingresar para rescatar a las personas que todavía se encontraban en el interior del edificio. Pese a los esfuerzos, en el incendio y en los días subsiguientes murieron 194 personas y al menos 1432 resultaron heridas⁵⁴⁵.

3.2. Resolución.

Este fallo al igual que el anterior ilustra un intento más por parte de los magistrados de distinguir la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente. El planteo gira en torno de los delitos de omisión, fundado en la posición de garante por organización de eventos en la que los autores no dominan todos los riesgos que llevaron al resultado, debido a la actuación de diversos sujetos. De ahí que la imputación a uno de ellos (Omar Chabán) es el no haber tomado los resguardos necesarios (omisión por comisión) para que el incendio finalmente no sucediera, haciendo especial hincapié en la distinción entre el dolo de peligro y el dolo de resultado⁵⁴⁶.

El Tribunal señaló que tanto Chabón como Argañaraz estaban a cargo de la organización del recital en República Cromañón. En este sentido, el Tribunal Oral condenó en su oportunidad a Chabán y Argañaraz por incendio doloso seguido de muerte (artículo

⁵⁴⁵ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁴⁶ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

186, inciso 5º, del Código Penal)⁵⁴⁷, basándose en que, en los delitos de peligro concreto, si el autor se representa la posibilidad de resultado y a pesar de ello continúa con su accionar, actúa con dolo eventual, por más que confíe en la no producción del peligro. Dicho en otras palabras, en los delitos de peligro, no habría culpa consciente o con representación, ya que, si hay representación, hay dolo (aunque sea eventual)⁵⁴⁸.

Para ello sostuvieron que en este tipo de delitos se exige dolo de peligro y no dolo de lesión. Exigen, como elemento cognoscitivo, el conocimiento de la peligrosidad de su accionar, y como elemento volitivo, el actuar a pesar de ese conocimiento, sin valorar cuál fue su actitud frente a ese posible peligro.

Llevándolo al caso del incendio, explicaron que el autor tiene que conocer y querer (o aceptar) la causación de un incendio, obviamente, con peligro común para las personas; pero no necesariamente tiene que querer (o aceptar) la lesión, aunque sepa que es una posibilidad. Las muertes y lesiones son consecuencia del incendio peligroso y, por lo tanto, no tienen por qué estar abarcadas por el dolo⁵⁴⁹.

En ese contexto, entendieron que ante una situación de peligro existente (situación típica), respecto de la cual Chaban y Argañaraz, como organizadores, habían asumido su dominio (que los colocaba en una posición de garante específica), omitieron realizar la acción debida que hubiera podido impedir su producción, como se dijo, si se suspendía el recital. Así, consideraron que la omisión es dolosa porque se representaron la producción de un incendio peligroso y, a pesar de ello, no lo evitaron.

Esta misma tesitura fue seguida por el doctor Eduardo Riggi en su disidencia en el fallo de la Cámara de Casación.

En este contexto, Omar Chabán, ex gerenciador del local República Cromañón, fue condenado a 20 años de prisión porque conocía los factores causales o de riesgo que afrontaba la discoteca, se representó la situación de peligro común que se podía generar si

⁵⁴⁷ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁴⁸ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁴⁹ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

el espectáculo continuaba, pero aceptó, consintió o se conformó con la producción de ese peligro común; así lo explica el fallo del Tribunal Oral número 24. Continúa diciendo el fallo que Chabán era plenamente consciente del peligro común que para los bienes y personas que se encontraban en el interior del recital se podía generar. Al saber que el lugar estaba atestado de personas, que el portón alternativo estaba cerrado, que el techo se podía prender fuego (como había ocurrido en la semana anterior), así como también que de comenzar el show de Callejeros el público necesariamente iba a accionar material pirotécnico, indefectiblemente conocía la situación de peligro común en curso y que gran parte de los espectadores quedarían expuestos a dicho peligro⁵⁵⁰.

Expresó el Tribunal que, si Chabán conocía las circunstancias que fundamentan el peligro y su capacidad de evitarlo en los términos aquí expresados y, pese a ello, dejó transcurrir los acontecimientos en esas condiciones, aceptó, consintió o se conformó con la producción de ese peligro común, puesto que respecto del peligro en sí mismo no quedaba ya margen de confianza racional en su posibilidad de evitarlo si continuaba permitiendo el desarrollo del espectáculo⁵⁵¹.

Consta en el fallo que Chabán no tenía dolo eventual respecto de la muerte de las personas. Pero del peligro común, como resultado típico de la figura básica del incendio, sí era plenamente consciente y lo aceptó. Ello alcanza para afirmar el dolo de peligro⁵⁵².

Acá se puede observar que la resolución del Tribunal Oral, estuvo fuertemente vinculada a la teoría del consentimiento, ya que esta postura requiere que el autor haya aprobado interiormente o estado de acuerdo con el resultado, ya sea aceptando, consintiendo o conformándose con la producción de ese peligro común.

En abril del 2011 la Cámara de Casación revisó la sentencia, condenando a Chabán, por el delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo. En ese sentido la Cámara se expresó manifestando que en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base, pero, en

⁵⁵⁰ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁵¹ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁵² CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

cualquier caso, el mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente⁵⁵³.

Por otro lado, se puso de manifiesto que aun cuando el autor sea consciente del riesgo que comporta su conducta, puede existir culpa consciente y, por ende, negarse el dolo eventual, cuando exista en su voluntad una confianza en la evitación del resultado típico, confianza que naturalmente debe tener sustento en elementos objetivos que la tornen racional. Es decir, que la culpa consciente supone siempre una inconsecuencia; pese a que el sujeto advierte que puede producir el delito, cree que no será así, lo que supone un error de cálculo⁵⁵⁴.

En este caso, un actuar culposo está dado por la presencia de elementos sobre los cuales entender que, en el caso de incendiarse alguna parte del local, los imputados confiaban en que podrían aplacarlo y evitar que se propague. Hay razones para afirmar que al momento del hecho y pese a que era evidente la posibilidad de que se produjera un foco ígneo, confiaban en que el peligro que para los bienes y las personas acarrearaba esa situación, podía ser una vez más evitado. No existen elementos para suponer que buscaban el resultado acaecido. Más razonable es suponer que Argañaraz, Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Delgado, Cardell y Djerfy no lo pensaron seriamente, o al menos lo descartaron. Cabe señalar que estaban al tanto de los incendios previos ocurridos en el local que administraba Omar Chabán y de que habían sido sofocados, sin que se hubieran generado consecuencias graves que afectaran a los asistentes⁵⁵⁵.

Es posible que el sujeto esté convencido de que, pese a la peligrosidad estadística que advierte en la acción, en su caso no va a dar lugar al delito. Tal convicción podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba.

⁵⁵³ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁵⁴ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁵⁵ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

Esta posibilidad de coexistencia de la conciencia del peligro estadístico y, a la vez, de la creencia de que no va a realizarse, es lo que permite la existencia de la culpa consciente⁵⁵⁶.

En este contexto, se destaca que, con anterioridad, algunos de los co-procesados habían sorteado otros principios de incendio, lo que hace suponerse que también pudieron pensar en superar otro. Demasiadas torpezas y acciones delincuenciales obstaron a evitarlo. He aquí el punto crucial que deslinda el dolo eventual de la culpa con representación. El caso se ajusta perfectamente al ejemplo traído por Roxin en su obra al decir que la diferencia radica en que en quien actúa con culpa consciente, pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo será la primera víctima de su conducta. Con sólo recordar que Chabán, Argañaraz, Villarreal y los demás integrantes del grupo Callejeros estaban presentes en el lugar, queda descartado de plano un quehacer doloso. De lo contrario ellos mismos hubieran sido las primeras víctimas⁵⁵⁷.

Por tales motivos, la Cámara de Casación Penal entendió que, pese a la posibilidad cierta de que se produjera un foco ígneo, al momento del hecho existía en Chabán una personal confianza en la evitación del resultado típico; lo que llevó a la Cámara a hacer lugar al recurso interpuesto, modificando la calificación legal en homicidio culposo seguido de muerte⁵⁵⁸.

4. Caso Yañez Fonseca.

4.1. Hechos.

Un hecho ocurrido en Mendoza el 30 de octubre de 2010, aproximadamente a las 07 horas. Momento en que un peatón se bajó de un colectivo en Sáenz Peña y Guiñazú de la provincia de Luján, Mendoza. Había estado con sus amigos en un recital en el Centro y volvía a su casa. Pasó por detrás del micro con la intención de cruzar la calle y fue

⁵⁵⁶ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁵⁷ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

⁵⁵⁸ CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

atropellado por un Chevrolet Astra, conducido por Pablo Yañez Fonseca. El conductor del vehículo sobrepasó a un Ford Ka y -en contramano, con las luces apagadas y ebrio- atropelló al peatón, pero nunca se detuvo. Como consecuencia del hecho, horas después el peatón falleció. En el hecho se determinó que el incuso al mando de un vehículo motorizado, a alta velocidad, y bajo los efectos del alcohol, traspuso la doble línea amarilla para adelantar a otro vehículo. Producto de la maniobra sobre el carril contrario, atropelló a la víctima provocándole la muerte. Seguidamente se dio a la fuga⁵⁵⁹.

4.2. Resolución.

La Tercera Cámara del Crimen condenó a Yañez Fonseca, el 18 de diciembre del 2012, a la pena de ocho años y medio de prisión y diez años de inhabilitación para conducir vehículos por ser autor responsable del delito de homicidio simple con dolo eventual. Los fundamentos de la sentencia trataron la conducta punible y reprochable del imputado, respecto del hecho, confirmando su postura en conceptos vertidos por el jurista Ragués i Valles quien expresa que existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico, atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal⁵⁶⁰.

En este sentido se expresó que solo se deben atribuir determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo con el sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización no ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos. Continúa el fundamento de la sentencia argumentando que el imputado se encontraba en una situación fáctica que le permitió advertir la presencia de la víctima, y que estaba realizando una maniobra especialmente apta para producir un resultado lesivo, conociendo su peligrosidad⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sala II, Autos N°-107735, "F. y Querr. Part. C/YAÑEZ FONSECA, Pablo Emiliano P/homicidio simple cometido con dolo eventual S/Casación". Mendoza, 2014.

⁵⁶⁰ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

⁵⁶¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sala II, Autos N°-107735, "F. y Querr. Part. C/YAÑEZ FONSECA, Pablo Emiliano P/homicidio simple cometido con dolo eventual S/Casación". Mendoza, 2014.

Por lo expuesto, el Tribunal consideró que correspondía endilgarle el hecho a título de dolo eventual. Yañez tomó una decisión contra un bien jurídico, y no hizo nada para evitar el resultado lesivo de su accionar. La decisión la tomó al conducir bajo los efectos del alcohol, a alta velocidad, y trasponiendo la doble línea amarilla. La no evitación del daño, por otro lado, quedó patente al no existir en la escena indicios de una frenada, maniobra evasiva, sino que, por el contrario, quedó comprobado que luego del impacto el vehículo continuó su marcha a alta velocidad. En refuerzo de su planteo, los camaristas afirmaron que la teoría de Armin Kaufmann es seguida por Donna, quien sostiene que para hablar de dolo eventual debe existir una decisión voluntaria del autor en contra del bien jurídico, la que se manifiesta por la concurrencia de los elementos básicos: a) representación del peligro; la que debe ser seria y concreta y b) aceptación del riesgo; cuando hay conciencia del riesgo, el dolo eventual sólo puede descartarse cuando el autor haya exteriorizado una auténtica voluntad de evitación, que no debe confundirse con un mero deseo o esperanza irracional⁵⁶².

Este fallo fue casado por la Defensa Técnica de Yañez ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza y la calificación inicial fue desestimada, determinando que se trataba de un hecho culposo y no doloso. En tal sentido, el Supremo Tribunal sentenció que, específicamente con relación a la calificación que se objeta, la Sala se ha expedido determinando que se necesita que de acuerdo a las pruebas colectadas se compruebe la inequívoca intención por parte del autor de causar la muerte del sujeto pasivo, es decir acreditar cabalmente el propósito homicida. El tribunal revisor le endilga al tribunal de sentencia, el no haber logrado probar el elemento volitivo, y considera que la calificación es en función de la imprudencia o la culpa. Dicho con otras palabras, el imputado actuó en el episodio que nos ocupa, con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando del rodado, pero descarto que haya habido de su parte intención de matar.

El Tribunal revisor no advirtió en qué elementos acreditativos han fincado los jueces su convencimiento acerca de que Yañez, al conducir su automóvil de la manera en que lo hizo haya previamente conocido y aceptado que iba a embestir a una persona, provocándole la muerte. Es que estos extremos deben ser probados para poder

⁵⁶² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sala II, Autos N°-107735, "F. y Querr. Part. C/YAÑEZ FONSECA, Pablo Emiliano P/homicidio simple cometido con dolo eventual S/Casación". Mendoza, 2014.

afirmar con certeza la existencia del dolo eventual, y ello a criterio de Tribunal no ha ocurrido⁵⁶³.

Por tal motivo, la calificación del hecho pasó a homicidio culposo, dictándole tres años de prisión en suspenso y siete de inhabilitación para manejar. De haber existido al tiempo del hecho citado, el artículo 84 bis del código penal, Yañez Fonseca hubiera sido condenado por la sola aplicación del artículo 84 bis del C.P., a una pena de entre cinco y seis años en efectivo por conducir con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho.

5. Caso Tur Bus.

5.1. Hechos.

El día 18 de febrero de 2017, Francisco Javier Sanhueza se encontraba al mando del colectivo de la empresa Tur Bus marca Mercedes Benz realizando el transporte de pasajeros desde la Terminal de ómnibus de Mendoza a la ciudad de Santiago de Chile de la República de Chile, cuando aproximadamente entre las 00:30 y las 00:45 horas y no obstante tener conocimiento exhaustivo del recorrido por haberlo realizado gran cantidad de veces, haber sido capacitado por un instructor de la empresa Tur Bus, y haber sido requerido por su compañero Pedro Antonio Vargas de que redujera la velocidad del vehículo, intentó tomar una curva cerrada del kilómetro 1223 de la Ruta 7 denominada popularmente “del Yeso” a aproximadamente 100 kilómetros por hora, siendo la velocidad máxima permitida de 40 kilómetros por hora en dicho tramo. A consecuencia de dicha maniobra, Sanhueza perdió el dominio del vehículo invadiendo desde el carril derecho el izquierdo y derrapando hasta terminar en el costado izquierdo de la banquina izquierda con

⁵⁶³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sala II, Autos N°-107735, “F. y Querr. Part. C/YAÑEZ FONSECA, Pablo Emiliano P/homicidio simple cometido con dolo eventual S/Casación”. Mendoza, 2014.

su frente al oeste. A consecuencia del hecho descripto fallecieron 19 pasajeros y otras 22 resultaron lesionadas de diversa gravedad⁵⁶⁴.

Durante la instrucción penal preparatoria, el Ministerio Público imputó a Sanhueza por el delito de homicidio simple con dolo eventual en diecinueve hechos, y lesiones leves con dolo eventual, en otros dieciocho casos. Esta imputación la mantuvo el Fiscal en el juicio, sobre la base de testimonios de sobrevivientes del accidente que coincidieron en afirmar que le solicitaron en varias oportunidades a Sanhueza, que redujera la velocidad; y acreditó que el imputado conocía sobradamente las distintas particularidades de la ruta, debido que es un recorrido que realizó un sinnúmero de veces. Los peritajes realizados pudieron determinar que el vehículo circulaba a cien kilómetros por hora, siendo la máxima cuarenta kilómetros por hora, y en una curva peligrosa por un camino de montaña, la conocida Curva del Yeso. En el debate, la fiscal de Cámara mantuvo la calificación a título de homicidio simple con dolo eventual. La Defensa Técnica del imputado intentó refutar la reprochabilidad subjetiva del accionar de su defendido, considerando que el hecho debía considerarse como un homicidio culposo. La Defensa intentó que se aplique la Ley 27347, que reforma el Código Penal en lo referente a los accidentes de tránsito y la figura del homicidio culposo agravado. Argumenta también, en base al fallo del caso Yañez Fonseca, de la Suprema Corte de Justicia.

5.2. Resolución.

A principios del año 2018, la Octava Cámara del Crimen de Mendoza dictó la sentencia que condenó a Francisco Javier Sanhueza a la pena de veinte años de prisión, y e inhabilitación para la conducción de vehículos de diez años como autor penalmente responsable del delito de homicidio simple y lesiones con dolo eventual.

El tribunal de juicio adscribió a un concepto de dolo que se construye a partir del componente intelectual. En una concepción de tal índole, el presupuesto mínimo que ha de estar presente para afirmar el dolo es que el autor ha⁵⁶⁵ya tenido por posible el resultado.

⁵⁶⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁶⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

Los criterios que proponen delimitar el dolo de la culpa únicamente en el marco de los elementos intelectuales se basan en la posibilidad de graduar cuantitativamente la producción del resultado típico. Estas comienzan por el mero tener por posible la realización del tipo penal y se incrementan, pasando por la posibilidad seria, concreta o cercana hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto⁵⁶⁶.

Este marco teórico argumentado en el plano doctrinario, conduce al a quo a afirmar, por un lado, que basta con el conocimiento de la peligrosidad de la conducta, junto con un perfecto conocimiento situacional, para concluir que existe dolo en relación con la eventual realización del resultado, más allá de la relación psicológica individual del autor con su hecho en tanto querer⁵⁶⁷.

Dada la controversia de opiniones vertidas por la defensa, en base a lo determinado por el Tribunal, la sentencia fue casada, para una revisión por el máximo Tribunal de la provincia de Mendoza. El nueve de noviembre de 2018, la corte rechazó el recurso de casación, confirmando la sentencia del Tribunal inferior. La defensa postuló que la diferencia entre el dolo y la culpa ha de buscarse únicamente en el plano de la voluntad. Esto implica que, frente a un componente cognitivo idéntico (representación), el dolo puede existir o faltar dependiendo de la estructura del aspecto volitivo⁵⁶⁸.

En este sentido, se puso de manifiesto que, si bien se comparte la posición normativa sostenida por la doctrina vigente, como Núñez, que conceptualiza jurídicamente al dolo como la determinación de la voluntad hacia el delito, lo que implica que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción⁵⁶⁹; no puede asumirse la tesis expuesta por la Defensa, dado que, el elemento volitivo es un componente necesario de todo comportamiento causal en tanto movimiento corporal voluntario. En efecto, la voluntad de acción debe obviamente existir también en los casos de acción no dolosa, pues,

⁵⁶⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁶⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁶⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁶⁹ NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960,

de otro modo, el concepto general de acción no podría aplicarse a la acción culposa. La razón de ser de la culpa reside en la voluntad contraria a la precaución que el autor está obligado a observar⁵⁷⁰.

En este orden de ideas, el máximo Tribunal provincial, manifestó que el elemento volitivo no debe ser identificado con un querer el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa -en este caso se trataría de dolo de primer grado- sino en tanto aceptación, aprobación o conformidad del (eventual) resultado de lesión para el bien jurídico protegido; dicho de otro modo, asiente la realización del hecho que prevé como probable, con menosprecio de la consecuencia probable. Quien conduce un ómnibus de pasajeros a exceso de velocidad por una ruta de montaña haciendo caso omiso a las reclamaciones de Vargas, conoce y acepta tanto el peligro que está creando como el resultado en el que eventualmente puede concretarse ese riesgo. Nuevamente, el aspecto volitivo del dolo eventual presenta determinadas peculiaridades que lo distinguen de aquel que es exigido en los casos de dolo de primero o segundo grado⁵⁷¹.

Con base en las consideraciones precedentes, el Tribunal Supremo entendió que aun en el caso de que el juzgador se hubiese inclinado por adoptar una teoría cognitiva-volitiva para resolver el caso, este criterio no hubiese arrojado una solución distinta a la alcanzada por el juzgador en relación con el aspecto subjetivo del hecho. En efecto, en el comportamiento de Sanhueza al momento del siniestro permitió apreciar un elemento volitivo en tanto aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida e integridad física de las personas que se trasladaban junto con él⁵⁷².

En esta línea de pensamiento, se destacó que Sanhueza era un chofer profesional, que había realizado numerosas veces el trayecto Mendoza- Santiago de Chile, capacitado para la conducción en ruta de montaña, que conocía la velocidad máxima a la que debía tomar la curva y que voluntariamente omitió hacer caso a las reclamaciones de Vargas. Ello

⁵⁷⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁷¹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁷² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

es lo suficientemente intenso para fundar un dolo de causación en relación con el resultado del siniestro y se encuentra debidamente probada en las constancias de la causa⁵⁷³.

En consecuencia, se estimó que el tribunal tuvo por probado que el chofer de Tur Bus el día de los hechos condujo a exceso de velocidad en diversos tramos del recorrido conociendo y aceptando la peligrosidad del camino de montaña por el que desplazaba a casi 40 personas y que, de ocurrir un siniestro podría cobrarse la vida de varios o todos ellos. Representación que es lo suficientemente intensa para considerar probado el dolo en relación con la eventual producción del resultado. En este orden de ideas, el Tribunal entiendo que, aun cuando se estimara que junto con la representación de la producción del hecho ha de probarse que concurrió un determinado elemento volitivo, tal como expresa la defensa, el “consentimiento”, “aprobación” o “estar de acuerdo” de Sanhueza en relación con la (eventual) producción del resultado también ha sido debidamente acreditado. En efecto, el Tribunal Supremo fundamentó esta toma de postura psíquica del autor en relación con el hecho imputado, en el continuar conduciendo a exceso de velocidad en tramos del camino particularmente complejos a pesar de la reclamación de su acompañante⁵⁷⁴.

Si Sanhueza hubiese no consentido o desaprobado el eventual resultado de su hecho debió disminuir la velocidad por voluntad propia o, al menos, en el momento de solicitarlo su compañero. Actitud que no tomó y que implica una toma de postura del acusado respecto de la producción del resultado que no se condice, en el aspecto subjetivo del hecho, con la culpa. La voluntad de evitación excluye la aceptación inherente a la voluntad de causación, la cual no fue demostrada en ningún momento por el acusado, salvo, cuando ya había perdido completamente el dominio del rodado. Momento en que ya era demasiado tarde para desistir. Esto fue correctamente advertido por el tribunal de juicio cuando expresó que la pretensión de la defensa, en orden a destacar que Sanhueza intentó evitar el desenlace fatal, luce infructuosa, toda vez que ya no podía dominar el curso causal emprendido.

⁵⁷³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁷⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

Asimismo, se expresó que el quid de la cuestión residió en no haber cambiado su actitud ante la probabilidad de causar daños incalculables para bienes jurídicos ajenos, debido a la forma en que condujo el ómnibus en la alta montaña⁵⁷⁵.

Se entiendo que, tanto a partir de una teoría exclusivamente cognitiva como a partir de un criterio volitivo-cognitivo, la solución del caso ha de discurrir por el dolo eventual. Estos factores han sido suficientemente acreditados; Sanhueza era un chofer profesional, que había realizado numerosas veces el trayecto Mendoza- Santiago de Chile, capacitado para la conducción en ruta de montaña, que conocía la velocidad máxima a la que debía tomar la curva y que voluntariamente omitió hacer caso a las reclamaciones de Vargas. Ello es lo suficientemente intenso para fundar un dolo de causación en relación con el resultado del siniestro y se encuentra debidamente probada en las constancias de la causa⁵⁷⁶.

En consecuencia, el Tribunal tuvo por probado que el chofer de Tur Bus el día de los hechos condujo a exceso de velocidad en diversos tramos del recorrido conociendo y aceptando la peligrosidad del camino de montaña por el que desplazaba a casi 40 personas y que, de ocurrir un siniestro podría cobrarse la vida de varios o todos ellos. Representación que es lo suficientemente intensa para considerar probado el dolo en relación con la eventual producción del resultado. En este orden de ideas, se entendió que, aun cuando se estimara que junto con la representación de la producción del hecho ha de probarse que concurrió un determinado elemento volitivo, tal como expresa la defensa, el “consentimiento”, “aprobación” o “estar de acuerdo” de Sanhueza en relación con la (eventual) producción del resultado también ha sido debidamente acreditado.

En efecto, esta toma de postura psíquica del autor en relación con el hecho imputado, se sustenta en el continuar conduciendo a exceso de velocidad en tramos del camino particularmente complejos a pesar de la reclamación de su acompañante. Si Sanhueza hubiese no-consentido o desaprobado el eventual resultado de su hecho debió disminuir la velocidad por voluntad propia o, al menos, en el momento de solicitarlo su compañero. Actitud que no tomó y que implica una toma de postura del acusado respecto de la producción del resultado que no se condice, en el aspecto subjetivo del hecho, con la

⁵⁷⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁷⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

culpa. La voluntad de evitación excluye la aceptación inherente a la voluntad de causación, la cual no fue demostrada en ningún momento por el acusado, salvo, cuando ya había perdido completamente el dominio del rodado. Momento en que ya era demasiado tarde para desistir⁵⁷⁷.

Por todo lo expuesto, se dejó de manifiesto que, tanto a partir de una teoría exclusivamente cognitiva como a partir de un criterio volitivo-cognitivo, la solución del caso ha de discurrir por el dolo eventual, la cual, ha sido debidamente fundada en las constancias de la causa⁵⁷⁸.

En otro sentido, es dable destacar que el Tribunal Supremo, en lo que respecta a la culpa, en virtud de la Ley 27.347 -que aumenta las escalas penales en los delitos de homicidio y lesiones culposas cuando hubiesen sido causadas por el conductor de un vehículo en determinadas circunstancias-, entendió que en el espíritu de la misma no se encuentra ninguna intención de erradicar la figura del dolo eventual, y por tal motivo no es tenido en cuenta el artículo 84 bis, en ninguno de sus párrafos; las cuales entran en consideración cuando se trata de un comportamiento previamente encuadrado en el ámbito de la culpa⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁷⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

⁵⁷⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

CONCLUSIÓN.

Partimos de la hipótesis que, el dolo eventual, como elemento del tipo, es de carácter ambiguo dentro de la normativa penal argentina, lo que lo hace una figura discutida en su aplicación al momento de dictar una sentencia por parte de los Magistrados.

Como bien ha señalado Welzel⁵⁸⁰ la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal. En este aspecto, y de acuerdo a todo lo desarrollado en el presente trabajo es importante destacar mi punto de vista.

Nuestro Código Penal Argentino prevé dos formas de imputación subjetiva, el dolo o la imprudencia, en relación a las cuales la aplicación de una excluye a la otra. Asimismo, el Código Penal contempla un sistema de *numerus clausus* para los delitos imprudentes, por lo que, si las conductas no están expresamente determinadas en la ley como culposas, son dolosas. De lo que se extrae que respecto a ciertos sucesos la ausencia de dolo supone su impunidad.

Tanto una acción dolosa como una acción imprudente pueden lesionar materialmente al bien jurídico con la misma intensidad, por ejemplo, es tan homicidio disparar directamente a la cabeza de una persona causándole el deceso, como atropellar con un vehículo y dar muerte al peatón, por parte de un conductor que se distrajo; pero cada una lleva aparejada una sanción penal de distinta amenaza.

En este sentido, es de suma importancia determinar con la mayor claridad posible la distinción entre dolo eventual y la culpa consciente, toda vez que supone decidir la gravedad de la pena a imponer al sujeto que cometió un hecho típico. Por esta razón nos propusimos como objetivo general identificar las diferencias existentes entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación; en tanto, como objetivos específicos planteamos los siguientes: conceptualizar el dolo eventual y la culpa consciente, comparar los criterios de diferenciación del dolo eventual y la culpa consciente de acuerdo a las

⁵⁸⁰ WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11° Ed., 1969, p. 69. En: DIAZ PITA, María del Mar. "El dolo eventual". Colección Autores de Derecho Penal. Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2010. p. 15

diferentes teorías, determinar las consecuencias punitivas del dolo eventual y la culpa consciente, y analizar casos jurisprudenciales en el ámbito provincial y nacional.

Siguiendo este orden de ideas, se ha definido oportunamente al dolo como el conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo. Tal elemento subjetivo del tipo se integra de dos elementos fundamentales: el aspecto cognitivo que alude al conocimiento de las circunstancias que abarca la conducta típica, y el aspecto volitivo relativo a la determinación y decisión del sujeto tendiente a obrar conforme al plan delictivo previsto. Asimismo, existen dos corrientes doctrinales principales a los fines de determinar la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación. Por un lado, están los que sostienen que con el elemento intelectual basta para establecer la presencia del dolo y su limitación con la imprudencia; y por el otro, están los defensores de un elemento volitivo que lo fundamentan en la imposibilidad de que el mero conocimiento justifique la imposición de la pena del delito doloso.

Siempre que hablemos de dolo, estaremos refiriéndonos de manera más o menos directa al fuero interno del autor del hecho que lesionó un bien jurídico tutelado. Sea cual fuere la teoría en la que nos enrolemos para explicar el dolo, en cualquiera de sus formas, no saldremos de la trampa del elemento interno. Es que toda vez que el dolo es conocimiento y voluntad, reitero, desde cualquier teoría o definición que nos satisfaga deberemos probar ese conocimiento y esa voluntad, que, si bien se han exteriorizado en una conducta típica que culminó con la lesión a un bien tutelado, no deja de tener su origen en la psiquis del autor.

No tendremos tal vez nunca la certeza de lo que el sujeto pensó, su conocimiento de la situación, la ideación de su plan, las elecciones internas que efectuó, la evaluación de los riesgos, si confió, aceptó, consintió o no en la probable producción del resultado, o si actuó con error. Todo, deberemos probarlo, en tanto que el dolo no se presume y siempre hemos de estar al principio *in dubio pro reo*, en un estado constitucional de derecho.

Ante esta realidad, o bien nos enrolamos en la postura –que no comparto– de la inexistencia del dolo eventual, o bien, aceptando esta categoría dogmática, como un elemento esencial a la hora de determinar la culpabilidad, nos vemos en la necesidad de recurrir a indicadores externos que nos permitan tener la certeza necesaria del obrar doloso o imprudente del autor.

La consecuencia de la búsqueda de la verdad jurídica en el sentido de establecer si una persona imputada de un delito actuó con dolo, en este caso, dolo eventual o imprudencia, es la aplicación de una sanción, que puede llevar penas tan gravosas como la privación de la libertad.

Por ello, a la hora de evaluar el acontecimiento sometido a investigación, el juez debe tener ante sí, no sólo el hecho, la prueba y los indicadores objetivos, sino todo el sistema de garantías a favor del imputado como límite al poder punitivo del Estado, y conjugarlas con el sistema de filtros que impone la dogmática penal; luego de ese cuidadoso tránsito, se podrá arribar a una conclusión con el grado de certeza más alto que todo el sistema penal permita lograr.

Por todo lo expuesto, y partiendo de la base que la esencia del dolo es la realización de un plan y la imprudencia -en sus dos manifestaciones, consciente e inconsciente- es entendida como negligencia, ligereza o falta de atención contraria a deber, me permite arribar a la conclusión, que el dolo eventual se debe entender como la decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos. Lo decisivo para determinar la diferencia existente entre dolo eventual e imprudencia consciente es la decisión en contra del bien jurídico protegido. En efecto, quien incluye como posible la realización de un determinado resultado típico, y a pesar de ello no modifica su curso de acción, evidencia, desde una valoración objetiva, que el sujeto se ha decidido conscientemente en contra del bien jurídico protegido y es lo que justifica el plus punitivo con relación a la imprudencia.

Es dable resaltar, que el concepto de “decisión” tiene como ventaja frente a la voluntad y al querer que es un concepto neutral, con el que no se entra en valoraciones sobre la actitud de aprobación o rechazo del sujeto sobre su propia acción. Lo que importa, en este aspecto, es saber si el autor, consciente de la situación de riesgo en su globalidad, incluyendo las demás alternativas de comportamiento, eligió o no el camino que suponía la integridad de los bienes jurídicos protegidos.

En este orden de ideas, hay que afirmar que se actúa con dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna a la eventual realización del delito. Por otro lado, hay que afirmar que alguien actúa con imprudencia consciente cuando advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en

consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo.

Al respecto debe distinguirse entre la confianza y una mera esperanza. Este elemento de la confianza en la evitación del resultado es fundamental porque es lo que permite diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente. Esta confianza debe ser en realidad una voluntad de evitación, que no es lo mismo que un deseo o esperanza. La voluntad tiene cierto contenido objetivo porque supone un dominio o manejo de la situación.

Quien confía en que su propia habilidad o dominio podrá evitar el resultado, no toma seriamente en cuenta al resultado delictivo y por ende no actúa con dolo. Por otro lado, quien se toma en serio la posibilidad de que el resultado delictivo se produzca y no tiene la confianza de poder evitar dicho resultado, pero tiene la esperanza de que la buena suerte esté de su lado o deja librada la evitación del resultado a la acción de otra persona o de la propia víctima, el dolo no se excluye.

BIBLIOGRAFÍA.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. Ed. Akal, Madrid, 1986.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. C.A.B.A., 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I^a ed., Alianza Editorial. Madrid, 2001.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

BLOY, Duncan - PARRY, Philip. *Principles of Criminal Law*. 4^a ed., Cavendish Publishing Limited, London, 2000.

BOHLANDER, Michael. *Principles of German Criminal Law, Studies in International & Comparative Criminal Law*, v. 2 Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación de resultado*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2005.

D´ALESSIO, Andrés José. *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*. 2^o edición. La Ley, Buenos Aires., 2009.

DE LA FUENTE, Javier, “El concepto de dolo eventual en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España”, en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año VI, Número 10, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 554.

DIAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2010.

DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena 2. Imputación delictiva*. Buenos Aires, Aestrea, 1995.

DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Law*. 6^a ed., Lexis Nexis, San Francisco, 2012.

ENGISCH, Karl. *Anmerkung*. En Neue Juristische Wochenschrift. München. Berlin. 1955.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducido por Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*. 2ª ed. Oxford University Press, New York - London, 2000.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento subjetivo del delito*, Buenos Aires, Depalma, 1957.

FRANK, Reinhard. *Vorstellung und wille in der modernen doluslehre*, en Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft. ZStW, Berlin, 1890.

FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Heymann, Colonia, Alemania. 1983.

GUZMAN BRITO, *Mos italicus y Mos gallicus*, en revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, vol. 2. 1978.

HALL, Jerome. *General Principles of Criminal Law*. 2ª ed. The Bobbs Merrill Company Inc, Indianapolis-New York, 1960.

HASSAMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, en “Anuario de Ciencias Penales”, Tomo 43, 1990.

HERZBERG, Rolf D. *Das Wollen beim vorsatzdelikt und dessend unterscheidung vom bewusst fahrlässigen verhalten* (La intención de las ofensas intencionales y su diferenciación del comportamiento deliberadamente negligente), en Juristenzeitung, Tubinga. 1986.

HERZBERG, Rolf Dietrich. *Die Abgrenzung von Vorsatz und Bewusster Fahrlässigkeit*. (Desestimar la intencionalidad y la negligencia intencional). JuS, München – Frankfurt. 1986.

HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.

HRUSCHKA, Joachim. *Über schwierigkeiten mit dem beweis des vorsatzes (sobre la dificultad para demostrar la intención)*. En AA.VV. München, Beck, 1985.

JAKOBS, Günther. *Der strafrechtliche handlungsbegriff. (El termino de derecho penal)*. Beck, München. 1992

JAKOBS, Günther. *Gleichgultigkeit als dolus indirectus (La indiferencia como dolus indirectus en revista para toda la ciencia jurídica)* en Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft. ZStW, Berlin, 2002.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner teil. Die grundlagen und die zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin – New York, 1991.

JAKOBS, Günther. *Studien zum fahrlässigen erfolgsdelikt*. De Gruyter. München. 1972.

JESCHECK, Hans – WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Libro de derecho penal parte general). Duncker y Humblot, Berlin. 1996.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, Parte General*. Traducción: Miguel Olmedo Cardenete. Editorial Comares, Granada, España, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal, tomo V: La culpabilidad*, 4º edición actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964.

KAUFMANN, Armin. *El dolo eventual en la estructura del delito*. En anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. ADPCP, Madrid. 1960.

KINDHÄUSER, Urs. *El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva*. Revista para el análisis del Derecho, InDret 4. Barcelona. 2008.

KINDHAUSSER, Urs. *Gleichgultigkeit als vorsatz* en AA.VV. Festschrift für Albin Eser. Beck. München. 2005.

KOHLER, Michael. *Die bewusste Fahrlässigkeit (La negligencia deliberada)*. Ed. Winter, Heidelberg, 1982.

KUPER, Wilfried. *Vorsatz und Risiko (Intención y Riesgo)*. Zur monographie von Wolfgang Friesch. GA. Heidelberg. 1987

LAFAVE, Wayne. *Modern Criminal Law: cases, comments and questions*. 5ª ed., West, Minnesota, 2011.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LESCANO, Carlos Julio (h). *Derecho Penal, Parte General*. Córdoba, Ed. Advocatus, 2005.

LEY NACIONAL N° 27347 (modificación de los artículos 84, 94 y 193 bis del Código Penal Argentino).

LISZT, Franz V. *Tratado de Derecho penal. Tomo II*. Traducción de la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa, Ed. Reus, Madrid, 1999.

MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, Causalidad y Acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Marcial Pons, Madrid, 2014.

MARTÍN, Miquel y SOLÉ, Josep. *Defectos que dañan. Daños causados por productos defectuosos*. InDret. Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2000.

MAURACH, Reinhart - GÖSSEK, Karl H. - ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Obra traducida por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAYER, Hellmuth. *Strafrechts allgemeiner teil*. (Derecho penal, parte general). Kohlhammer. Stuttgart, 1953.

MEZGER, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*, Ed B de F, Buenos Aires, 2003.

MÜLLER, Max Ludwing. *Die bedeutung des kausalzusammenbanges Im strafund schadensersatzrecht*. (El significado del vínculo causal en la ley penal y de daños). Ed. Mohr, Tubinga 1912.

MUÑOZ CONDE en Prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2007. pp. IX-X

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

NIÑO, Luis Fernando. *Una oportunidad para erradicar el llamado “dolo eventual” del Código Penal Argentino*. Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad. 2531-1565, N° 1, DIALNET, 2017.

NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho Penal Argentino, Parte General*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960.

ORTOLAN, Joseph. *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Obra traducida por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Ed. Leocadio Lopez, Madrid 1879.

ORTOLAN, Joseph. *Historia de la legislación romana*. Obra traducida por Melquiades Pérez Rivas. Ed. Leocadio Lopez, Madrid, 1869.

OXAN, Nicolás. *Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el Derecho Penal anglosajón*. Revista Ius et Praxis, Año 19, N° 1 2013.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel - RODRÍGUEZ, Teresa. *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

PAREDES, José Manuel. *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*. La ley, Madrid, 2011.

PEREZ BARBERA, Gabriel. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PHILIPPS, Lothar. *An der grenze von vorsatz und fahrlässigkeit, Ein modell mul tikriterieller computergestützter entscheidungen* en AA.VV. De Gruyter, Berlin – Nueva York, 2001.

PRITTWITZ, Cornelius. *Die Ansteckungsgefahr bei AIDS* (El riesgo de infección por SIDA), en Juristische Arbeitsblätter, Frankfurt. 1988.

PUPPE, Ingeborg. *La distinción entre dolo e imprudencia*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Ed. José María Bosch, Barcelona, 1999.

ROBINSON, Paul - CAHILL, Michael. *Criminal Law*. 2ª ed., Wolters Kluwer, New York, 2012.

RODRIGUEZ DEVESA, José María, SERRANO GOMEZ, Alfonso. *Derecho penal español, Parte general*. Ed. Dykinson, Madrid. 1993.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Madrid (España), Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Zur abgrenzung von bedingtem vorsatz und bewusster fahrlässigkeit*. (Diferenciar entre intención condicional y negligencia deliberada). JuS. München. 1964

RUDOLPHI, Hans Joachim. *Systematischer kommentor zum strafgesetzbuch*. (Comentario sistemático sobre el código penal). Luchterhand, Berlin, 1995.

RUDOLPHI, Hans. *Systematischer kommentar zum Strafgesetzbuch*. (Comentarios sistemáticos del Derecho Penal). Luchterhand, Berlín. 2000.

SCHMIDHAUSER, Eberhard. *StGB Allgemeiner Teil* (Derecho Penal Parte General). GA. Hamburg. 1858.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Derecho Penal. Parte General)*. Mohr. Tubinga. 1968.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Über aktualitat und potentialitat des unreschtsbewusstseins* (Sobre la actualidad y potencialidad de la inconsciencia). Mohr. Tubinga. 1968.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vorsatzbegriff und begriffsjurisprudenz im strafrecht (Término intencional y jurisprudencia en derecho penal)*. Mohr. Tubinga. 1968.

SCHMIDHAUSER, Eberhard. *Zum begriff der bewussten fahrlässigkeit* (Sobre el concepto de negligencia deliberada). GA. Hamburg. 1857.

SCHRODER, Horst. *Aufbau und grenzen des vorsatzbegriffes*. (Estructura y límites del término intención). De Gruyter, Berlin. 1994.

SIMESTER, A.P. - SPENCER, J. R. - SULLIVAN, G. R. - VIRGO, G. J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 5ª ed. Hart Publishing, Oxford, 2013.

SINGER, Richard - LA FOND, John. *Criminal Law*. 6ª ed., Wolter Kluwer, Boston, 2013.

SMITH, John and HOGAN, Brian. *Criminal law*. 10ª ed. Butterworths, Oxford, 2002.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Ed. Tipográfica Editora, 1978.

STRAFGESETZBUCH (CODIGO PENAL ALEMAN). Traducido por Claudia López Díaz. Colombia. 1999.

STRATENWERTH, Günter – KUHLEN, Lothar. *Dolus eventualis und bewuBte fahrlässigkeir* (Dolo eventual y negligencia deliberada). ZStW 71, Berlin. 1959.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. (traducido por Sancinetti y Canció Melia). Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

STRUENSEE, Eberhard. *Dolo, tentativa y delito putativo*, traducción Marcelo Sancinetti. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992.

TERRAGNI, Marco Antonio. *Dolo eventual y culpa consciente. Adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Bs As, Rubinzal - Culzoni, 2018.

VIDAL, Humberto S. *Teoría clásica del dolo, en Doctrina Penal*, año 3., Buenos Aires, Depalma, 1980.

WEIGEND, Thomas. *Zwischen vorsatz und fahrlässigkeit*. ZStW 93, Alemania, 1981.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. (Traducido por Bustos Ramírez y Yáñez Pérez). Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1993.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal, Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Ed. Depalma, Buenos Aires. 1956.

YNOUB, Roxana Cecilia. *El proyecto y la metodología de la investigación*. Cengage Learning, Buenos Aires, 2011.

ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, ED. Ediar, 2000, p. 499.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General. Novena Impresión*, Bs. As, Ed. Ediar, 1999.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (Traducción de Marcelo Sancinetti). Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

1. Jurisprudencia

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 11684 “*Chabán, Omar Emir y otros s/ recurso de casación*”, Ciudad de Buenos Aires, 2011.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL. Sala III. Causa N° 5000 “*Cabello, Sebastián s/ recurso de casación*”, Ciudad de Buenos Aires, 2005.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sala II, Autos N°-107735, “*F. y Querr. Part. C/YAÑEZ FONSECA, Pablo Emiliano P/homicidio simple cometido con dolo eventual S/Casación*”. Mendoza, 2014.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sala II. CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197)). F. Y Quer. Part. c/SANHUEZA, Francisco Javier p/ Homicidio simple con dolo eventual... p/ recurso ext. de casación, Mendoza, 2018.

TRIBUNAL SUPREMO. Sala de lo Penal. Recurso de Casación N°: 3654/1992. *Aceite de colza. Delito contra la seguridad pública*. Madrid. 1992.

2. Link.

www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html

www.historia-roma.com/